



**Universidade do Estado
do Rio de Janeiro**



NAZIOARTEKO
BIKANTASUN
CAMPUSA
CAMPUS DE
EXCELENCIA
INTERNACIONAL

**Universidad del País Vasco –
Euskal Herriko Unibertsitatea**

Thayanne Borges Estelita

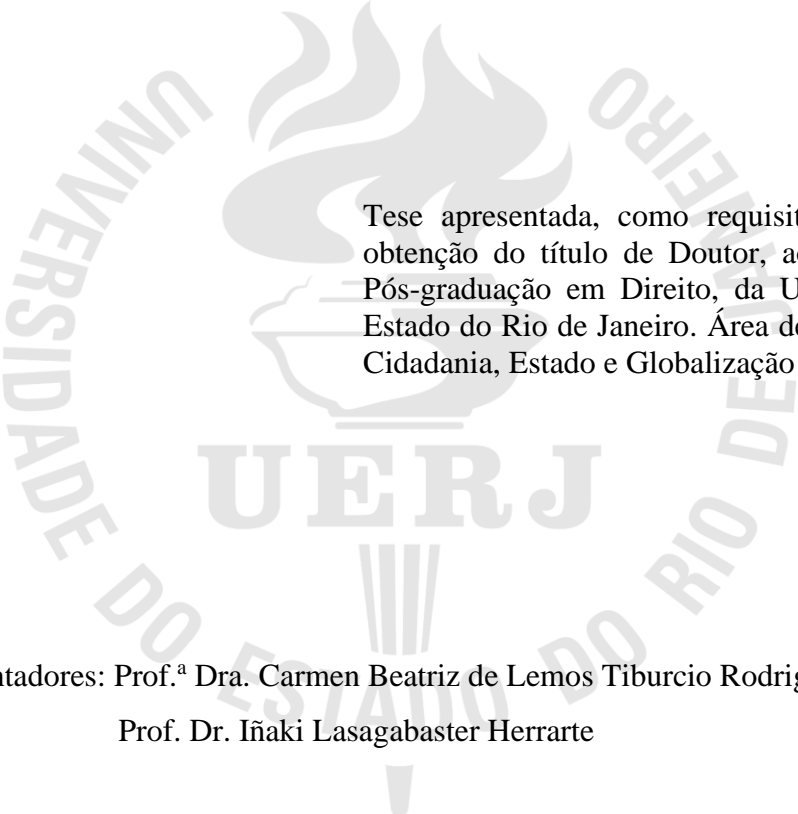
**Responsabilidade de atores não estatais:
o futuro do Direito Internacional fora do âmbito estatal**

Rio de Janeiro

2023

Thayanne Borges Estelita

**Responsabilidade de atores não estatais:
o futuro do Direito Internacional fora do âmbito estatal**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização

Orientadores: Prof.^a Dra. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues
Prof. Dr. Iñaki Lasagabaster Herrarte

Rio de Janeiro

2023

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

E79 Estelita, Thyanne Borges.

Responsabilidade de atores não estatais: o futuro do Direito Internacional fora do âmbito estatal / Thyanne Borges Estelita. - 2023.

400 f.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues.

Coorientador: Prof. Dr. Iñaki Lasagabaster Herrarte.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Direito internacional - Teses. 2.Responsabilidade –Teses. 3.Regulação – Teses. I.Rodrigues, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. II. Herrarte, Iñaki Lasagabaster. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 341

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Thayanne Borges Estelita

**Responsabilidade de atores não estatais:
o futuro do Direito Internacional fora do âmbito estatal**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 5 de dezembro de 2023.

Banca Examinadora:

Prof.a Dra. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Iñaki Lasagabaster Herrarte
Facultad de Derecho – UPV/EHU

Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Daniel Cabral Gruenbaum
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Jose Ignacio Cubero Marcos
Facultad de Derecho – UPV/EHU

Prof. Dr. Iñigo Urrutia Libarona
Facultad de Derecho – UPV/EHU

Rio de Janeiro

2023

DEDICATÓRIA

In memoriam, ao meu pai, meu maior incentivador.

AGRADECIMENTOS

Ciente da falta de originalidade de começar agradecendo à Deus, assim farei: reconheço que o fim desses 5 anos de pesquisa foi pela graça Dele. Sem falsa modéstia ou síndrome do impostor, algo de sobrenatural possibilitou esse diploma e, ciente dessa ajuda divina, cósmica ou da sorte, decididamente a agradeço.

Impossível não pensar também nos meus orientadores. À Iñaki, cujo bordão ainda ressoa em minha mente “a trabajar, a trabajar, a trabajar”, muito obrigada pelos cafés, pela paciência, interesse e abertura de espírito que me permitiram fazer o mestrado e doutorado. À Carmen, minha gratidão eterna pela rapidez nas respostas, qualidade técnica dos comentários e, principalmente, pela ligação internacional de meia hora que me arrancou lágrimas em um momento muito difícil. Mais que professores, essa atividade acadêmica me proporcionou encontros humanos incríveis. Muito obrigada além da orientação, pelo encorajamento e motivação constantes. À Iñigo Urrutia, pela paciência com meu desespero e aporte de soluções nos árduos momentos finais desta caminhada.

Aos meus pais, Graça e Mauro, que me criaram com amor e respeito e, com enormes esforços, criaram um lar onde eu me senti segura, motivada e livre. Às minhas melhores amigas, minha mãe e minha irmã Tathyane, pelo apoio incondicional e cascos nos momentos que eu mais precisei. Eu não sei o que eu seria sem vocês.

Agradeço à minha numerosa família de maneira geral e especialmente às minhas primas pelas noites de filmes/jogos e minha avó pelas orações (“ainda na escola, minha filha?”). Vocês me lembram do que realmente importa nessa vida.

À Romain, meu marido e parceiro de vida, que me apoiou e impulsionou com paciência, mimos e broncas quando necessárias, além de compartilhar meus inúmeros momentos de ansiedade e estresse.

Tenho apenas duas mãos
e o sentimento do mundo, [...]
Sinto-me disperso,
anterior a fronteiras,
humildemente vos peço
que me perdoeis.

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

ESTELITA, Thayanne Borges. *Responsabilidade de atores não estatais: o futuro do Direito Internacional fora do âmbito estatal*. 2023. 400f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro; Facultad de Derecho, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2023.

Tradicionalmente, os estudos de Direito Internacional concentram-se nas relações e obrigações entre Estados soberanos. Entretanto, nas últimas décadas, fenômenos como a globalização e privatização forjaram uma nova realidade que desafia essa estrutura tradicional. Os atores não estatais, tais como empresas transnacionais, organizações não governamentais e grupos armados, têm desempenhado um papel cada vez mais importante na arena internacional, levantando questões cruciais sobre o futuro do Direito Internacional. Esta pesquisa busca explorar e examinar as implicações de seu crescente poder e influência no contexto internacional. Para tal, pretende-se ultrapassar o estadocentrismo a fim de compreender como suas ações e suas atividades afetam o sistema jurídico global. Tal estudo prova-se desafiador devido à natureza heterogênea e diversidade de interesses desses terceiros: enquanto alguns atores não estatais podem buscar promover direitos humanos e proteção ambiental, outros podem estar envolvidos em atividades criminosas ou violações graves dos direitos humanos. Essa diversidade de atores e seus objetivos muitas vezes desafia a aplicação de um quadro jurídico coerente. Outrossim, esse trabalho examina o impacto desses terceiros na criação de novas fontes e regulamentações de direito internacional. Apresentam-se os desafios enfrentados pelos mecanismos existentes de responsabilidade internacional e defende-se que o paradigma tradicional de direito internacional, baseado na responsabilidade estatal ou, quando muito, na responsabilidade individual, muitas vezes não é capaz de lidar com as complexidades e dinâmicas das relações internacionais atualmente. Ao examinar os desafios e as oportunidades apresentados por esses atores, busca-se fornecer uma base sólida para a compreensão e o desenvolvimento de abordagens jurídicas adequadas para encontrar soluções para as controvérsias e, principalmente, para defesa e proteção internacionais de Direitos Humanos. Nesse contexto, compreender a responsabilidade desses atores torna-se crucial para a manutenção de uma ordem internacional justa e estável. Esta pesquisa busca contribuir para esse entendimento, fornecendo uma análise abrangente e crítica dos atores não estatais e explorando possibilidades e limitações da sua responsabilidade e as implicações para a ordem global.

Palavras-chave: Atores não estatais; Direito Internacional; responsabilidade internacional; estadocentrismo.

RESUMEN

ESTELITA, Thayanne Borges. *Responsabilidad de los actores no estatales: el futuro del Derecho Internacional fuera del ámbito estatal*. 2023. 400f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro; Facultad de Derecho, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2023.

Tradicionalmente, los estudios de derecho internacional se han centrado en las relaciones y obligaciones entre Estados soberanos. Sin embargo, en las últimas décadas, fenómenos como la globalización y la privatización han forjado una nueva realidad que desafía esta estructura tradicional. Los actores no estatales, como las empresas transnacionales, las organizaciones no gubernamentales y los grupos armados, han desempeñado un papel cada vez más importante en el ámbito internacional, planteando preguntas cruciales sobre el futuro del Derecho Internacional. Esta investigación busca explorar y examinar las implicaciones de su creciente poder e influencia en el contexto internacional. Con este fin, se pretende superar el estadocentrismo para comprender cómo sus acciones y actividades afectan el sistema legal global. Tal estudio resulta desafiante debido a la naturaleza heterogénea y la diversidad de intereses de estos terceros: mientras que algunos actores no estatales pueden buscar promover los derechos humanos y la protección del medio ambiente, otros pueden estar involucrados en actividades delictivas o violaciones graves de los derechos humanos. Esta diversidad de actores y sus objetivos desafía la aplicación de un marco legal coherente. Adicionalmente, este trabajo examina el impacto de estos terceros en la creación de nuevas fuentes y normas de derecho internacional. Se presentan los desafíos que enfrentan los mecanismos de responsabilidad internacional existentes y se argumenta que el paradigma tradicional del derecho internacional, basado en la responsabilidad estatal o, a lo sumo, en la responsabilidad individual, muchas veces no es capaz de hacer frente a las complejidades y dinámicas de las relaciones internacionales actualmente. Al examinar los desafíos y oportunidades que presentan estos actores, se ha intentado proporcionar una base sólida para la comprensión y el desarrollo de enfoques jurídicos adecuados para la búsqueda de soluciones a las controversias y, principalmente, a la defensa y protección internacional de los Derechos Humanos. En este contexto, comprender la responsabilidad de estos actores se vuelve crucial para mantener un orden internacional justo y estable. En consecuencia, esta investigación busca contribuir a esta comprensión proporcionando un análisis integral y crítico de los actores no estatales y explorando las posibilidades y limitaciones de su responsabilidad e implicaciones para el orden global. Con estos objetivos en mente, el primer capítulo de este trabajo busca preparar el terreno para los temas que luego serán debatidos. Por lo tanto, comenzamos analizando el contexto histórico, social y político que justificó el surgimiento de actores no estatales y por qué es importante discutir sus limitaciones y su marco de manera armoniosa a nivel internacional. Dividido en dos partes, la primera busca establecer las características del paradigma tradicional del Derecho Internacional al respecto de estos temas y destaca los argumentos utilizados por los estudiosos en un intento de negar su relevancia en las relaciones globales. Por tanto, en defensa de una perspectiva estadocéntrica, se presentan las siguientes reflexiones: la imposibilidad legal de encuadrar a la ANE, la peligrosa banalización que traerían al discurso de los Derechos Humanos, la legitimación de la violencia provocada por ellos, el fin de la estrategia política de responsabilidad estatal, los inconvenientes para ampliar el alcance de los derechos humanos y, finalmente, que la relevancia de estos agentes sería resultado de una invención académica. Pasamos luego a la presentación de los factores que señalan el principio del fin de este paradigma tradicional: los debates sobre la infame “muerte del Estado”, la tendencia global a la privatización, la globalización, la fragmentación de los asuntos internacionales, la tendencia

naturalmente expansiva del alcance del Derecho Internacional y el lenguaje procesal actual de los sistemas internacionales de solución de controversias. La segunda parte de este primer capítulo busca demostrar qué se entiende por el término actores no estatales. Presenta, de manera no exhaustiva, los principales conceptos aportados por la literatura, así como la evolución histórica de esta categoría y su ascenso al contexto internacional. Luego, pasamos a los desafíos prácticos (estudios de casos concretos) y teóricos (concepto negativo, identificación del agresor, el papel estatal, la soberanía, los dominios público y privado y responsabilidad jurídica) que se van presentando en el camino, dejando por último el más complicado de ellos: la falta de definición del estatus de los ANE (actores no estatales) en el contexto internacional. ¿Sería este actor un objeto internacional? ¿Sujeto de derecho internacional? ¿O tendría realmente capacidad para intervenir en disputas internacionales y, por tanto, alcanzar el nivel de persona internacional? ¿Tendría capacidad sólo en determinadas materias o para algunas funciones específicas? Indudablemente, este problema es uno de los más intensos al respecto de los ANE y hace que la doctrina se centre en cada instrumento y decisión internacional en busca de términos en tratados, sentencias, dictámenes o resoluciones que demuestren acuerdo sobre cómo lidiar con esos intervinientes, logrando finalmente una unanimidad para un posible marco y posibilidades para responsabilizar a estos actores o mismo su participación en los juicios. A la espera de esa unanimidad, se inventó una categoría entre el sujeto y la persona: el participante internacional. Como se demostrará más adelante, la escuela de *New Haven* nos trajo una respuesta sin darnos una solución al problema. En este campo minado que es el estudio de los ANE, comenzamos con nuestras discusiones y conceptualizaciones preliminares. (In)definidas las limitaciones y estatus aplicables a los actores no estatales, pasamos a las medidas apropiadas para controlarlos. Intentaremos, por tanto, definir, en primer lugar, cuáles son las formas de control, es decir, los marcos teóricos y jurídicos tan necesarios para la investigación científica, sea en la ciencia del Derecho o no. Luego, volviendo a nuestro universo, comentamos la justificación y fuentes que sustentan la relación jurídica existente en las relaciones internacionales en las que participan estos actores. Volvemos a comentar, ahora con mayor profundidad, las diferencias en considerar los ANE como sujeto, persona o participante del derecho internacional. Para ello se abre un paréntesis para un panorama conceptual de los elementos de una relación jurídica. No hace falta recordarlo: no hay consenso sobre cómo categorizar a este actor. De hecho, como mostraremos, no hay consenso sobre qué y cómo estos conceptos pueden existir a nivel internacional. Saliendo de este convulso debate, pasamos a otro elemento de la relación jurídica: el vínculo de atribución. Seguidamente repasamos las fuentes del Derecho Internacional, tanto las contenidas en el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia como a las silenciosas en el texto. Se analiza la relación entre los actores no estatales y cada una de las fuentes, debatiendo si influyen en el nacimiento o aplicación de cada una de ellas. Se concluye que, en general, aunque no confirmamos que este actor sea un legislador de derecho internacional, influye y es influenciado enormemente por las fuentes. Habiendo defendido la necesidad y posibilidad de crear un Marco para los ANE, la segunda parte de este segundo capítulo busca detallar cómo hacerlo. ¿Cuáles son las razones para crear un Marco, ya sea teórico, normativo o legal? ¿Qué obligaciones y deberes serían posibles para los ANE? ¿Podemos decir que, al igual que los Estados, están sujetos al *ius cogens*? ¿Y qué pasa con las obligaciones *erga omnes*? Además de los deberes establecidos por el derecho internacional, ¿las ANE también tendrían derechos? A un tercero que no tiene un estatus internacional definido (objeto, sujeto, persona o participante), ¿podemos conferirle derechos humanos? ¿Cuáles son las condiciones sustantivas para el diseño y aplicación de un Marco que imponga cargas legales? Habiendo comprendido las posibilidades y limitaciones de este Marco, nos atrevemos a señalar algunos componentes para el éxito de este enfoque. Estos serían el abandono de la actual clasificación binaria, el establecimiento de un vínculo entre capacidad y

responsabilidad, la adopción de estrategias proactivas y preventivas ante la vulneración de derechos, el establecimiento de hipótesis de responsabilidad directa, la ampliación de la noción de *accountability* y, finalmente, la importancia del estudio analítico. Finalmente, buscando ir más allá de simplemente señalar las características de un nuevo entendimiento en cuestiones relativas a los actores no estatales, se comentan enfoques alternativos que ya existen en el Derecho Internacional capaces de dialogar con actores distintos a los Estados. Habiendo apuntado los principales debates sobre el paradigma estadocéntrico, su declive y la ascensión de los ANE en las relaciones internacionales, así como las fuentes y formas de control que podrían afectar estas relaciones, el último capítulo de este estudio pretende presentar, de una manera no exhaustiva, los instrumentos existentes. La primera parte de este capítulo introduce los debates sobre las regulaciones existentes, aportando su contexto histórico y social. Cabe señalar que estos dispositivos regulatorios encuentran puntos de dificultad: la naturaleza multifacética de los actores no estatales, la responsabilidad indirecta aún presente (dado que el Estado sigue siendo la persona jurídica y parte legítima de las demandas internacionales, el máximo que podría proponerse es la acusación del ANE como cómplice de una vulneración de derechos), el uso de medios de sanción no legales considerando la inexistencia de disposiciones legales, la fragmentación inherente al Derecho Internacional, que dificulta establecer un tipo de norma internacional aplicable a todos los terceros no estatales. En este sentido, se señala como la dinámica de los conflictos que involucran a las ANE se da actualmente ante órganos jurisdiccionales internacionales. ¿Podría un ANE ser autor de una demanda? ¿Y acusado? ¿Participante (tan simplemente un *amicus curiae*)? Se presentan algunas prácticas de estos organismos en un intento de dar una respuesta y encontrar una lógica coherente para el tratamiento de estos terceros. Pasando finalmente a las modalidades de regulación, la segunda parte de este capítulo comienza con las posibles clasificaciones de estos instrumentos internacionales: hetero, auto o corregulatorios. También se comenta que, en cuanto a su naturaleza, pueden tener carácter de *hard* o *soft law*. Claramente, los dispositivos pueden clasificarse tanto en función de su naturaleza como de su lateralidad (es decir, pueden ser heterorreguladores, de ley dura o no vinculante, por ejemplo). Optamos, sin embargo, por enumerar las posibles formas de regular a los actores no estatales basándose en la primera clasificación, es decir, de las personas involucradas en su creación, así como de aquellos a quienes se dirige el instrumento. En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el *jus cogens*, las Declaraciones y Conferencias Mundiales de la ONU, las Directrices de la OCDE, el Estatuto de Roma, los Convenios de Ginebra, la aplicación extraterritorial del Derecho del Estado y la Lista del Consejo de Seguridad de la ONU. Lo destacado de este capítulo es que el último recurso mencionado, el Instrumento Legal Obligatorio, es solo un borrador de las Naciones Unidas que busca diseñar un Marco Regulatorio con respecto a las empresas transnacionales. Un debate feroz e interesante que aún está lejos de encontrar una solución. Además, se enumeran como instrumentos de autorregulación los códigos de conducta, las declaraciones o cartas de principios (típicamente de carácter indicativo) y los acuerdos marcos internacionales, generalmente pensados para el derecho internacional del trabajo. Finalmente, como modalidades de control corregulatorio se presentan las SA 8000 e ISO 26000 (nacidas de la gestión estratégica de la Responsabilidad Social) y la Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo. Como se dijo al inicio de la investigación, nunca nos atrevimos a agotar el tema ni a proponer resultados concluyentes. De hecho, dada la novedad y complejidad del tema, la proposición de soluciones estaría condenada a la obsolescencia desde su nacimiento. Por esta razón, este trabajo buscó sistematizar el discurso doctrinal sobre los actores no estatales con el fin de abarcar el mayor número posible de escuelas y académicos de diferentes continentes para comprender qué se dice sobre estos agentes y por qué faltan investigaciones. Por ello, la primera parte presentó discusiones preliminares y conceptos

importantes para empezar el debate que se presenta en ese estudio. Un tanto teórica, la segunda parte analizó las posibilidades y limitaciones para el establecimiento un marco normativo-legal. Práctica y menos soñadora, la tercera parte analiza, enumera y clasifica las formas de control existentes. Vale la pena resaltar, una vez más, que esta nueva dinámica no busca eximir al Estado de la responsabilidad primaria por las violaciones de derechos humanos. La realidad actual demuestra que la simple defensa de una asimilación interna horizontal de los derechos humanos internacionalmente reconocidos no es capaz de impedir que actores no estatales violen los derechos humanos. E incluso si no hay colusión del Estado en la violación de derechos, es posible que las autoridades públicas simplemente no tengan los medios necesarios (como el sistema legal o los medios de inspección). Además, muchos Estados necesitan la inversión extranjera como condición para el crecimiento de sus economías, lo que hace que los gobiernos no estén interesados en monitorear a estos agentes privados. Esta dependencia deja a los Estados más vulnerables atrapados en un dilema, lo que les hace hacer pocas demandas sobre sus territorios por temor a que los inversores decidan trasladar sus actividades a otro Estado menos restrictivo. No se debe subestimar esta competencia entre Estados debilitados para atraer inversión extranjera; debemos considerar lo costoso que puede ser para un país elevar sus estándares de derechos humanos y considerar la posibilidad de una vigilancia activa de la defensa para todos. Además, esta competencia estatal por las inversiones no es el único problema, ya que compiten con Estados más estables, con mercados más desarrollados y tecnologías menos costosas. En estos casos, la insistencia en una producción que respete los derechos laborales, las normas ambientales y los intereses de las comunidades locales puede verse como un proteccionismo económico velado detrás de una retórica de derechos humanos universales. Mantener el estadocentrismo de la situación actual parece reforzar las brechas entre los países más desarrollados y los más frágiles, ya que el derecho internacional no responsabiliza directamente al actor, ni impone al Estado de origen la obligación de controlar las actividades de sus nacionales en el extranjero y, al mismo tiempo, exige que el Estado anfitrión del ANE invierta en proteger a su población contra violaciones de derechos humanos, obligando y controlando a los actores no estatales en su territorio. Sin embargo, este Estado anfitrión suele ser el eslabón más débil de esta relación internacional y difícilmente encontrará incentivos o recursos para adoptar medidas efectivas para proteger los derechos humanos. Con las debidas disculpas por el infame juego de palabras, concluyese sin conclusión. El impulso y rasgo característico de este trabajo fue metodizar y reafirmar la existencia e importancia de la regulación de los ANE, el cambio de paradigma en las relaciones internacionales y, circunscrito al marco temporal de la investigación doctoral, proponer ideas para adaptar el Derecho al naciente paradigma posestadocéntrico. Se puede observar el desarrollo de algunos rasgos, como el despliegue de deberes mínimos implícitos en el Derecho Internacional de Derechos Humanos, la progresiva aceptación de estos actores no estatales en la dinámica internacional y el debate en torno al Instrumento Jurídico Obligatorio (para las empresas transnacionales). A la espera de la consolidación de este nuevo paradigma, continuase utilizando medios no legales e instrumentos especializados, en su mayoría con regulaciones flexibles y legalidad discutible. A través de estimulantes debates científicos, la capacidad de adaptación inherente a la ciencia del Derecho y una pizca de optimismo, nada impide la evolución del Derecho Internacional hacia una protección más eficaz y efectiva de derechos humanos ante los desafíos de una sociedad internacional en constante transformación.

Palabras clave: Actores no estatales; Derecho Internacional; responsabilidad internacional; estadocentrismo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMG	Acordos Marco Globais
AMI	Acordo Marco Internacionais
AMM	Acordos Marco Mundiais
ANE	Atores não estatais
ASEM	Asia-Europe Meeting
AUABC	Conselho Consultivo sobre Corrupção da União Africana
BIAC	Business and Industry Advisory Committee
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
BITs	Bilateral investment treaties
CADH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CADHP	Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos
CDI	Comissão de Direito Internacional
CECA	Comunidade Europeia de Carvão e Ação
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CEE	Comunidade Económica Europeia
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CIL	Customary International Law
COMESA	Market for Eastern and Southern Africa
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CJEU	Cour de justice de l'Union européenne
CPA	Corte Permanente de Arbitragem
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
DI	Direito Internacional
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH	Direito Internacional Humanitário
DPI	Direito Penal Internacional
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC	European Community
ECIJ	Estatuto da Corte Internacional de Justiça
ECtHR ou ECHR	European Court of Human Rights
EEUU / EUA	Estados Unidos
ER	Estatuto de Roma
EU	European Union
ETJUE	Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia
ETN	Empresas transnacionais
FARC	Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia
FMI	Fundo Monetário Internacional
FTA-BSCI	Foreign Trade Association
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ICC	International Chamber of Commerce
ICC or ICCt	International Criminal Court
ICCA	International Congress and Convention Association
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IFA	International Framework Agreements

IFIs	International Financial Institutions
IGO	International Governmental Organization
IHL	International Humanitarian Law
IHRL	International Human Rights Law
IIA	International investment agreement
ILA	International Law Association
IOE	International Organization of Employers
ISDS	Investor–state dispute settlement
MNC	Multinational corporations
NGOs	Non-governmental organizations
NSA	Non-state Actors
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIG	Organizações Intergovernamentais
OTN	Organizações Transnacionais
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONG	Organização Não-Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
OTAN	Organização do Tratado do Atlântico Norte
OUA	Organização da Unidade Africana
RI	Relações Internacionais
RPE	ICC’s Rules of Procedure and Evidence
RPTJ	Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça
RPTG	Regulamento do Processo do Tribunal Geral

RS	Responsabilidade Social
TADHP	Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos
TCA	Transnational company agreement
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TNC	Transnacionais
TNO	Transnational Organization
TPI	Tribunal Penal Internacional
TUE	Tratado da União Europeia
UA	União Africana
UE	União Europeia
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNGP	United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights)

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	19
1	DISCUSSÕES PRELIMINARES E CONCEPTUALIZAÇÃO	24
1.1	Obstáculos ao reconhecimento	26
1.1.1	<u>Perspectiva tradicional</u>	29
1.1.1.1	Impossibilidade legal	30
1.1.1.2	Banalização.....	33
1.1.1.3	Legitimação da violência.....	35
1.1.1.4	Estratégia política	38
1.1.1.5	Inconveniência da extensão de direitos humanos	40
1.1.1.6	Invenção acadêmica.....	42
1.1.2	<u>Mudança de paradigma</u>	46
1.1.2.1	Falecimento do Estado-Nação	47
1.1.2.2	Tendência global de privatização	50
1.1.2.3	Globalização	57
1.1.2.4	Fragmentação.....	60
1.1.2.5	O escopo expansivo do Direito Internacional.....	61
1.1.2.6	Linguagem procedimental	63
1.2	Evolução da expressão “atores não estatais”	67
1.2.1	<u>Considerações preliminares</u>	67
1.2.2	<u>Conceitos existentes</u>	69
1.2.3	<u>Razões de proeminência</u>	73
1.2.4	<u>Desafios práticos</u>	76
1.2.5	<u>Desafios teóricos</u>	79
1.2.5.1	Conceito negativo e amplitude do termo	79
1.2.5.2	Identificação do ator agressor	81
1.2.5.3	Papel duplo do Estado	82

1.2.5.4	A questão da soberania	83
1.2.5.5	Divisão entre esferas público e privada	86
1.2.5.6	Responsabilidade Jurídica	89
1.2.6	<u>Participação na sociedade internacional</u>	90
1.2.6.1	Breve consideração sobre Governança Global	91
1.2.6.2	Sobre a chamada Sociedade Internacional	94
1.2.6.3	Legitimidade normativa versus legitimidade sociológica	96
1.2.6.4	Funcionalismo, neocorporativismo e pluralidade democrática	99
1.2.6.5	Possibilidades diplomáticas	101
2	FORMAS DE CONTROLE	105
2.1	Discussões conceituais preliminares	107
2.1.1	<u>Marco teórico</u>	107
2.1.2	<u>Marco jurídico</u>	108
2.1.3	<u>Justificação para obrigações e fontes</u>	110
2.1.3.4	Existência de relação jurídica e seus elementos	111
2.1.3.4.1	Sujeito de direitos no sistema internacional	113
2.1.3.4.2	Personalidade Jurídica	116
2.1.3.4.3	Participantes da Sociedade Internacional	122
2.1.3.5	Fundamentação e fontes do Direito Internacional	126
2.1.3.6	Relação entre atores não estatais e as fontes	130
2.1.3.6.1	Das fontes constantes no artigo 38 do ECIJ: tratados, costumes e princípios.....	130
2.1.3.6.2	Das fontes silentes ao artigo 38 do ECIJ: atos, decisões, obrigações <i>erga omnes</i> , <i>jus cogens</i> e <i>soft law</i>	137
2.2	Necessidade e possibilidade de marco normativo-jurídico	143
2.2.1	<u>Razões para criação de um marco normativo-jurídico</u>	143
2.2.2	<u>Tipos de obrigações incidentes</u>	148
2.2.2.1	Atores não estatais como portadores de direitos humanos	153
2.2.3	<u>Condições substantivas para esses encargos legais</u>	155
2.2.3.1	Princípio da legalidade	156
2.2.3.2	Vertente horizontal dos deveres.....	162

2.2.4	<u>Componentes chaves para nova abordagem</u>	167
2.2.4.1	Abandono da classificação binária atual.....	169
2.2.4.2	Estabelecimento de nexo de capacidade e responsabilidade	174
2.2.4.3	Estratégias proativas e preventivas	176
2.2.4.4	Estabelecimento de hipóteses para responsabilidade direta	179
2.2.4.5	Ampliação da noção de responsabilidade: elementos da prestação de contas.....	183
2.2.4.6	Do local ao global: importância do estudo analítico	186
2.2.5	<u>Possíveis abordagens alternativas</u>	189
2.2.5.1	Pluralismo jurídico.....	190
2.2.5.2	Direito Transnacional	191
2.2.5.3	Constitucionalismo	192
2.2.5.4	<i>Policy-Oriented Approach</i>	193
2.2.5.5	Interdisciplinaridade entre Direito Internacional e Relações Internacionais	194
3	REGULAÇÕES VIGENTES	196
3.1	Contexto dos instrumentos atuais	198
3.1.1	<u>Pontos de dificuldade dos dispositivos atuais</u>	202
3.1.1.1	Mocinhos e vilões: a natureza multifacetada dos agentes não estatais.....	205
3.1.1.2	Responsabilidade indireta e penalidade dos cúmplices	208
3.1.1.3	Utilização de meios não-legais	214
3.1.1.4	Fragmentação do Direito Internacional	215
3.1.2	<u>Dinâmica dos órgãos jurisdicionais internacionais</u>	219
3.1.2.1	Corte Internacional de Justiça.....	223
3.1.2.2	Corte Interamericana de Direitos Humanos	234
3.1.2.3	Corte Europeia de Direitos Humanos	246
3.1.2.4	Tribunal de Justiça da União Europeia.....	254
3.1.2.5	Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos	262
3.1.2.6	Corte Permanente de Arbitragem	271
3.1.2.7	Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos	279
3.1.2.8	Tribunal Penal Internacional.....	288

3.2	Modalidades de regulação	298
3.2.1	<u>Heterorregulatórios</u>	302
3.2.1.1	Declaração Universal dos Direitos Humanos e o <i>jus cogens</i>	304
3.2.1.2	Declarações e Conferências Mundiais da ONU	305
3.2.1.3	As Diretrizes da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para Empresas Multinacionais	309
3.2.1.4	A responsabilidade jurídica individual internacional	310
3.2.1.5	As quatro Convenções de Genebra.....	315
3.2.1.6	Assimilação simétrica e extraterritorialidade.....	319
3.2.1.7	Lista do Conselho de Segurança.....	325
3.2.1.8	Instrumento Legalmente Obrigatório	329
3.2.2	<u>Autorregulatórias</u>	335
3.2.2.1	Códigos de conduta, declarações e cartas.....	337
3.2.2.2	Acordos Marco Internacionais.....	345
3.2.3	<u>Corregulatórias ou participativas</u>	354
3.2.3.1	Gestão estratégica da responsabilidade social: SA 8000 e ISO 26000.....	357
3.2.3.2	Declaração Tripartida da OIT.....	361
	 CONCLUSÃO	 364
	 REFERÊNCIAS	 373

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional é o ramo do Direito tradicionalmente concebido e moldado para regular as relações estatais. Conforme pensado originalmente por Vattel, o Direito das Gentes, embrião do Direito Internacional¹, conceitua-se como “a ciência do que tem Nações Estados, assim como das obrigações correspondentes a esse direito”². Desde sua origem, os textos e o sistema político de proteção internacional dos direitos humanos são orientados para as relações entre Estados ou, quando muito, para as relações entre agentes estatais e indivíduos. Nesse sentido, o vocabulário dos textos internacionais desprende visivelmente desse paradigma estadocêntrico em dois aspectos principais. Em primeiro lugar, eles limitam que as partes ou membros sejam Estados, relegando, como veremos, aos outros agentes internacionais apenas uma participação mesmo quando esses atores são protagonistas ou *raison d'être* dos documentos em questão. Em segundo lugar, a linguagem dos documentos atribui a responsabilidade primária pela promoção e proteção dos direitos humanos aos Estados, entendendo implicitamente que todos os direitos ali estabelecidos recaem sob a égide do poder Estatal, sendo ele o primeiro responsável em assegurá-los ou responder pela violação.

Nas palavras do ilustre Cançado Trindade, necessitamos repensar a realidade internacional para adaptá-la ao contexto atual e garantir o gozo dos direitos humanos. Seguir utilizando a lógica tradicional estadocêntrica é contraproducente e injustificável.

Assim, à medida em que nos adentramos na segunda década do século XXI, afigura-se deveras surpreendente encontrar os que, ao admitir a abertura do direito internacional à expansão da personalidade jurídica internacional (estendendo-se aos indivíduos), não obstante insistem, de forma contraditória, na permanência da tradicional visão estadocêntrica, fora da qual parecem se sentir perdidos. Sua posição é insustentável: nada mais fazem do que se apegar arbitrariamente um ponto de desenvolvimento doutrinário do passado, no século XIX, e tentar projetá-lo – tentando dotá-lo de “perenidade” – ao presente, fazendo abstração da evolução do

¹ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A Genealogia da Noção de Direito Internacional. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, número 18, abril de 2010, pp. 2 e 3. “De fato, o conceito de direito das gentes não equivale, de modo necessário, ao de direito internacional. Se este último for compreendido como um direito positivo entre Estados soberanos todos iguais juridicamente entre si, então, quiçá, o primeiro jusinternacionalista teria sido Emerich de Vattel. [...] A verdade é que o direito das gentes constitui um *tertius genus*, um meio-termo entre o direito natural e o direito positivo. O conceito de direito das gentes só se aproxima do de direito internacional quando passa a designar mais do que uma realidade ‘extranacional’; não só um direito que ultrapassa as fronteiras do Estado, mas que rege as relações entre os povos”.

² VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Prefácio e tradução: Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004, p. 1.

direito internacional de mais de um século. O mundo estadocêntrico sonhado por E. de Vattel já deixou de existir há muito tempo. Muito ao contrário, a evolução do direito das gentes segue seu curso no século XXI, com o acesso à justiça internacional hoje assegurado inclusive às pessoas que se encontravam em situações de grande vulnerabilidade, e até mesmo inteiramente indefesas³.

O fim das duas Guerras Mundiais e o fenômeno da globalização mudaram drasticamente as relações internacionais, contemporaneamente caracterizadas por uma grande diversificação de centros de poder, transformando em obsoleto o modelo clássico que pensa as interações somente em função do Estado. Outrossim, esse cenário aporta o surgimento de uma agenda de discussão internacional ampliada e menos hierarquizada, com novas problemáticas sendo gerenciadas por múltiplos agentes distintos do Estado. Essa conjuntura possibilita várias formas de poder não tradicionais e uma atividade mais ampla e diferenciada já reconhecidamente aceita por ciências como Sociologia e Política ao debaterem sobre a governança global internacional.

As novas problemáticas globais, como as mudanças climáticas e o terrorismo, apontam o protagonismo de diversos atores internacionais tanto na causa como na solução dos problemas. Além disso, a globalização econômica e o avanço das tecnologias de comunicação têm permitido uma maior interconexão entre os países e uma maior participação da sociedade civil nos debates internacionais. Essas mudanças têm levado à ampliação e descentralização da agenda internacional, com múltiplos atores contribuindo para as discussões e decisões globais.

Uma estrutura majoritariamente estatística não só é ineficaz como, combinada com outros fatores como globalização, neoliberalismo e crescimento das superpotências privadas, conduz ao um tratamento seletivo dos direitos, colocando muitas vezes mais ênfase nos direitos civis ou políticos e esquecendo-se das violações dos direitos econômicos, sociais e culturais. Existe, portanto, a necessidade de repensar os direitos humanos ante essas mudanças. Uma nova abordagem que ressignifique a importância tradicional prestada à fronteira entre as esferas público e privada e reveja a separação estanque desses domínios que acaba por atribuir prioridade à proteção da vida civil e política contra atos do Estado (esfera pública) ignorando as violações de direitos humanos que frequentemente ocorre na dita esfera privada. O impacto produzido por esta situação é a falta de gozo dos direitos humanos por grande parte da população mundial, apesar da proliferação de direitos, tratados e maior adesão

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os Indivíduos como Sujeitos do Direito Internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 12, número 12, 2012, p. 39.

dos Estados Membros⁴. Para assegurar a eficácia da proteção dos direitos humanos devemos, portanto, olhar além do Estado e considerar a matriz multidirecional e dinâmica das relações internacionais na qual cada ator pode ser fonte e destinatário de pressão ao mesmo tempo.

Cumpra também salientar que, no que concerne a violação de direitos humanos, tanto a leniência como a falta de capacidade impedem os Estados de cumprirem com suas responsabilidades em relação aos direitos defendidos pela ONU, gerando um tratamento seletivo dos direitos por conveniência de seus objetivos. Soma-se ao fato anterior uma tendência geral de atribuição de prioridades aos interesses nacionais em detrimento dos interesses individuais ou da humanidade e a invocação dos princípios da soberania e da não-intervenção. Isso significa que, ante a inanição estatal, seja por escolha política, seja por impotência, existe um cenário de impunidade.

O presente trabalho pretende recolher dados sobre o tratamento aos atores não estatais (doravante ANE) pelas Cortes, Tribunais e demais Sistemas de Solução de Controvérsias além das principais contribuições doutrinárias e análise da escassa regulação internacional para esses terceiros. Importante frisar que não se pretende com esse trabalho esgotar o tema de referência pesquisada; busca-se na verdade trazer ao debate jurídico propostas de relativização de paradigmas e questões tratadas recorrentemente de maneira assistemática pela doutrina do direito internacional público. A inovação do estudo não se encontraria, portanto, necessariamente em seu conteúdo, mas sim na sistematização teórica e prática (doutrina e “jurisprudência” internacional) da relação existente entre a proteção dos DIDH e a regulação e controle dos ANE.

Assim sendo, com o âmbito de metodizar e reafirmar a tendência da sociedade internacional em conferir maior espaço aos ANE, esse trabalho pretendeu aprofundar uma pesquisa iniciada em 2017 com dissertação de mesmo tema⁵, repartida atualmente em três capítulos principais, cada um deles divididos em duas partes. No primeiro capítulo, preocupa-se com os conceitos preliminares (ou falta deles) necessários para iniciar o estudo dos atores não estatais no universo do Direito Internacional de Direitos Humanos. Inicia-se apresentando os obstáculos doutrinários ao debate e a defesa ainda existente do paradigma estadocêntrico tradicional, tais como a impossibilidade legal de conferir-lhes um estatuto, a possibilidade de

⁴ A Organização das Nações Unidas (ONU), por exemplo, tinha apenas 51 Estados membros em 1945, contando com 193 Estados em 2011, com a mais recente adesão da República do Sudão do Sul. UNITED NATIONS. **Growth in United Nations membership**. Disponível em <https://www.un.org/en/about-us/growth-in-un-membership#2000-Present>. Acesso em 13 de abril de 2023.

⁵ ESTELITA, Thyanne Borges. **Estatuto de terceros no estatales en el universo de los Derechos Humanos: posibilidades y necesidades del Derecho Internacional**. Disertación (Máster en Derechos Fundamentales y Poderes Públicos). Facultad de Economía y Empresa, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Bilbo, España, 2018.

gerar uma banalização do discurso de direitos humanos, o medo de que reconhecer esses atores seria a legitimação da violência engendrada pelos mesmos, apresentação dos interesses políticos em manter o paradigma tradicional, a possível inconveniência prática em estender o campo de atuação do DIDH e, finalmente, a acusação de que o debate entorno dos ANE seria uma invenção acadêmica. Reúnem-se, em seguida, os principais argumentos da doutrina internacionalista para um câmbio de perspectiva tais como a desconfiguração do conceito clássico de Estado-Nação, as tendências globais de privatização e fragmentação, compreensão e adaptação ao fenômeno da globalização, a defesa de um escopo expansivo do Direito Internacional e a linguagem procedimental dos tribunais e cortes que influem a abertura ao tema.

Em seguida, na segunda parte do primeiro capítulo, passa-se à descrição do que hoje se entende pelo termo “atores não estatais”, conceito ainda pouco retomado pela doutrina brasileira e causador de grande debate na Europa, sendo os norte-americanos os estudiosos de maior produção acadêmica nesse quesito. Discutem-se as dificuldades e interesses de manter esse vernáculo binário e negativo, que define um ator por oposição a outro ator, o Estado. Apresenta-se a evolução histórica da participação e do reconhecimento desses agentes inicialmente privados que, com o passar das décadas, desafiam as fronteiras entre o direito público e privado. A manutenção do conceito, repete a doutrina, suscita dificuldades práticas e teóricas sem impedir, contudo, sua participação na sociedade internacional. Como se comentará, os recentes debates sobre governança global, legitimidade sociológica, pluralidade democrática e paradiplomacia demonstram a recepção e a adaptação do sistema internacional aos ANE.

O segundo capítulo apresenta, partindo dos conceitos e discussões propedêuticas, as possibilidades e limitações de controle no direito internacional bem como as relações dos ANE com as fontes, obrigações, personalidade jurídica e marco normativo-jurídico internacionais. Na primeira parte, apresentam-se os principais conceitos necessários ao entendimento de controle ao nível internacional, tais como marcos teórico e jurídico, relação jurídica e seus elementos, diferença entre os conceitos de sujeito, pessoa e participante, além de estabelecer a relação dos ANE com cada fonte citada no artigo 38 da CIJ e das fontes silentes a esse dispositivo. Com base no esclarecimento desses conceitos preliminares, discutem-se as possibilidades e necessidades de um marco normativo e/ou jurídico internacional que abranja os ANE. Apresentam-se então os tipos de obrigações incidentes, as condições substantivas para esses encargos legais e componentes essenciais para uma nova abordagem tais como o abandono da classificação binária atual, o estabelecimento de nexos de

capacidade e responsabilidade, de hipóteses para responsabilidade direta, ampliação da noção de prestação de contas, adoção de estratégias proativas e preventivas e, por fim, a importância do estudo analítico e considerações locais no âmbito internacional.

Finalmente adentrando a prática internacional, o terceiro capítulo exhibe as principais formas de controle vigentes, seu contexto histórico-social e suas modalidades. Na primeira parte desse último capítulo expõe-se o contexto das regulações vigentes. Entre os pontos de dificuldade dos instrumentos atuais destacam-se a natureza multifacetada dos ANE, a insuficiente responsabilização indireta dos mesmos, a constante utilização de meios não legais e a fragmentação do Direito Internacional. Na segunda e última parte enumera-se, de maneira não exaustiva, as formas de controle que podem incidir sobre os ANE. Essas modalidades de regulação podem ser classificadas segundo sua natureza (*hard* ou *soft law*) ou ainda de acordo com a lateralidade da normatização. Com base nesta última, elas podem ser heterorregulatórias (normatização por autoridade pública à terceiros), autorregulatórias (voluntarismo privado sem interferência ou aprovação governamental) e corregulatórias/participativas (autorregulação controlada por uma autoridade fiscalizadora terceira).

Pretende-se através desse trabalho contribuir na clarificação dos principais temas envolvendo o estudo dos atores não estatais ou, ao menos, colaborar na organização das principais ideias, metodologias e debates entorno do tema. Nunca foi a intenção dessa pesquisa esgotar o tema, mas tão somente acompanhar e entender o rumo que o Direito Internacional está tomando fora do âmbito estatal.

1 DISCUSSÕES PRELIMINARES E CONCEPTUALIZAÇÃO

O primeiro capítulo deste trabalho busca preparar o terreno para os assuntos que serão em seguida debatidos. Começa-se, portanto, em analisar o contexto histórico, social e político que justificou a ascensão dos atores não estatais e o porquê da importância em discutir suas limitações e enquadramento de maneira harmoniosa internacionalmente.

Dividido em duas partes, a primeira busca estabelecer as características do paradigma tradicional de Direito Internacional sobre esses sujeitos e pontua os argumentos utilizados pelos estudiosos na tentativa de negar sua relevância nas relações globais. Assim sendo, na defesa de uma perspectiva estadocêntrica, apresentam-se como reflexões: a impossibilidade legal de enquadrar os ANE, a perigosa banalização que eles trariam ao discurso de Direitos Humanos, a legitimação da violência causada pelos mesmos, o fim da estratégia política de responsabilidade estatal, as inconveniências em expandir o alcance dos direitos humanos e, finalmente, que a relevância desses agentes seriam frutos de uma invenção acadêmica. Passa-se então à apresentação de fatores que evidenciam o início do fim desse paradigma tradicional: os debates sobre a famigerada “morte do Estado”, a tendência global de privatização, a globalização, a fragmentação dos assuntos internacionais, o escopo naturalmente expansivo do Direito Internacional e a corrente linguagem procedimental dos sistemas de solução de controvérsias internacionais.

Na segunda parte desse primeiro capítulo busca-se demonstrar o que se entende pelo termo atores não estatais. Apresenta-se, de maneira não exaustiva, os principais conceitos aportados pela literatura bem como a evolução histórica dessa categoria e sua ascensão ao contexto internacional. Em seguida, parte-se aos desafios práticos e teóricos que surgiram pelo caminho, deixando por último o mais complicado entre eles: a indefinição do status dos ANE no contexto internacional. Seria esse ator objeto internacional? Sujeito de direito internacional? Ou ele teria em verdade capacidade de figurar como parte de disputas internacionais e, portanto, alcançaria o patamar de pessoa internacional? Teria ele a capacidade somente em certos assuntos ou para algumas funções específicas?

Sem sombra de dúvidas, essa problemática é uma das mais intensas no que concerne os ANE e faz com que a doutrina se debruce em cada instrumento e decisão internacional em busca de termos em tratados, sentença, opiniões ou resoluções que demonstrem uma concordância enfim traga uma unanimidade no enquadramento e possibilidades de responsabilização desses atores e sua participação em julgamentos. Na espera dessa

unanimidade, inventou-se uma categoria entre o sujeito e a pessoa: o participante internacional. Como se demonstrará mais adiante, a escola de *New Haven* nos trouxe uma resposta sem dar-nos a solução ao problema. Nesse campo minado que é o estudo sobre os ANE, começamos com nossas discussões preliminares e conceptualização.

1.1 Obstáculos ao reconhecimento

Clapham afirma que existem três visões sobre como considerar os atores não estatais no Direito Internacional e como enxergar seus direitos e responsabilidades⁶. A primeira insiste na importância dos Estados como atores principais no sistema internacional e único sujeito à responsabilidade perante o Direito Internacional. Essa perspectiva tem foco estatal e considera que os problemas de direitos humanos envolvendo *non-state actors* são encargo do Estado onde a atividade se desenvolve, visto que os mesmos são obrigados a assegurar e proteger esses direitos em seu território. Segundo esse pensamento, todo o sistema de direitos humanos foi construído para que os Estados se responsabilizem pelas violações, pouco importando o agente agressor. Tentar responsabilizar um ator não estatal seria estender o dever legal de proteção dos direitos humanos aos atores privados, conferindo-lhes também por extensão alguma legitimidade internacional que diluiria a soberania estatal.

Ainda de acordo com essa visão, mudar de paradigma não iria ajudar na proteção de direitos humanos pois o Estado, mesmo fora do paradigma estadocêntrico, seria o responsável, nem que seja por omissão; alega-se por fim que antes dever-se-ia melhorar a legislação doméstica. Considera-se a ineficiência da lei preferível à criação de um sistema de responsabilização difusa que inadvertidamente acabaria por conferir *status* aos atores não estatais.

A segunda abordagem sugere que os governos nacionais irão gradativamente tornar-se irrelevantes e que a perda do poder estatal é um processo natural. Por isso, sugere-se enfoque também em outros atores além do Estado. Aponta-se que, em uma economia globalizada tal

⁶ CLAPHAM, Andrew. **Human rights obligations of non-state actors**. Oxford University Press, 2006, pp. 25 à 29. No original “we can identify multiple responses by lawyers to ensuring the accountability of non-state actors for human rights abuses. Let us condense these to three broad approaches. The first approach would insist on the importance of states as the main actors in the international system and the only bearer of human rights obligations under international law. [...] The second approach suggests that governments are increasingly irrelevant and powerless and that attention should focus on other actors such as transnational corporations and international institutions such as the International Monetary Fund and the World Bank. According to this approach, we should face up to the fact that, in a globalized economy, the trading which accompanies economic exploitation or civil wars is no longer in the hands of governments (even if they were minded to seriously tackle these issues). New ways of understanding transnational justice and global law are needed to respond to globalization. [...] I should like to suggest a third approach. My approach retains as a starting point the principles and rules of public international law with its origins in the law-making power of the nation-state. But I want to go beyond the traditional, narrow, state-focused approach and argue that some of the obligations found in public international law, and traditionally only applied to states, also apply to non-state actors. I recognize the importance of non-state actors and their influence without suggesting that they have achieved the role of law-maker. We should indeed examine their activity and their interaction with states and others to determine the duties and rights that states have fixed them with. Such an examination elevates them to subjects of interest without any automatic legitimizing effect. Such an examination will reveal the concern of states to address the behaviour of non-state actors that threatens international human rights”.

qual vivemos, eventos como explorações econômicas e guerras civis fogem das mãos estatais, mesmo dos que não são omissos.

Como explica Teubner⁷, “A globalização atual não é a emergência gradual de uma sociedade mundial baixo uma liderança de políticas interestaduais, mas sim um processo altamente contraditório e altamente fragmentado na qual a política perdeu seu papel principal” (tradução nossa). Teubner⁸ aponta ainda a existência de atividades invisíveis que transcendem as fronteiras territoriais e propõe um pluralismo legal definido não por normas sociais conflituosas, mas sim por uma multiplicidade com diversos processos que se comuniquem com a sociedade sob o código binário do legal/ilegal. Ele enfatiza a necessidade de haver não uma hierarquia de ordenamentos jurídicos, mas sim uma pluralidade de discursos legais. Essa perspectiva concorda com o entendimento de que os direitos humanos partem de uma premissa moral pré-existente, derivada do jusnaturalismo e não do direito positivo. Ela consegue abarcar as forças normativas contemporâneas porém tem pequena adesão entre os doutrinadores de Direito Internacional pois diminuiria a hierarquia ou prioridade que algumas normas internacionais supostamente deveriam ter sobre a legislação doméstica; há uma resistência em abandonar o já cristalizado *status* especial dos Direitos Humanos e aplicar essa multiplicidade de “processos comunicativos” ou aceitar conceitos como “Direito Mundial”, “governança em multiníveis” ou “representatividade”⁹.

⁷ TEUBNER, Gunther. "Global Bukowina": Legal Pluralism in the World Society. In. TEUBNER, Gunther (ed.). **Global Law Without a State**. Dartmouth, 1997, p. 3. No original "Today's globalization is not a gradual emergence of a world society under the leadership of inter-state politics, but is a highly contradictory and highly fragmented process in which politics has lost its leading role".

⁸ TEUBNER, op. cit., p. 8. "However, taking into account the fragmented globalization of diverse social systems, this theory would give different relative weights to these norm productions. A theory of legal pluralism would perceive global economic law as a highly asymmetric process of legal self-reproduction. Global economic law is law with an underdeveloped 'centre' and a highly developed 'periphery'. To be more precise, it is a law whose 'centre' is created by the 'peripheries' and remains dependent on them. *Lex mercatoria*, then, represents that part of global economic law which operates on the periphery in direct 'structural coupling' with global economic organizations and transactions. It is law stemming from paralegal rules which are produced 'at the margin' of law, at its boundary with economic and technological processes. This would allow us to identify numerous phenomena within a global commercial law which - in accordance with traditional positivist theories - have a clearly national and international basis. Attempts at the unification and harmonization of commercial law by international treaties, as well as by national agencies and courts that adapt their municipal law to global requirements, would be cases in point. But what about *lex mercatoria propria*, the more difficult case of a pluralist law production on a non-political and non-national basis? The phenomenon to be identified is a self-reproducing, worldwide legal discourse which closes its meaning that boundaries by the use of the legal/illegal binary code and reproduces itself by processing a symbol of global (not national) validity. The first criterion - 'binary coding' - delineates global law from economic and other social processes. The second criterion - 'global validity' - delineates global law from national and international legal phenomena. Both criteria are instruments of second-order observation as mentioned above".

⁹ CLAPHAM, op. cit., pp. 26 e 27. "Such an approach may come close to explaining the normative forces at work in various sectors, but is difficult for international human rights lawyers to embrace fully, as many work from the assumption that human rights norms have some sort of special status which is legitimized through the accepted law-making process of national and international law. In some circumstances, it has even been agreed

Ainda nessa segunda perspectiva, Anthony Clark Arend coerentemente adverte, em um texto de 1999 que segue atual, que admitir a existência desses atores faria com que “o processo de criação do direito internacional seria fundamentalmente mudado” havendo necessidade de “não observar meramente as ações estatais, mas também examinar o panorama inteiro de atores”¹⁰. Ainda segundo a predição do estudioso norte-americano “O direito internacional geral será feito através da consideração das interações de múltiplos atores internacionais, [...] não parece irracional esperar a ascensão de um novo sistema no início do século XXI” (tradução nossa)¹¹.

Felizmente existe uma tendência de considerar perigoso cristalizar conceitos que são socialmente aplicáveis, sejam eles de Direitos Humanos ou de natureza técnica, como juros bancários, por exemplo. Adaptar-se à sociedade é próprio da ciência do Direito e, considerando a importância da discussão em questão, há de se buscar um equilíbrio para que a fluidez dos conceitos não seja tão intensa a ponto de inexistir segurança jurídica e, ao mesmo tempo, evitar cristalizar conceitos obsoletos que diminuam a eficácia dos direitos humanos.

Indo além da perspectiva tradicional, Clapham sugere que esse sistema de responsabilização estadocêntrico deveria ser aproveitado e aplicado também aos atores não estatais¹². Ele reconhece a importância e influência desses atores sem admitir que os mesmos sejam dotados do poder de criar normas de direito internacional. Sugere examinar as atividades e interações com o Estado para então determinar direitos e obrigações, elevando esses personagens a sujeitos de interesse internacional sem automaticamente legitimá-los ou lhes atribuir personalidade jurídica. O argumento central dessa terceira abordagem é que as normas gerais de direito internacional, criadas e reconhecidas pelos Estados, serviriam para os atores não estatais, permitindo dessa maneira que os mesmos tenham alguma responsabilidade. Esse raciocínio vai diretamente contra a primeira abordagem, porém Clapham, inteligentemente, recusa-se a negar raciocínios contrários aos seus citando tão simplesmente a primeira juíza da Corte Internacional de Justiça, Rosalyn Higgins.

that human rights laws should have a higher status than other norms and should be given priority over other goals. Many human rights lawyers would be loathe to abandon the special status accorded to human rights as law (traditionally understood) and move to law as a **multiplicity of communicative processes**, or accept arguments about **world law, multi-level governance**, or the identification of accountable non-state actors through the use of criteria such as **autonomy** or **representativeness**” (ênfase no original).

¹⁰ AREND, Anthony Clark. **Legal Rules in a International Society**. Oxford University Press, 1999, p. 176.

¹¹ Ibid., p. 177. No original “General international law will come about through the many interactions of the multiple international actors. [...] It does not seem unreasonable to expect the emergence of such a system in the early part of the twenty-first century”.

¹² CLAPHAM, op. cit., p. 28.

Referir-se à "correta visão legal" ou "regras" nunca podem excluir o elemento da escolha (apesar de em geral evitar-se isso), nem deveria fornecer orientação de decisão preferível. Ao fazer uma escolha uma pessoa deve inevitavelmente considerar o propósito humanitário, moral e social da lei (tradução nossa)¹³.

Ainda assim, encerrando sua abordagem, aponta duas presunções que rejeita: a) que somente sujeitos no direito internacional (com personalidade jurídica) seriam portadores de obrigações; b) que o direito internacional público não pode operar fora dos tribunais internacionais (isto é, esse direito deveria ser válido para relações entre qualquer ator, mesmo que não estatal)¹⁴. A partir da adoção desta terceira e última abordagem, despontam-se detalhadamente seus principais contra-argumentos.

1.1.1 Perspectiva tradicional

Uma extensão das obrigações de direitos humanos para os atores não estatais enfrenta uma série de objeções daqueles que construíram o paradigma tradicional estadocêntrico. Eles sugerem que a extensão do escrutínio iria destruir a pedra tubular dos Direitos Humanos e possibilitar sua desintegração. Nesse sentido, concordamos com Clapham quando, criticando a inércia consciente do direito internacional em abordar esse assunto, sugere que a força do sistema de direitos humanos sempre foi sua habilidade de adaptar-se às novas demandas e necessidades. Ele afirma que “agora existe uma demanda de proteção contra os efeitos dos grandes negócios e atores não estatais. O maquinário dos direitos humanos e suas normas são

¹³ HIGGINS, Rosalyn. **Problems and Process: International Law and How We Use It**. Oxford, 1994, p. 5. No original “Reference to ‘the correct legal view’ or ‘rules’ can never avoid the element of choice (though it can seek to disguise it), nor can it provide guidance to the preferable decision. In making this choice one must inevitably have consideration for the humanitarian, moral, and social purpose of the law”.

¹⁴ CLAPHAM, op. cit., p. 28, “My main argument is that the existing general rules of international human rights law, created and acknowledged by states, now fix on non-state actors so that they may be held accountable for violations of this law. Of course this radical rethink could be dismissed by proponents of the first approach as simply incorrect. But I am going to challenge the assumptions they have built into their approach. This may betray an adherence to a legal method which accepts that values are omnipresent as we seek to determine the applicability of rules. [...] I would submit that one can accept that international law is mostly generated by accepted processes between nation states, but still reject the prevalent assumptions that: first, the bearers of international obligations are limited to presumed, so-called, ‘subjects’ of international law; and second, that public international law is inoperative outside established enforcement regimes such as international tribunals. I would also argue that public international law can apply in the networks and sectors that focus on duties for non-state actors. And, I would suggest we can construct such a framework without the existing law of state responsibility crumbling and without inappropriately legitimizing the relevant non-state actors”.

flexíveis o suficiente para serem reorientadas e lidar com essas novas demandas (tradução nossa)”¹⁵.

Descarte a coerência do posicionamento acima, esquematiza-se abaixo seis pontos comuns de argumentação para manutenção do paradigma tradicional. Figuram nessa perspectiva razões técnicas, políticas e principiológicas que defendem o *status quo* do sistema de responsabilização internacional.

1.1.1.1 Impossibilidade legal

Uma das linhas de resistência à extensão das obrigações é que os atores não estatais simplesmente não podem responder ante o direito internacional. Essa afirmação é feita com base na falta de evidência de que o direito internacional aceitaria tal desenvolvimento já que os tratados e demais instrumentos tem os Estados como parte e seria impossível vincular um agente que não é parte no instrumento.

Pensando além dos instrumentos, também no direito internacional consuetudinário a doutrina voluntarista defende que somente seria possível vincular partes mencionadas explicitamente. Entretanto, admite-se¹⁶ que organizações intergovernamentais como a ONU ou a UE tenham deveres ante o direito internacional por estarem envolvidas nesses instrumentos, mesmo que eles não lhes atribuam responsabilidades explicitamente. Já outros¹⁷, não enxergam possível essa possibilidade e apontam esse fato como desafio a ser superado pelo direito internacional, que deveria dirigir a esses e outros *non-state actors* uma regulamentação definida.

Cumprе salientar que, embora minoria doutrinária, encontram-se ainda na literatura recente defensores do paradigma tradicional estadocêntrico que defendem que uma mera mudança na linguagem dos instrumentos internacionais atuais seria capaz de sanar as falhas desse paradigma em defender as violações de direitos humanos.

¹⁵ Ibid., p. 32. No original “But I would suggest that the strength of the human rights system has always been its ability to adapt to new demands and new needs. There are now demands for protection from the effects of big business and non-state actors. The human rights machinery and norms are pliant enough to be reoriented to cope with these new demands”.

¹⁶ Ibid., p.35 e 36.

¹⁷ Ver ponto II.4 neste mesmo trabalho. Nele, Alston aponta que um dos desafios práticos da definição ampla de *non-state actors* é que esses atores, por não serem Estado e não fazerem parte dos Tratados e Acordos internacionais, não estão submetidos aos mesmos. ALSTON, Phillip. **Non-state actors and human rights**. Collected Courses of the Academy of European Law. Oxford University Press, 2005.

Alguns acadêmicos [...] argumentam que esta abordagem centrada no Estado falha com as vítimas ao esperar, por exemplo, que os Estados mais fracos tentem regular as empresas que são economicamente mais fortes. [...] Sugiro que a questão que precisa ser abordada não é quem tem as obrigações, mas como elas são cumpridas. Examinando ainda como a linguagem atual dos tratados centrados no Estado pode ser modificada para colmatar as lacunas em soluções acessíveis e eficazes. Sugiro que a atual abordagem do DIDH centrada no Estado possa ser utilizada para responder às necessidades das vítimas e dos Estados mais fracos. [...] ‘Band-Aids não consertam buracos de bala’ [título do capítulo], significa que uma solução fácil para um problema complicado talvez não seja uma boa solução. [S]ugiro que a abordagem atual e centrada no Estado do DIDH pode responder melhor às necessidades das vítimas e dos Estados mais fracos, em parte **porque as fraquezas não são o resultado de uma abordagem centrada no Estado, mas sim da relutância dos Estados em conceder às vítimas dos direitos humanos uma forte aplicação da lei. proteções**, uma realidade que provavelmente não mudará simplesmente porque o réu o faz. [...] **O obstáculo que as vítimas enfrentam não reside na concepção do DIDH como uma abordagem centrada no Estado, mas sim na garantia de estruturas corretivas adequadas.** Os estudiosos e defensores dos direitos humanos devem preocupar-se com as implicações da expansão da lei a novos intervenientes sem desenvolver ainda mais os sistemas de reparação. Se a lei, tal como existe numa abordagem centrada no Estado, fornece um meio de abordar adequadamente os problemas causados pelos impactos das empresas nos direitos humanos, então o foco pode ser mais apropriado para garantir a aplicação dessa lei seja, em vez de mudar a natureza da lei, obter uma forma que possa dar maior efeito às necessidades das vítimas. Este Capítulo argumentou que, **ao modificar a linguagem dos tratados existentes, uma abordagem tradicionalista pode proporcionar às vítimas um maior acesso a soluções eficazes** (tradução nossa e ênfase adicionada)¹⁸.

¹⁸ HO, Tara Van. ‘Band-Aids Don’t Fix Bullet Holes’: In Defence of a Traditional State-Centric Approach. In: CERNIC, Jernej Letnar e SANTARELLI, Nicolás Carrillo. **The Future of Business and Human Rights Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty**. Intersentia, October 2018. Nesse capítulo, *passim*, “Some scholars, including others in this volume, argue that this state-centered approach fails victims by expecting weaker states to attempt to regulate corporations that are stronger economically. While a legitimate criticism and concern, the solution may not rest in direct obligations for corporations but instead in retaining the state focus and expanding the jurisdiction states are expected to use when regulating and providing remedies against business for the protection of human rights. [...] **I suggest the issue is not who has the obligations but how those are enforced that needs to be addressed. I further examine how current language from state-centric treaties can be modified to close the gaps in accessible and effective remedies. I suggest that the current, state-centric approach to IHRL can be used to address the needs of victims and weaker states.** [...] ‘Band-Aids don’t fix bullet holes’, meaning that an easy solution to a complicated issue is perhaps not a solution at all. If the proposed treaty on business and human rights undermines the state-centric approach to IHRL, it may ultimately undermine the means by which victims can force accountability and obtain remedies. Instead, I suggest that the current, state-centric approach to IHRL may best address the needs of victims and weaker states in **part because the weaknesses are not the result of a state-centric approach rather states’ unwillingness** to grant human rights victims strong enforcement protections, a reality unlikely to change simply because the defendant does. [...] This Chapter began with the premise that we should only abandon the state-centric approach to international law if we are certain that (1) the current state-centric system will not adequately address victims’ needs, and (2) the alternative will provide a better solution. This Chapter suggests that the first part of that test is not met when it comes to the business and human rights treaty as a traditionalist approach can allow us to increase protection for victims, and establish means by which to measure and strengthen a state’s human rights compliance. **The impediment victims face is not in the design of IHRL as a state-centric approach but rather in securing adequate remedial structures. [H]uman rights scholars and advocates should be concerned with the implications of expanding the law to new actors without further developing the remedial systems.** If the law as it exists in a state-centric approach provides a means of adequately addressing the problems caused by business impacts on human rights, then the focus may more appropriately be on ensuring enforcement of that law rather than on changing the nature of the law in a way that may not give greater effect to the needs of victims. This Chapter has argued that by **modifying language in existing treaties, a traditionalist approach can provide victims with greater access to effective remedies**”.

Os defensores do paradigma estadocêntrico¹⁹ apontam que o direito internacional já foi suficientemente expandido para aceitar a responsabilização de indivíduos, conforme será discutido oportunamente. Cabe, porém, lembrar que essa expansão apenas se aplica a alguns crimes específicos²⁰ e deixam ainda sem solução algumas situações como, por exemplo, a responsabilidade de grupos armados (tal assunto será oportunamente esmiuçado neste mesmo trabalho).

Longe de ser uma questão facilmente solucionada, até mesmo os Estados e a ONU, antes resistentes a conferir responsabilidade aos atores como grupos armados e transnacionais por medo de que isso acarretasse aumento de seus *status* e consequentemente perda da legitimidade e soberania estatal, paulatinamente mostram-se mais flexíveis^{21 22}.

Clapham sabiamente aponta²³ que assim como a Segunda Guerra Mundial mudou o paradigma legal introduzindo aceitação da responsabilidade individual, a atualidade

¹⁹ Nesse sentido, além de HO, op. cit., ver Charamba, que alerta-se dos perigos da extensão de responsabilidade internacional em CHARAMBA, Kuzi. *Beyond The Corporate Responsibility To Respect Human Rights In The Dawn Of A Metaverse*. **University of Miami International and Comparative Law Review**. Volume 30, Issue 1, 2022, p. 149. Disponível em <https://repository.law.miami.edu/umiclrvol30/iss1/5/>. Acesso em 7 de outubro de 2023.

²⁰ Elencados no artigo 5º do Estatuto de Roma. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em 2 de agosto de 2023.

²¹ O Conselho de Direitos Humanos da ONU tem, nesse sentido, 2 Grupos de Trabalho que versam diretamente sobre atores não estatais: *Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises* e *Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination*. UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. **Special Procedures' Homepage**. Thematic Mandates. Disponível em <https://spinternet.ohchr.org/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

²² Na Resolução que estabeleceu o *Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, após relembrar que a obrigação e responsabilidade primária ainda é estatal, a Assembleia continua "Concerned that weak national legislation and implementation cannot effectively mitigate the negative impact of globalization on vulnerable economies, fully realize the benefits of globalization or derive maximally the benefits of activities of transnational corporations and other business enterprises, and that further efforts to bridge governance gaps at the national, regional and international levels are necessary". UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Human rights and transnational corporations and other business enterprises**. A/HRC/RES/17/4, 6 July 2011. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/business/resolutions-and-decisions>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

²³ CLAPHAM, op. cit., p. 41. "Some lawyers might still argue that such official statements by governments are not enough to create international human rights obligations for terrorists; but taken together, the statements suggest that in various contexts some governments already consider that at least one type of non-state actor - terrorists - has international human rights obligations. Just as the Second World War ushered in a shift in legal thinking, so that it was thereafter assumed that individuals could commit international war crimes and crimes against humanity, so the terrorist attacks at the beginning of the twenty-first century are ushering in an era when states acting in the United Nations are willing to attach human rights obligations to non-state actors in general and to terrorists in particular. Whatever semantic or definitional position governments may take, there are numerous examples in everyday media reports of armed groups being described as abusers of human rights. For example, on the eve of the release of the International Monitoring Commission report in 2004, an Irish newspaper reported that the document 'examines continuing human rights abuses by both loyalist and republican paramilitaries'. There are many other examples of injustices of all sorts being characterized as human rights abuses. Of course, claiming a human rights abuse does not generate a human rights duty in law; but the term

(crescentes vulnerações de transnacionais em governos debilitados e organização de grupos armados) permitirá uma mudança no ordenamento jurídico internacional para gradualmente expandir as obrigações dos atores não estatais no direito internacional dos direitos humanos.

1.1.1.2 Banalização

Um importante argumento contra a ampliação das obrigações de direitos humanos é que isso geraria uma privatização e, por consequência, vulgarizaria esses direitos e ignoraria seu *pedigree* histórico. Argumenta-se que o que confere importância aos direitos humanos é o fato de que eles estão relacionados a sérios abusos de poder estatal, o que os distingue de outros ramos do direito, que regulam crimes ordinários.

Em Malta, durante um julgamento em que a Corte Constitucional negava a extensão de proibição de tratos degradantes e desumanos aos agentes privados, a seguinte carta ao editor foi publicada no jornal *Sunday Times*

Direitos humanos são o que o Estado deve a um indivíduo e apenas o Estado pode infringi-los. Uma violação de direitos humanos *privada* por um indivíduo privado é, a princípio, uma heresia [...] A decisão [se no sentido de expandir a responsabilidade] apenas poderia trazer uma lamentável involução dos direitos humanos e uma banalização do formidável conceito de proteção contra abusos estatais. Um adolescente cujas cartas de amor são abetas por sua mão agora teria o direito à reparação de direitos humanos tanto quanto um dissidente político que teve sua correspondência espionada pela polícia. Uma mulher espancada por seu marido doravante terá reparação por direitos humanos em mesmo pé que um detento interrogado em interrogatório policial! Com todo o devido respeito, isso faria regredir todo o conceito próprio de direitos humanos (tradução nossa)²⁴.

‘human rights’ has generated meanings and significance beyond the realm of international legal obligations owed by states. It is commonplace that government ministers from all over the world refer to rights carrying with them corresponding responsibilities. Some governments may wish to restrict the meaning or understanding of the term ‘human rights’, but excluding any obligations for non-state actors through appeals to the ‘definition’, ‘essence’, or ‘original sense’ of the term ‘human rights’ are unconvincing”.

²⁴ *Sunday Times* de Malta em 22 de outubro de 1989 apud. CLAPHAM, *ibid.* No original “Human rights are what the state owes to the individual, and it is only the state that can infringe them. A private violation of human rights by a private individual is, on principle, constitutional heresy. [...] The decision can only bring a regrettable involution of human rights and a trivialization of the formidable concept of protection against abusive state action. The teenager whose love letters are opened by her mother now has an action for human rights redress just like the political dissenter whose correspondence is spied on by the political police. The wife who is beaten up by her husband henceforth has an action for fundamental rights redress on an equal footing with the political detainee who is beaten up by his interrogators! Which with all due respect, pulls inside out the very concept of human rights”.

Essa regra geral citada que dita que somente os Estados poderiam ser acionados em casos de violações de direitos humanos vai contra o espírito da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948²⁵. Seus artigos esboçam direitos e deveres sem apontar explicitamente um responsável pelos mesmos (artigos 3, 4, 5 e 12). Ainda citando Clapham, os artigos 29 e 30 da Declaração “proclamam que ‘todos têm deveres para comunidade’ e isso não implica que cada ‘Estado, grupo ou pessoa’ tem o direito de engajar-se contra uma atividade que vise a destruição dos direitos da Declaração”²⁶.

Alguns direitos podem ser reconhecidos implicitamente como referentes à relação indivíduo-Estado, porém, de maneira geral, a Declaração apenas os proclama como pertencentes aos seres humanos, sem especificar o *duty-holder* (ao menos nunca expressamente). Na verdade, conforme aponta Clapham, é necessário tirar o discurso de direitos humanos da retórica e ideologia e trazê-lo ao campo da realidade e progresso social²⁷.

O internacionalista britânico aponta, portanto, duas críticas a esse argumento. O primeiro seria sua premissa de que os direitos humanos, de regra, apenas seriam acionáveis contra o Estado; na verdade, a única prescrição é que esses direitos devem ser respeitados por todos, pessoas naturais ou jurídicas, grupos privados ou Estados (tendo este último recebido explicitamente algumas regras adicionais para situações específicas). Outro contra-argumento à premissa da trivialização é considerar uma violação mais ou menos importante em virtude do agressor e não da vítima ou ato em si.

Outra crítica do processo de trivialização parte do jusfilósofo brasileiro Tercio Sampaio Ferraz Jr. Sua análise, entretanto, é deveras mais complexa que a carta maltesa, distinguindo três maneiras de banalizar o estudo dos direitos humanos. A primeira seria um tratamento do tema com nobres, porém pouco convincentes intenções moralizantes e utilização de expressões vazias com força argumentativa dos séculos XVIII e XIX. A segunda, seria resultado de críticas positivistas que, utilizando a expressão amplamente, também acabam por fazer "uso candidamente moralizante", contrapondo "mistificação e vigor científico, objetividade e subjetivismo incontrolável"²⁸. A terceira e última forma apontada

²⁵ Do mesmo autor, no original “Early drafts mentioned the duties of the individual at the beginning of the Declaration, stating that ‘Man is essentially social and has fundamental duties to his fellow men’. The rights of each are therefore limited but the rights of others. The Declaration starts with a recognition of the inherent dignity and inalienable rights of everyone. It proclaims rights for everyone and defines them with no reference to the state or any other duty-holder”. CLAPHAM, op. cit., p.3.

²⁶ Ibid., p 34, no original “The last two Articles in the Declaration proclaim that ‘Everyone has duties to the community’ and that the Declaration does not imply that any ‘State, group or person’ has a right to engage in activity aimed at the destruction of the rights in the Declaration”.

²⁷ Ibid., p. 35.

²⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A Trivialização dos Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP** n° 28, outubro 1990, pp. 99-115. Em p. 99, "O tema dos direitos humanos constitui, sem dúvida, uma preocupação

pelo autor seria a banalização prática, a mais terrível: quando se reconhecem os direitos humanos conservando-os, entretanto, em sua intocabilidade e supremacia e destituindo-os de executabilidade²⁹.

1.1.1.3 Legitimação da violência

Parece óbvia que a reprovação de atos violentos estaria dirigida ao ato em si, e não necessariamente à aceitação do agente agressor como autoridade. Essa argumentação, entretanto, parte da premissa de que somente Estados poderiam ser alvo da condenação por violação de direitos; que acusar, mesmo fora do mundo jurídico, um agente não estatal como agressor acabaria conferindo legitimidade ao mesmo. Essa responsabilização parte de evidente premissa do direito humanitário, porém alguns Estados argumentam que dirigir-se aos grupos armados como entidades com obrigações ante o direito internacional legitimaria o uso de violência desse ator. Entende-se assim que o julgamento de mal uso da força seria reconhecer que o uso da força existe e esse fato eleva o *status* do agente vulnerador³⁰.

jurídica universal. Largamente discutido e explorado, sua menção entre os juristas tende a evocar conhecidas fórmulas, algumas até de gosto retórico duvidoso, muitas suficientemente vazias para banalizar a sua importância. Esta banalização aponta não poucas vezes para um tratamento do tema com nobres mas nem sempre convincentes intenções moralizantes, recorrendo o jurista a expressões tornadas vazias, cuja força argumentativa remonta aos séculos XVIII e XIX. Outras vezes, esta banalização resulta das críticas positivistas, no amplo espectro significativo da expressão, que, no entanto, também num uso candidamente moralizante, contrapõe mistificação e vigor científico, objetividade e subjetivismo incontrolável etc. Mas a banalização mais terrível é aquela que se dá ao nível da ação, aquela que, ao afirmar direitos humanos, conserva-os na sua intocabilidade e supremacia na exata medida em que os destitui na prática. Esta banalização prática, mais do que qualquer outra, trivializa os direitos fundamentais da pessoa humana”.

²⁹ Idem, p. 112, "trivialização significa que os direitos do homem, ao manterem sua condição de núcleo básico da ordem jurídica, nem por isso deixam de ser objetos descartáveis e consumo, cuja permanência, não podendo mais assentar-se na natureza, no costume, na razão, na moral, passa basear-se apenas na uniformidade da própria vida social, da vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença. Indiferença quanto ao que valia e passa a valer, isto é, aceita-se tranquilamente qualquer mudança. Indiferença quanto à incompatibilidade de conteúdos, isto é, aceita-se tranquilamente a inconsistência e se convive com ela. Indiferença quanto às divergências de opinião, isto é, aceita-se uma falsa ideia de tolerância, como a maior de todas as virtudes. Este é afinal o mundo jurídico do homem que labuta, para o qual o direito é apenas e tão-somente um bem de consumo. Esta situação de uniformidade pela indiferença é perversa”.

³⁰ Encontramos alguns exemplos em ROBERTST, Anthea e SIVAKUMARAN, Sandesh. Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law. **The Yale Journal of International Law**. Vol. 37, 2012, p. 107-152. Em p. 134 "[The Kampala Convention] shall not, in any way whatsoever, be construed as affording legal status or legitimizing or recognizing armed groups". Ainda segundo o texto, "[L]egitimacy concerns may play a part in a state's denial of the existence of an armed conflict, failure to recognize an armed group as a party to the conflict, or failure to conclude a bilateral agreement on international humanitarian law", p. 135.

No que tange o direito humanitário, existe uma dificuldade real na aplicação do Protocolo II das Convenções de Genebra³¹. As Convenções se propõem a regular o comportamento estatal em períodos de conflito, definindo normas de Direito Humanitário Internacional e foram audaciosas ao incluir em seu Protocolo II de 1977 uma tentativa de regulamentação para conflitos não internacionais. Entretanto, tal regulamentação já seria de difícil aplicação para grupos armados visto que os mesmos não participaram da elaboração ou ratificação das mesmas e, portanto, não as reconhecem. Além disso, a inclusão do artigo 3º desse Protocolo confere grande importância e respeito às decisões do Estado sobre conflitos que podem (apesar de teoricamente nacionais) ter proporções gigantescas³². Esse medo da sociedade internacional de ferir a soberania estatal e interferir nos ditos conflitos internos acaba por garantir a inaplicabilidade desse instrumento legal³³. Tal assunto será oportunamente esmiuçado quando tratarmos da regulação de grupos armados.

Saindo do direito humanitário, no que diz respeito aos direitos humanos, mesmo que o conflito seja adequadamente classificado como internacional, apenas o Estado poderá ser regido pelo direito internacional (ou, quando muito, indivíduos nos casos elencados pelo TPI). Esse posicionamento não apenas é destilado pela doutrina tradicional, como também por ONGs, o que permite inferir que a base da discussão não seria a aplicabilidade do direito humanitário, mas antes as restrições à aplicação dos direitos humanos.

³¹ O maior problema parece ser a admissão de que o conflito é internacional. Para tal, deve existir anuência estatal ou oposição entre Estados. Pejic aponta que mesmo que um grupo armado seja multinacional, o conflito armado poderá ser classificado como não internacional. Seguindo essa visão, "a única provisão 'realmente' legal ligada ao direito humanitário seriam as gerais do artigo 3 da Convenção, deixando os conflitos armados não internacionais em um espaço desregulado de direito humanitário. Isso apesar de ser quase um chavão apontar que o conflito armado não internacional ser o tipo prevalente de conflito armado na atualidade e frequentemente costumam causar sofrimento civil em uma escala que ultrapassa os conflitos armados internacionais". PEJIC, Jelena. The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye. **International Review of the Red Cross (Selected Article on International Humanitarian Law)**, volume 93, number 881, march 2011, p. 6-8.

³² No texto original "article 3º Non-intervention. 1. Nothing in this Protocol shall be invoked for the purpose of affecting the sovereignty of a State or the responsibility of the government, by all legitimate means, to maintain or re-establish law and order in the State or to defend the national unity and territorial integrity of the State; 2. Nothing in this Protocol shall be invoked as a justification for intervening, directly or indirectly, for any reason whatever, in the armed conflict or in the internal or external affairs of the High Contracting Party in the territory of which that conflict occurs". INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977**. Disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

³³ Nos comentários desse Protocolo adicional são feitas referências reiteradas sobre o respeito à soberania e anuência estatal "Thus it is perfectly clear that the application of international humanitarian law in situations of non-international armed conflict has no effect whatever on the qualification of relations between the parties [...] [It] reaffirms the principle of the inviolability of the national sovereignty of States". INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Treaties, States Parties and Commentaries**. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977. Commentary of 1987 Non-Intervention. Disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=92D729DEE6F594C8C12563CD0043A04C>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

Ao não criticar grupos armados de oposição, organizações de direitos humanos também ameaçam sua legitimidade como observadores imparciais. A crítica repetitiva e vociferante do governo quanto à frente de direitos humanos, quando aparecem em conjunção com um aparente silêncio de alguns grupos de direitos humanos no que toca os abusos cometidos por grupos armados de oposição, encontra uma recepção hostil. As atividades de grupos de direitos humanos podem ser construídas como apoiadores e injustos, se não fundamentalmente mal direcionados, levando à um aumento da perda de credibilidade e maior marginalização, mesmo em grupos de apoio às vítimas (tradução nossa)³⁴.

Não obstante, conflitos armados internacionais em lugares como Ruanda, Colômbia e Chechênia levaram grupos de direitos humanos a reexaminar a utilidade do paradigma de direito humanitário contido no artigo 3º das Convenções de Genebra de 1949 e no Protocolo II. No que concerne situações como as da Colômbia, a Comissão de Direitos Humanos da ONU chama os rebeldes diretamente a responder antes o direito internacional humanitário e a respeitar o direito da população em exercer seus direitos humanos. Nesse sentido, tanto as Nações Unidas quanto ONGs como Anistia Internacional não enfrentam a possibilidade de enquadramento e preferem dirigir-se aos atores não estatais como *abusadores* de direitos humanos (distinguindo-os dos Estados, *violadores* de direitos). As razões para tal distinção são, aparentemente, antes táticas e políticas que imbuídas de significado legal³⁵.

Ao fim, pode-se afirmar que o argumento de legitimação da violência repousa em dois pilares destrutíveis. Em primeiro lugar, presumir que a aplicabilidade de obrigações internacionais aos grupos limitaria na prática a violação de direitos humanos é insensata, pois limitar sua responsabilidade legal apenas prejudica a reparação das vítimas. Segundo, sugerir que a aplicação de deveres internacionais para grupos armados aumentaria sua legitimidade aos olhos dos observadores não tem base no Direito e nem evidência empírica³⁶.

³⁴ NAIR, Ravi. Confronting the Violence Committed by Armed Opposition Groups. **Yale Human Rights and Development Law Journal**, vol. 1, 1998, p. 10. "By not criticizing armed opposition groups, human rights organizations also threaten their legitimacy as unbiased observers. The repeated and vociferous criticism of the government on the human rights front, when seen in conjunction with the apparent silence of some human rights groups regarding the abuses committed by armed opposition groups, meets with a hostile reception. The activities of the human rights groups can be construed as partisan and unfair, if not fundamentally misdirected, leading to an increasing loss of credibility and further marginalization, even with the victim groups", no original.

³⁵ CLAPHAM, op. cit., p. 49. "For some time, there has been an attempt to tackle this issue by admitting that non-state actors have to obey human rights norms but distinguishing them from state actors by labelling them human rights abusers rather than violators. [...] But the reasons for such a distinction are, seemingly, tactical and political rather than imbued with legal meaning. [...] This approach has been the dominant approach of groups such as Amnesty International and has also been adopted by the United Nations".

³⁶ Ibid., p. 52 e 53, "The legitimization of violence argument rests on two pillars. Both can be demolished. First, it is wrong to presume that the application of international obligations to armed opposition groups, as such, entitles them to use any sort of violence. It simply furthers limits them with regard to their legal obligations. Second, to suggest that the application of international duties to an armed group increases its legitimacy in the eyes of observers has no basis in law and would be hard to demonstrate empirically. There may be a problem of

1.1.1.4 Estratégia política

Esta perspectiva centra-se no fato de que alguns governos podem escolher concentrar-se nas obrigações individuais para destacar ações terroristas ou violações de grandes empresas, fugindo do ataque ao instituto como um todo e centrando-se em um bode expiatório.

O medo é sedutor e uma ferramenta útil e conveniente para os Estados justificarem todo e qualquer comportamento em nome da ordem pública. É geralmente a “caçada” a um terrorista, por vezes visto como cabeça de uma organização e responsável por algum evento em particular que camuflam violações graves em nome do bem maior. As políticas públicas duras contra o terrorismo em geral autorizam e incentivam um comportamento violador de direitos humanos. A "guerra ao terror" justifica a restrição do direito de ir e vir, violação de privacidade, violência física, tortura e até mesmo homicídio. Tudo em defesa da ordem nacional e desconsiderando as problemáticas raízes históricas, culturais e econômicas que originaram o conflito.

Nilson Naves, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, comenta que é prática emblemática cada vez mais ordinária que os Estados, em resposta aos atos violentos de possíveis grupos terroristas, recorram "com igual desprezo aos direitos humanos fundamentais e idêntico emprego da violência física e psicológica, aos métodos terroristas"³⁷. Ele relembra

perception, but this argument, like the others, depends more on policy preferences of the objector rather than any inherent legal or practical impossibility with regard to the application of international law to the behaviour of non-state actors".

³⁷ NAVES, Nilson. Terrorismo e violência: segurança do Estado, direitos e liberdades individuais. Conferência de abertura proferida no Seminário Internacional sobre Terrorismo e violência: segurança do Estado, direitos e liberdades individuais, 27 e 28 de maio de 2002, Brasília-DF. Publicado na **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n. 18, p. 6-9, jul./set. 2002. *Passim* “E, se algumas pessoas, grupos, empresas ou governos estão enfeixando nas mãos tal poder de destruição, é urgente que os cidadãos e os próprios governos estejam vigilantes em relação não apenas à existência desses agentes de destruição, mas também quanto aos fins para os quais podem ser ou serão usados. [...] Não se pode, ainda, ignorar que a intimidação pela violência e ameaça já serviu também (e talvez ainda sirva) para a manutenção da mesma ordem política. Vários Estados recorreram, com igual desprezo aos direitos humanos fundamentais e idêntico emprego da violência física e psicológica, a métodos terroristas. [...] Naturalmente, há de se dotar o Estado de instrumentos normativos para sua defesa, sem, no entanto, causar dano às garantias individuais. Cabe à sociedade definir em que medida pode a lei, na defesa da segurança estatal, suspender o direito dos cidadãos sem que isso se torne uma ameaça à defesa do próprio cidadão. Felizmente, quer-nos parecer, essa tem sido a tônica seguida pelos governos de modo geral. [...] Nesta oportunidade, caberá indagar-se: se ao indivíduo não compete escolher entre obedecer ou não às leis da sua pátria, podem os Estados recusar-se à submissão às leis internacionais?”.

que a utilização da mesma violência que se quer eliminar aponta um contrassenso que deve ser evitado a todo custo.

Em face do horror e da impotência provocados pela sequência de mortes, mutilações, destruições, parece criar-se um ambiente propício para que as pessoas apoiem uma legislação mais severa e sumária, mesmo que isso signifique suspender certos direitos arduamente conquistados. As imagens de crianças mutiladas, feridas, mortas, e da dor estampada no rosto dos que sobrevivem preparam o terreno propício ao florescimento da ideia de que a suspensão de direitos facilitaria a punição dos culpados. Afigura-se uma ilusão, às vezes alimentada por oportunistas, a crença de que a previsão de punições mais severas – a pena de morte, por exemplo – ou a suspensão de direitos solucionariam o problema. A História, no entanto, é pródiga em demonstrar que ambientes desprovidos do reconhecimento das garantias individuais têm sido campo fértil para o terror do Estado, com sequelas que se estendem por gerações. Hoje, quando a ordem social se instala com base no Estado de Direito, é intolerável a atitude do Estado que pretenda sobrepor-se aos direitos individuais, aos quais, inclusive, compete-lhe com firmeza proteger³⁸.

Esse pensamento é frequentemente utilizado para justificar a responsabilidade individual em grupos armados, porém igualmente pode ser aplicado em violações provocadas por grandes corporações. Torna-se conveniente apontar um vilão, um *businessman* insensível que provocou sozinho um colapso econômico, acabando com meio ambiente ou emprego de milhares de famílias. Essa solução definitivamente é mais fácil e atraente que desmontar os arranjos de violações estruturais que baseiam a complicada relação público/privada entre transnacionais e Estados.

Clapham sugere que a negação de direitos e deveres aos grupos armados atrasa a responsabilização de outros atores não estatais como transnacionais, mercenários e organizações internacionais. O inglês recomenda que um argumento político merece uma resposta também política, sendo necessário pesar entre os riscos de um governo violador e que consiga “espalhar o descrédito” ou de uma estratégia de direitos humanos que poderia abranger uma enorme gama de entidades não estatais. O autor segue argumentando que, visto que o terrorismo é um crime de direitos humanos, negar que um grupo seja passível de vulnerá-lo somente pelo fato de que o agente agressor não é o Estado parece uma questão puramente doutrinária³⁹.

³⁸ Ibid., p. 8.

³⁹ CLAPHAM, op. cit., p. 43. “In response, however, I suggest that by blinkering our outlook so as to focus on governments and exclude armed opposition groups, we also blind ourselves to the opportunities presented by including corporations, mercenaries, international organizations, criminal organizations, and terrorists within the category of those capable of committing human rights violations. The policy argument deserves a policy-orientated response. It is necessary to weigh up the risks of further governmental violations due to the overnments succeeding in ‘dissipating the discredit’, as against a human rights strategy that would encompass a much broader range of actors, including not only terrorists but also other powerful non-state entities. Terrorist attacks may violate international law when they amount to war crimes, genocide, crimes against humanity, or the

O britânico afirma ainda que diplomatas da Comissão de Direitos Humanos da ONU acreditam que aumentar o escrutínio de direitos humanos para esses atores faria com que os Estados desviassem atenção do seu próprio comportamento. Essa tentativa de construir normas de responsabilidade para grupos empresariais "perigosamente muda o foco de responsabilidade por vulnerações de direitos humanos, criando uma percepção de que os Estados têm menos responsabilidade em acabar com abusos pelos quais ele seria responsável"⁴⁰.

1.1.1.5 Inconveniência da extensão de direitos humanos

Entre as ferozes críticas ao modelo estadocêntrico de responsabilidade internacional, Clapham aponta essa defesa como argumento um tanto peculiar. Ele diz que costuma ser arguido pelos defensores do *status quo* que a crescente efervescência de direitos e obrigações acabariam por criar um empecilho ao alcance da Justiça Social. O mesmo autor segue argumentando que os críticos à essa extensão de direitos humanos temem uma erosão dos mesmos.

Para os que criticam os direitos humanos sob tal perspectiva (como barreira à justiça social), existe o medo de que se legitime um ator ao conferir-lhe obrigações de direitos humanos e que isso implicaria poderes que por eles mesmo iriam erodir, antes de engrandecer a liberdade humana e autonomia. Essa crítica é de difícil descarte imediato, porém a ideia de rotular alguém como violador de direitos humanos o dignificaria com legitimidade apenas seria verdade se fosse já assumido que apenas atores legítimos, tais como o Estado, têm obrigações de direitos humanos. Desde que o Tribunal de Nuremberg manteve indivíduos responsáveis por crimes de guerra e crimes contra humanidade, tem ficado claro que ter obrigações no direito internacional não implica respeitabilidade, legitimidade ou decência. Se esse

international crime of terrorism. Where such acts deny people their human rights, it seems doctrinaire to insist that terrorists cannot violate human rights. To avoid the conclusion that terrorists can be said to violate human rights is to risk being seen to apologize for terrorist violence in violation of international law. On balance, the risk to the human rights movement of losing the backing of those that support armed struggle no longer seems as pressing as it once perhaps seemed. Moreover, the inevitability of taking civilian casualties no longer seems central or even acceptable to many of those who might support armed opposition today”.

⁴⁰ Ibid., p. 44. Esse vem sendo o discurso reiterado dos Estados Unidos em reuniões da ONU. Coincidentemente ou não, as transnacionais norte-americanas (responsáveis por grande quantidade de violações de direitos em países de democracia recente, conforme apontado em exemplos por CLAPHAM, op. cit., p. 228-237) conseguem eximir-se de muitos crimes com o paradigma atual. Não surpreende que a posição dos Estados Unidos da América seria pela manutenção do modelo atual de responsabilidade que perpetua a incidência de toda punibilidade ao Estado que recebe a multinacional (geralmente países economicamente vulneráveis).

ponto é válido para crimes contra a humanidade, ele também pode ser aplicado às violações de direitos humanos (tradução nossa)⁴¹.

Clapham segue explicando que a aplicabilidade do modelo tradicional de responsabilidade apenas estatal arisca ofuscar os reais violadores de algumas situações e gera um perigoso senso de impunidade. Negar atribuir deveres a poderosos atores não estatais é negar o empoderamento que acompanharia as queixas de direitos humanos; possibilitar a punição, por exemplo, de transnacionais em países nos quais os governos não parecem capazes de assegurar ou prever vulnerações, seria uma evolução e não um atraso para justiça social⁴².

Outra crítica na perspectiva histórica é que o direito, de maneira geral, é usado para proteger a esfera privada da interferência pública e isso, por diversas vezes, resultou na proteção do privado em detrimento da justiça social. Seria irreal, portanto, esperar que esse ordenamento jurídico, criado com essa finalidade, virasse suas costas contra o interesse privado que sempre protegeu.

Esse argumento aponta que a extensão das obrigações de direitos humanos aos atores não estatais iria distorcer o *core* dos direitos humanos. Contrariamente, poderia se entender que o processo histórico de formação de direitos humanos é de que o Direito regula o contrato entre o Estado e indivíduos e que a lógica da proteção privada da interferência estatal se aplica para domínios específicos. Nesse sentido o Direito seria como um “amortecedor”⁴³ entre o Estado e o setor privado. Assim, mesmo que a criação inicial dos direitos humanos tenha sido a proteção da esfera privada contra o Estado, há de se admitir que a sociedade evoluiu a ponto de necessitar otimizar sua proteção e considerar que o temido Leviatã hoje pode adquirir a forma de várias instituições, inclusive da esfera privada⁴⁴.

⁴¹ Ibid., p. 53. No original “For those who critique the human rights movement from such a perspective, there is a fear that one ‘legitimizes’ actors by giving them human rights obligations and implies powers which may themselves erode, rather than enhance, human freedom and autonomy. Such a critique is hard to dismiss out of hand, but the idea that labelling someone a human rights violator dignifies them with legitimacy only holds true if one has already assumed that only legitimate actors, such as states, have human rights obligations. Ever since the Nuremberg Tribunal held individuals accountable for war crimes and crimes against humanity, it has been clear that having international law obligations does not imply respectability, legitimacy, or decency. If this point holds with regard to the law of crimes against humanity, it can also hold for the law of human rights violations”.

⁴² Idem. Reiteradamente, as TNC, geralmente da área de petróleo ou farmacêutica, ao exercerem suas atividades em países de democracia mais recente (em geral na América Latina e África), não responderam legalmente por suas ações, já que o país onde aconteceu a vulneração era conivente ou incapaz de puni-lo e internacionalmente essas empresas não tem responsabilidade jurídica.

⁴³ Ibid., p. 55.

⁴⁴ Leviatã é uma criatura que, em alguns casos, pode ter interpretação mitológica, simbólica ou bíblica, a depender do contexto em que a palavra é usada. Ao discorrer sobre o contrato social, é utilizada por Hobbes para descrever o governo central; seria uma espécie de monstro que concentraria todo o poder em torno de si, para o bem da sociedade.

Em resumo, os argumentos contra a extensão da responsabilidade de direitos humanos, maneira geral tem duas reivindicações. Primeiramente afirmam que a extensão de responsabilidade internacional aos atores não estatais iria banalizar, diluir e destruir o *core* superior dos direitos humanos. Em segundo lugar, que essa extensão concederia um poder inapropriado e legitimidade a esses atores. Essas premissas poderiam ser destruídas por algumas ideias como a de que os direitos humanos são por natureza passíveis a todos e devem ser respeitados por todos e de que, nesse sentido, suas obrigações são tanto para Estados e indivíduos quanto para grupos e atores não estatais. Aos poucos, diferentes jurisdições preparam-se para regular esse panorama e "podemos estar testemunhando uma mudança de ênfase"⁴⁵ ou paradigma de responsabilidade de direitos humanos.

1.1.1.6 Invenção acadêmica

Este argumento parte do pressuposto de que a emergência de atores não estatais e heterogeneidade contemporânea do direito internacional não são empíricas e sim resultado de uma inclinação da doutrina em expandir seu material de estudo. Essa afirmação é encabeçada por Jean D'Aspremont e refere-se tanto à efervescência de trabalhos sobre atores não estatais⁴⁶

⁴⁵ CLAPHAM, op. cit., p. 58. "Once we accept that human rights obligations can apply in this way, the idea of legitimizing non-state actors by subjecting them to human rights duties becomes illogical. The message is that international human rights obligations can fall on states, individuals, and non-state actors. Different jurisdictions may or may not be able to enforce these obligations, but the obligations exist just the same. With more and more national jurisdictions applying international human rights law as the law of the land, we look set to see an increasing acknowledgement of the relevance of human rights norms for judging the conduct of private actors. We may be witnessing a shift in emphasis".

⁴⁶ D'ASPREMONT, Jean. Non-State Actors in International Law: A Scholarly Invention? **FWO Seminar Non-State Actors in International Law**, Leuven, 26-28 de março de 2009. "This paper attempts to demonstrate that the contemporary assertion that international lawmaking has become more heterogeneous because of the emergence of non-State actors is less the result of an actual practice than the outcome of an inclination of scholars to expand their material of study. While the aspiration for the import of new legal materials into the ambit of international legal scholarship can provide a rational explanation of the proneness of international scholars to depict international lawmaking processes as diverse and heterogeneous, it is not sufficient to explain all the underlying motives of such a leaning. It is submitted here that, in a few circumstances, the tendency to play down the State-centrism of international lawmaking processes and the magnification of their heterogeneity can also be traced back to a more general and fundamental endeavor of international legal scholars to convey a cosmopolitan vision of international law with a view to fostering the legitimacy of their object of study. This paper also explains the attraction of scholars to these heterogeneous representations of international lawmaking as an attempt by international legal scholars to preserve the importance of their expertise and that of their discipline in areas where they have been subject to the competition of other social sciences. For the sake of this paper, the heterogeneity of lawmaking processes refers to the idea of a diversification and a multiplication of the actors formally taking part in the making of international law. In that sense, this paper only deals with the *ratione personae* dimension of heterogeneity: heterogeneity is associated here with the alleged rise of non-State actors as lawmakers besides States and international organizations with legal personality and, to some extent, with the

quanto aos trabalhos sobre *soft law*⁴⁷. Segundo o autor, ambos seriam invenções acadêmicas sem prática real e fruto do desejo de estudiosos do direito internacional em preservar sua *expertise* em uma disciplina objeto de outras ciências sociais.

Admite-se que nas duas últimas décadas esses agentes ganharam espaço e voz nos debates e processos legislativos internacionais, não obstante, essa participação remonta mais de 200 anos⁴⁸ e não seria significativa a ponto de lhes conferir o *status* de legiferantes. Dessa maneira, essa sensação de heterogeneidade seria ilusória sendo o Estado *lawmaker* exclusivo do direito internacional.

Não há dúvida de que, qualquer que seja a influência desses atores não estatais, os Estados continuam sendo os legiferantes internacionais exclusivos. A influência ascendente exercida por alguns atores não estatais pode ajudar a desencadear novas iniciativas legislativas ou orientar empreendimentos legislativos em andamento, mas isso é insuficiente para elevar esses atores ao *status* de legífero. Na verdade, nenhum poder formal de legislar internacional foi conferido a esses atores e os Estados sempre mantêm a palavra final (tradução nossa)⁴⁹.

somewhat similar idea of transnational law. The heterogeneity of lawmaking processes is thus not construed here as including the diversification of legal instruments to which States resort to make international law. Before expounding on the three abovementioned motives encouraging scholars to create (or be tempted by) the illusion of the heterogeneity of international lawmaking processes (II), it is necessary to briefly recall the extent to which international law actually remains State-centric despite the diversification of the actors involved in international lawmaking processes (I)", pp. 1 e 2.

⁴⁷ D'ASPREMONT, Jean. Softness in International Law: a Self-Serving Quest for New Legal Materials.

European Journal of International Law, volume 19, numero 5, 2008, pp. 1075-1093. "The theory of the softness of international law has been gaining significant currency in international legal scholarship over recent decades. Its proponents have argued that not only has law proven soft, but so have governance, law-making, international organizations, enforcement, and even – in a critical legal perspective – international legal arguments. [...] This article tries to unravel the reasons why the fundamental flaws of the softness theory on which positivist lawyers have shed some light have been so widely ignored. It will be submitted that the careful eschewing of the flaws of the softness theory spotted by positivists reflects the unease felt by contemporary legal scholars as to the limits of their field of study. In particular, it will be argued that the quest for softness amounts to an endeavour by scholars to broaden the international law discipline beyond its original ambit with a view to expanding the potential objects that they can seize and study. Drawing on this critical argument, this article will ultimately seek to offer a refreshed and modernized version of international legal positivism", pp. 1075 e 1076.

⁴⁸ D'ASPREMONT, 2009, op. cit., p. 3 "In fact, NGOs have aroused the initiative or have been granted a formal participatory role in various international lawmaking conferences as early as the 19th century. To name but a few, this is well illustrated by the role of the American Peace Society in the first plan for the Permanent Court of Arbitration; the role of the Geneva Public Welfare Society in the adoption of the 1864 Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field; the role of all the peace societies which sent representatives to the First and Second Hague Peace Conferences; the role of the Inter-Parliamentary Union and the World Court League in the establishment of the Permanent Court of International Justice and the occasional role of NGOs in the committees and conferences of the League of Nations. In the same period, a similar role was played by the private sector on several occasions, as is illustrated by the meetings of the International Telegraph Union, the annual conferences of the International Labor Organization or the Pan American Conferences".

⁴⁹ Ibid., pp. 5 e 6. No original "There is no doubt that, whatever the influence of these non-State actors may be, States remain the exclusive international lawmakers. The upstream influence wielded by some non-State actors can help ignite new lawmaking initiative or orientate ongoing lawmaking undertakings but this is insufficient to elevate these actors to the status of lawmakers. Indeed, no formal international lawmaking powers have been bestowed upon these actors and States always retain the final word".

Com todo o respeito merecido ao referido autor de prolíferas obras relativas aos não estatais, permite-se discordar tanto da ausência de heterogeneidade das relações internacionais contemporâneas quanto do poder decisório estatal. Seguramente o estudo histórico levantado permite visualizar que a atuação de ONGs e organizações interestatais remonta ao início do *ius gentium*. Entretanto, há de se concordar que sua atuação é mais contundente com o passar dos anos e fenômenos como a globalização e expansão do capitalismo e liberalismo impuseram novas dinâmicas às relações estatais. Igualmente não se pode ignorar que a descolonização não equiparou os Estados e, apesar dos dispositivos de integração da ONU e soberania legal e teórica, muitos países não possuem grande poder decisório. Conforme será demonstrado neste trabalho, não se pretende igualar essas entidades não estatais ao mesmo *status* que o Estado, mas sim considerar outras variantes e buscar soluções para que o sistema de proteção internacional seja mais eficaz.

A argumentação do acadêmico franco-belga seria que, não apenas o Estado continua sendo legiferante exclusivo de direito internacional como também esse agente teve seu poder reforçado pela lógica contemporânea de governança global. Essa dominância estatal pode assumir várias formas tais como: atividade legislativa por meio do sistema clássico de elaboração de convenções estadocêntricas; existência de mecanismos legislativos institucionais dentro de organizações internacionais; e, em particular, um apelo frequente dos Estados do Conselho de Segurança da ONU à criação e utilização de normas abrangentes e vinculantes. Na verdade, mesmo fora dos canais clássicos, percebe-se um "domínio renovado do Estado" com o desenvolvimento das chamadas "redes governamentais" e diversificação interna da máquina estatal que reforça sua presença e influência⁵⁰.

Essa tentação da doutrina em insistir na heterogeneidade da *ratione personae* da legislação internacional teria três razões principais, ainda segundo D'Aspremont: necessidade de estudiosos em encontrar novos materiais jurídicos e novos objetos de estudo; a ideia de que a representação da legislação internacional como heterogênea transmitiria uma imagem cosmopolita dos processos legislativos, reforçando a legitimidade e a aceitação das regras que nela sejam adotadas⁵¹; a tentativa infrutífera de preservar uma relevância da *expertise* do

⁵⁰ Ibid., pp. 7 e 8.

⁵¹ Ibid., p. 11, "those authors that have tried to magnify the participation of individuals and NGOs in international lawmaking processes. This move rests on the assumption that those international lawmaking processes where States and international organizations have yielded to a greater role of individuals and NGOs would be more cosmopolitan and, in a way, more democratic".

Direito em campos internacionais nos quais outras disciplinas têm ofuscado a sabedoria jurídica⁵².

Ainda contrariamente a esse argumento de invenção acadêmica, identifica-se, desde a década de setenta, que existe uma diversidade de ANE legiferantes e poderosos a ponto de cunhar a chamada “luta pelas normas”⁵³ seja na dimensão da participação no processo decisório e normativo internacional, seja no combate substancial e exercício de influência sobre a existência e conteúdo das normas internacionais. Essa “luta pelas normas” advém de quatro fatores principais: o efeito da expansão normativa do direito internacional decorrente da proliferação de textos e setores de atividades mundiais (a chamada fragmentação do Direito Internacional, abordada mais adiante); a insuficiência aguda e proposital do Estado em determinadas latitudes ocasionada pela escolha de interesses específicos; a crescente complexidade da estrutura societária e seus novos enfoques de solução (transgovernalismo, autorregulação e correção) que revelam a insuficiência da ótica tradicional; e, finalmente, a evidente presença fática dos ANE nas interações internacionais e processos normativos, malgrado o fato que essa participação seja majoritariamente oficiosa.

⁵² Ibid., p. 13, "even though international legal scholars can probably contribute to clarify the formal and procedural roles of these non-State actors, their technical expertise is of no avail as to the determination of the substantive influence of non-State actors. [...] The idea of the heterogeneity of international lawmaking and the correlative lawmaking 'status' granted to non-State actors may seem to guarantee the relevance of the legal expertise and, hence, the authority of legal scholars for subject-matter where the usefulness of their role is anything but certain".

⁵³ PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis. Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional. In: HONRUBIA, Victoria Abellán e PÉREZ, Jordi Bonet. **La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público: los actores no estatales: ponencias y estudios**. Ed. Bosch, Barcelona, 2008. No original, em pp. 23 e 34 “Pero el alcance de la voluntad participativa es mayor, porque es constatable en la práctica internacional, con mayor profusión desde la década de los setenta del siglo pasado, que tales agentes normativos se han instalado en la lucha por las normas, lucha que se aborda en dos dimensiones, al menos: uno, el ya mencionado logro de la participación en el proceso decisorio y normativo internacional; y, dos, el combate por la sustancia, esto es, el ejercicio de influencia sobre la existencia y el contenido de determinadas normas internacionales. ¿Por qué se ha venido produciendo esta lucha desde las últimas décadas? Quizás pudiéramos señalar, entre otros cuatro factores principales, los siguientes: uno, el efecto llamada de la expansión normativa del Derecho Internacional, pues la proliferación de normas internacionales en todos los sectores de la actividad mundial, dentro y fuera de las fronteras de los Estados, acaba por afectar a los intereses de muchos colectivos, algunos de ellos organizados en el seno de la sociedad civil; dos, la insuficiencia del Estado, más agudizada en determinadas latitudes, para representar los intereses de determinados sectores de la sociedad; tres, las crecientes complejidades del entramado societario y los problemas que suscita el alcance transnacional del proceso globalizador, que exigen nuevos enfoques de solución –transgubernamentalismo, autorregulación privada, etc.- a la par que desvelan las insuficiencias del Derecho Internacional como aproximación tradicional; y, cuatro, porque los actores no estatales se encuentran ya instalados en el sistema internacional, ya están presentes en él y en los procesos normativos internacionales y, como producto de su interacción tanto con las organizaciones como con los regímenes internacionales, la acepción de la expresión gobernanza mundial: apertura de los asuntos internacionales a la participación de los actores no estatales. [...] También los actores no estatales cumplen un papel relevante en la “fase descendente” de la lucha por las normas internacionales, en su aplicación y en la solución de las controversias que respecto de ellas se generan. En este sentido, puede señalarse que son coadyuvantes en ese proceso de aplicación desde dos posiciones diferenciadas que, una vez más, reflejan los modelos de relación entre el mundo oficial y el no oficial en el sistema internacional”.

1.1.2 Mudança de paradigma

As relações internacionais contemporâneas apresentam um conjunto de características que renovam e redefiniram o papel dos atores internacionais. Em primeiro lugar, há uma grande diversificação de centros de poder, deixando obsoleto o modelo clássico de atuação pensada só em função do Estado. Outra característica atual é o surgimento de uma agenda de discussão internacional ampliada e menos hierarquizada. A última característica é que as novas problemáticas são gerenciadas por múltiplos agentes distintos do Estado. Essa conjuntura permite que na atualidade haja várias formas de poder não tradicionais e uma atividade mais ampla e diferenciada⁵⁴.

Repensar os direitos humanos dessa maneira poderia melhorar a implementação de uma gama de programas e proteção legal, reconfigurando a abordagem e defesa de direitos. Essa mudança de paradigma também ressignificaria a importância tradicional prestada à fronteira entre as esferas público e privada, otimizando a proteção de vítimas independente de quem, como e onde ocorreram as vulnerações. É essencial, portanto, não apenas desenvolver um novo paradigma que comporte os atores não estatais, mas também que reexamine os efeitos das distinções feitas entre atividades estatais e não estatais, entre público e privado, entre governamentais e não governamentais.

Clapham aponta como premissa básica de seu livro *Human Rights In The Private Sphere* (1993)⁵⁵, a necessidade de repensar os direitos humanos para enfrentar os desafios da atuação de atores privados. Nesse livro, duas abordagens foram sugeridas. Na primeira foi-se sugerido que o direito internacional dos direitos humanos exigiria dos Estados a proteção de indivíduos de atos privados que poderiam ameaçar seus direitos e que, onde houvesse falha estatal em ações punitivas ou preventivas, haveria violação de obrigações internacionais por parte única e exclusiva do Estado. Já a segunda perspectiva pressupõe que a diferença entre

⁵⁴ VILLA, Rafael A. Duarte. Formas de influência das ONGs na política internacional contemporânea. **Revista Sociologia e Política**, Curitiba, n.12, 1999, p. 22, “as relações internacionais contemporâneas apresentam, em primeiro lugar, grande diversificação de centros de poder, cuja atuação deixa de ser pensada em função do Estado para incorporar a sociedade civil organizada. Em segundo, surge uma agenda de discussões internacionais ampliada e menos hierarquizada, isto é, a sua definição é menos centralizada. Finalmente, as novas problemáticas são geridas por múltiplos agentes distintos do Estado. Em decorrência disso, colocam-se em cena formas de poder não-tradicionais, em uma arena mais abrangente e diferenciada. Em outras palavras, parecem consolidar-se formas de interdependência de processos interestatais, transnacionais e supranacionais”.

⁵⁵ CLAPHAM, Andrew. **Human Rights in the Private Sphere**. Oxford University Press, 1993.

atos públicos e privados pode ser difícil e até mesmo perigosa e que, em algumas circunstâncias, as obrigações de direitos humanos deveriam ser deveres obrigatoriamente aplicáveis a atores privados. Fica evidente que esse não é o caso de todo e qualquer ato rotineiro, porém já existe em algumas jurisdições (como se abordará mais adiante) a previsão de uma aplicabilidade direta já legalmente possível na tentativa de prevenir que a falta de distinção entre atos públicos e privados seja escudo para que o poder privado escape do escrutínio do direito internacional.

Nos pontos que seguem serão abordadas algumas forças importantes para entender as mudanças no padrão estadocêntrico que vivemos e aumento significativo de atores não estatais.

1.1.2.1 Falecimento do Estado-Nação

O final do século XX traz o duplo fenômeno da crise e consolidação dos Estados que levou à uma explosão no número de atores não estatais no sistema internacional⁵⁶. De um lado, o processo de descolonização e desaparecimento do Império Soviético ocasionou o surgimento de um grande número de países que finalmente conseguiram algum tipo de independência. Por outro lado, a concomitância da globalização e privatização fizeram com que o monopólio da força estatal se esfacelasse. O Estado, ente que antes reivindicava para si os meios de coerção oficiais de determinado território, agora encontra dificuldades para ordenar e produzir ordem, sendo praticamente relegado a um aparelho burocrático hierárquico⁵⁷.

⁵⁶ GIL, Luis V. Pérez. Breves Consideraciones Acerca del Concepto de Actor no Estatal en las Relaciones Internacionales. **Revista Derecho y Opinión de la Universidad de Córdoba**, nº 6, 1998, p. 149. “Cualquier estudio acerca del concepto de actor internacional debe iniciarse haciendo referencia al Estado. Esta ha sido la posición de los teóricos de la escuela realista desde sus inicios y, por oposición, de la misma terminología empleada por la mayoría de los estudiosos de las relaciones internacionales para referirse al tema que nos ocupa: actor no estatal [...] Sin embargo, desde los años setenta, los teóricos del enfoque transnacionalista en su análisis del concepto de actor otorgan al Estado un papel más reducido en el sistema internacional que la escuela realista. En este punto se inserta la discusión acerca del doble fenómeno de crisis y consolidación del Estado en el sistema global de finales del siglo XX. Sin duda, el proceso de descolonización primero, y la desaparición del Imperio soviético con los años noventa con todas sus secuelas después, han llevado a una explosión en el número de los actores estatales del sistema internacional. [...] Por contra, la supuesta crisis del Estado como organización política se encontraría asociada a los retos que le han estado planteando los actores no estatales del sistema internacional desde el final de la Segunda Guerra Mundial, especialmente por el desarrollo del proceso de organización internacional y de la globalización de las relaciones económicas internacionales”.

⁵⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-Jurisdição em Crise e a Instituição do Consenso por uma outra Cultura no Tratamento de Conflitos**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos,

O Estado é uma realidade criada pela própria realidade civil para desenvolver tarefas como representação e decisão que atendam seus interesses, organização política revestida de poder e coerção que, em função da legitimidade social, administra os interesses de todos os cidadãos, delimitando sua área de atuação em determinado espaço físico. De fato, há tempos a crise do Estado se anuncia e paralelamente se assiste à transformação das coordenadas espaciais e temporais da vida social. A evolução tecnológica acaba por reformular a concepção de tempo e espaço e o Estado, que até então era uma forma de organização de determinado território nacional com delimitações bem definidas, assiste à transformação de seus contornos políticos e jurídicos. Sobre esse fenômeno, Spengler, após discorrer sobre o conceito de crise, afirma haver uma clara mudança no conceito clássico de Estado-jurisdição.

Nesse cenário de continuidade/ruptura, é possível perceber a retração do Estado, cuja função é proteger o direito do cidadão, devolvendo suas prerrogativas ao espaço privado, que, aproveitando-se de sua ausência ou ineficiência, muitas vezes cria ou diz o Direito. Ao Estado era relegada a função de dizer o Direito, que foi capturada pela esfera privada, o que contribuiu para a perda da exclusividade de suas funções, caracterizando um dos aspectos de sua crise, vista como interferência de um poder (Legislativo, Executivo ou Judiciário) sobre as atribuições do outro ou através da interferência supraestatal em sua soberania.[...] [O Estado] tem como aspectos principais de debate o território, o povo, o poder (soberania) e os direitos humanos, com reflexos no público/privado (discutindo o nacional, o local, o supranacional e o “extranacional”). Todas as demais crises acontecem no Estado contemporâneo, e são: crise estrutural, cujos aspectos principais são o financeiro, o ideológico (burocracia x democracia) e o filosófico (individualismo/solidarismo), sendo que suas consequências são a desconstitucionalização, a flexibilização e o desprestígio prático; a crise política atinge a democracia representativa com reflexos na participação e representação política, nos sistemas partidários e eleitorais, na apatia política e em suas novas fórmulas de democracia. Por último, a crise funcional aborda as funções do Estado que passa por uma crise, cujos aspectos são refletivos no Legislativo (*Lex mercatoria*, direito inoficial e marginal), no Executivo (assistencialismo) e na Jurisdição (fórmulas alternativas)⁵⁸.

A mesma autora alega que, mais do que falar do declínio do Estado em termos gerais ou demasiadamente alusivos, dever-se-ia observar a intrincada mescla de injustas

Rio Grande do Sul, 2007, p. 138. E ainda, “Entretanto esse monopólio da força estatal vem se esfacelando. O Estado, ente que reivindicava para si os meios de coerção oficiais de determinação do território, agora encontra dificuldades de ‘ordenar’, ou seja, de produzir ordem. Antes tal tarefa lhe é atribuída justamente porque para seu desempenho se faz necessário um aparelho burocrático hierárquico capaz de reunir e concentrar esforços. Cada vez mais se assiste à proliferação de direitos ditos inoficiais que têm berço, quase sempre, na falta de atenção do Estado para com os direitos fundamentais do cidadão. Então, ‘adquirem legitimidade os sujeitos sociais que, por sua ação libertadora, edificam uma nova cultura societária de base, cujos direitos insurgentes são a expressão mais autêntica de satisfação das carências e das necessidades humanas fundamentais’. Entretanto, os critérios que compõem ‘a legitimidade desses novos atores têm certos limites: está se falando daquela legitimidade que se constitui a partir de um conteúdo intencional, justo e programático, articulado não por quaisquer movimentos coletivos, mas somente por aqueles comprometidos com as mudanças paradigmáticas, com a pluralidade das formas de vida cotidiana e com o projeto de uma sociedade autogestionária, descentralizada, liberta e igualitária’. Consequentemente, esses seriam os direitos não oficiais ‘legítimos’”.

⁵⁸ Ibid., p. 92.

expropriações de poderes e limites ao seu exercício. Antes de declarar que o Estado estaria morto, caberia frisar que, com aumento das “funções em condomínio”⁵⁹ entre mais Estados, sua responsabilidade não é menor, mas exposta no que toca a capacidade e participação da elaboração e gestão dos acordos e instituições internacionais. A morte do Estado significaria então na realidade sua transformação para recepcionar os desafios da história e acompanhar o desenvolvimento da civilização. “O proclamado fim/desaparecimento/morte do Estado nada mais é que uma grande transformação e possui aspectos relevantes que propiciam a crise (ruptura) e consequente dificuldade/impossibilidade de manutenção das coisas segundo o *status quo ante* (continuidade)”⁶⁰.

Pode-se também, nesse sentido, considerar-se que essa mudança ocasionou uma crise da soberania, trazendo um Estado diluído e aberto, permeado por espaços conflituosos. Ocorre então um pluralismo de ações e pluralismo funcional, sejam legislativas, executivas ou jurisdicionais e mesmo o ordenamento jurídico passar a ter mais de uma fonte, havendo uma multiplicação dos *loci* de poder⁶¹. Ainda assim, a realidade vem provando que os Estados continuam existindo independente da sua qualidade, soberania e poder.

A tendência atual de considerar atores não estatais como representantes diretos de promoção e defesa de direitos está relacionada com a mudança da estrutura global e enfraquecimento desse Estado como agente mediador necessário. O declínio e mudança das configurações de poder leva os Estados a dirigirem-se a esses atores no intento de aumentar sua influência. Frisa lembrar, entretanto, que esse aumento da capacidade não estatal gera uma necessidade lógica de igual aumento de responsabilidade para que os *non-state actors*, que por vezes são mais influentes e poderosos que Estados, não vulnerarem direitos.

⁵⁹ Ibid., p. 99.

⁶⁰ Ibid., p. 100.

⁶¹ Ibid., p. 101. E ainda em página seguinte “No entanto, o Estado não vai desaparecer, mas transformar-se, pois a hipótese de sociedade sem Estado é impossível. De fato, em primeiro lugar, a realidade prova que os estados continuam existindo independentemente de sua qualidade, suas perspectivas e seu alcance em termos de autonomia para exercer suas faculdades e garantir o interesse comum. Num segundo momento, o Estado se mantém em função da capacidade dos seres humanos em transformar o mundo e controlar os fenômenos externos para que respondam a suas necessidades materiais e simbólicas. Por último, como aspecto principal, a existência do Estado é uma hipótese artificial, de funcionamento social sem articulação política cuja faticidade parece difícil como consequência da existência de espaços de interesses públicos e da inevitável anarquia que conduz à inexistência de uma autoridade. Portanto, ao invés de trabalhar com a idéia de morte do Estado, a possibilidade de adaptação/transformação do mesmo é que deve ser ventilada. Essas transformações acontecem, sem sombra de dúvidas, em função da própria crise estatal e trazem como consequência a possibilidade de repensar os papéis em âmbito nacional e internacional. Por isso, observa-se que o Estado não está morrendo, mas que passa por uma desregulação cujo principal ponto de fenômeno é a globalização em todos os seus aspectos (econômico, cultural, político e social)”.

1.1.2.2 Tendência global de privatização

Nas reflexões sobre a mudança no paradigma jurídico dos atores não estatais, ou seja, a maneira como gradualmente esses agentes vêm ganhando espaço no cenário internacional, o fenômeno de privatização é frequentemente citado pela doutrina. Importa apontar que esse desenvolvimento está intimamente relacionado a uma dupla tendência de transferência de funções estatais para, por um lado, organizações internacionais e, por outro, para entidades privadas. Essa transferência é decorrência da diminuição das funções estatais ao nível nacional e é constantemente relacionada com o fim da Segunda Guerra Mundial e início da Guerra Fria.

Com o colapso da União Soviética, houve uma predileção ideológica pela privatização⁶², apesar dos impactos econômicos e sociais dessa transferência de serviços. No âmbito nacional, pode-se enxergar claramente como o repasse de funções como saúde, educação e telecomunicações resultaram na evaporação do controle estatal em setores que asseguravam o respeito aos direitos sociais, civis e políticos. Essa problemática persiste no plano internacional já que a maioria dos procedimentos de proteção dos direitos humanos foram designados para serem ajuizados contra Estados, desconsiderando essa transferência de atividades.

O Centro de Estudos Estratégicos de Haia evidenciou que a extensão da capacidade estatal em garantir a segurança pública e sua escolha em privatizar essa função varia enormemente ao redor do mundo. Em países “desenvolvidos”, o monopólio estatal da utilização da força para garantir a segurança e ordem pública é indiscutível, porém, em outras partes do mundo, opta-se por deliberadamente delegar esses serviços. Somália, Mali, Líbano, Paquistão, Congo e Ucrânia são exemplos clássicos de países nos quais o poder e influência de grupos étnicos, tribais ou máfias seria tão grande a ponto de constituir um Estado paralelo. A habilidade desses Estados em utilizar sua força à serviço da ordem pública precisou evoluir rápido e a resposta frequentemente foi a privatização da segurança pública, busca de recursos estrangeiros ou simplesmente falha estatal⁶³.

⁶² A título de exemplo dessa preferência ideológica pelo capitalismo, CLAPHAM, op. cit., p. 8, cita como as instituições financeiras internacionais exigiram privatizações estatais como condição de empréstimo.

⁶³ MARTEN, Philipp, GALDIGA, Jan Hendrik, OOSTERVELD, Willem Theo e WIJNINGA, Peter. **State and Non-State Actors: Beyond the Dichotomy**. Hague Centre for Strategic Studies, Strategic Monitor 2014: Four Strategic Challenges, pp. 142 e 143.

Alston realçou, entretanto, que apesar de existir uma associação quase instantânea entre globalização e privatização, esses fenômenos não são necessariamente intrínsecos.

Sempre assumimos [que a privatização] é parte natural do processo de globalização e isso de fato adquiriu um *status* de valores em si mesmos. Esses significados/valores incluem, por exemplo: privatização do máximo de funções possível; desregularização, particularmente do setor privado, em ambos os níveis, nacional ou internacional; confiança no mercado livre como o mecanismo de alocação de valor mais eficiente e apropriado; governo mínimo exceto em relações estritamente relacionadas à manutenção da lei e da ordem; regulação internacional mínima com exceção aos "novos" itens da agenda internacional (tradução nossa)⁶⁴.

O mesmo autor ainda comenta o respeito máximo que os direitos humanos podem ou não receber do livre mercado, conforme o interesse em validá-los ou refutá-los, a depender de como eles podem corroborar o sistema existente

Mesmo algumas normas de direitos humanos estão cada vez mais sujeitas a uma avaliação cordial do mercado para determinar o que ou se algum peso será dado a elas. [...] [A manutenção de certos direitos] deve demonstrar que não ofende o imperativo da eficiência econômica e o funcionamento do livre mercado. Se esses testes não forem satisfeitos, a validade dessas normas será considerada anômala, um anacronismo destinado à uma vida curta. No que diz respeito a alguns deles, o ônus de prova foi deslocado – para ser validado, o presumido direito humano deve justificar sua contribuição para o que o mercado considerar o bem da sociedade (tradução nossa)⁶⁵.

A defesa tradicional para esse repasse é que, mesmo transferindo a atividade, o Estado permaneceu responsável por como elas são conduzidas⁶⁶. Entretanto, dois problemas

⁶⁴ ALSTON, Philip. The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization. **European Journal of International Law**. 1997, p. 442. Disponível em <https://academic.oup.com/ejil/article/8/3/435/388032>. Acesso em 2 de agosto de 2023. No original “the means which are always assumed to be an indispensable part of the globalization process, have in fact acquired the status of values in and of themselves. Those means/values include, for example: privatization of as many functions as possible; deregulation, particularly of private power, at both national and international levels; reliance upon the free market as the most efficient and appropriate value-allocating mechanism; minimal government except in relation to law and order functions narrowly defined; and minimal international regulation except in relation to the 'new' international agenda items”.

⁶⁵ Idem. Em citação completa no original, “Thus, even some human rights norms are increasingly subject to an assessment of their market friendliness in order to determine what, if any, weight will be accorded to them. In the world of globalization, a strong reaction against gender and other forms of discrimination, the suppression of trade unions, or the denial of primary education or health care, can often require not only a showing that the relevant practices run counter to human rights standards but also a demonstration that they are offensive to the imperatives of economic efficiency and the functioning of the free market. If those tests cannot be satisfied, the continuing validity of the norms is seen to be at best anomalous, and at worst anachronistic and destined to be short-lived. In at least some respects the burden of proof has been shifted - in order to be validated, a purported human right must justify its contribution to a broader, market-based 'vision' of the good society”.

⁶⁶ CLAPHAM, op. cit., p. 11. “A traditional international lawyer’s response to such developments might be to say that because the state has privatized these activities, it remains responsible for how they are conducted and for the way in which they are privatized. Certainly, the International Law Commission (ILC) or the European Court of Human Rights might approach the problem from this perspective. But the problem is really much wider

persistem ao pensar-se na responsabilidade estatal por atividades públicas privatizadas. Primeiramente, torna-se difícil visualizar quais eram as funções tradicionalmente estatais. A dificuldade de estabelecer uma linha clara entre as esferas pública e privada foi aumentada com a privatização e será reabordada oportunamente neste trabalho. Não se discute a responsabilidade estatal pela conduta de atores não estatais “autorizados pela legislação nacional para fazer uso da autoridade estatal”⁶⁷, porém definir essas atividades não é uma tarefa fácil. Qualquer insistência em estancar a divisão entre público e privado pode terminar por sobrecarregar os Estados e eximir de responsabilidade poderosas entidades não estatais. Outra questão seria rever elementos mínimos para legislação nacional, já que essas novas entidades muitas vezes estão exercendo poder estatal com pouca ou nenhuma responsabilidade visto que os deveres e obrigações internacionais restringem-se aos Estados (deveria ser assegurada, ao menos, uma legislação nacional forte).

A privatização não é apenas a venda de empresas estatais com a promessa de maior eficiência, mas também a abertura de negócios relacionados ao campo do serviço público a empresas transnacionais. Isso ocorre, por exemplo, através da transferência do fornecimento de eletricidade, gás ou energia e, mais recentemente, no controle e administração de prisões e centros de detenção de migrantes, serviços de imigração. O perigo causado por essa cessão de funções estatais para empresas privadas é reiteradamente apontado pelo Comitê de Direitos Humanos⁶⁸. Ainda assim, funções públicas são amplamente transferidas para organizações

than holding the state accountable for the privatization of its statelike activities. First, as already suggested, it is now no longer clear what are the traditional functions of the state. The ILC’s articles on state responsibility attribute to the state conduct of a non-state entity ‘empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority’. But the scope of what should be considered governmental is itself a deeply contested concept. Any insistence on a pre-ordained public/private divide can lead to dangerous distinctions between the public and private spheres which simply reinforce the unequal status of women in society, and further shield powerful non-state actors from scrutiny under international law. Second, new powerful elements often operate without specific empowering internal law. New entities or powerful associations spring up to exercise power without any sort of delegated authority or state regulation”.

⁶⁷ UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 56/83. **Responsibility of States for internationally wrongful acts** (A/Res/56/83). 22 de janeiro de 2002. Em seu artigo 5 “Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority: The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance”.

⁶⁸ Sobre o assunto ver UNITED NATIONS. General Assembly. Report of the Secretary-General A/47/415.

Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons and the United Nations Decade of Disabled Persons, 11 September 1992. Além disso, observações foram feitas em Resoluções sobre a distribuição de água (UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution adopted by the Human Rights Council A/HRC/RES/15/9. **Human rights and access to safe drinking water and sanitation**, 6 October 2010) e sobre o direito à educação (UNITED NATIONS. General Assembly. **Report of the Special Rapporteur on the right to education A/69/402**, 24 September 2014). Na verdade, já nos Comentários Gerais sobre o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o Comitê de Direitos Humanos deixa clara sua preocupação no Comentário Geral n. 24, parágrafo 21 e 22. " 21. The increased role and impact of private actors in traditionally public sectors, such as the health or education sector, pose new challenges for States parties in complying with

internacionais possivelmente mais fortes que o próprio Estado, tornando cada vez mais urgente uma forma de controle e responsabilidade para lidar com atores não estatais.

Um exemplo de defesa da privatização e dos moldes do modelo atual de responsabilização podem ser encontrados no livro *Human Rights or Global Capitalism: The Limits of Privatization*. Nowak, após criticar o repasse inadequado de serviços básicos, afirma que a questão decisiva não é se as empresas deveriam ser autorizadas a fornecer serviços diretamente relacionados aos direitos humanos e sim se os Estados têm autoridade para deliberar sobre a privatização. Ou ainda mais importante, definir quais são os direitos envolvidos e limitar sua terceirização⁶⁹. Em uma privatização limitada pela perspectiva dos direitos humanos, portanto, o foco deveria recair sobre a obrigação positiva do Estado em proteger os titulares dos direitos contra a interferência de partes privadas⁷⁰.

A questão decisiva não é, portanto, se as empresas estão autorizadas a prestar determinados serviços em domínios que estão diretamente relacionados com os direitos humanos. Pelo contrário, a questão é saber se os Estados estão autorizados a privatizar deliberadamente estes serviços, quer através da venda das respectivas infraestruturas (escolas, hospitais, tribunais, prisões, fundos de pensões, instalações de água) ou através da externalização da gestão destes serviços a empresas privadas. A externalização da gestão inclui a delegação da respetiva tomada de decisão. Por outras palavras, a mera contratação de determinadas funções de apoio, como a construção e manutenção de hospitais, escolas, tribunais, quartéis militares, esquadras de polícia ou condutas de água a empresas privadas e o fornecimento de alimentos e outros bens aos funcionários e clientes destes serviços que não estão diretamente relacionados com os direitos humanos geralmente não são considerados como privatização. Se estes bens e serviços estão diretamente relacionados com o gozo dos direitos humanos depende, evidentemente, do direito humano em questão. Embora as cantinas privadas e os serviços de primeiros socorros médicos nos

their obligations under the Covenant. Privatization is not per se prohibited by the Covenant, even in areas such as the provision of water or electricity, education or health care where the role of the public sector has traditionally been strong [...] ; 22. The Committee is particularly concerned that goods and services that are necessary for the enjoyment of basic economic, social and cultural rights may become less affordable as a result of such goods and services being provided by the private sector, or that quality may be sacrificed for the sake of increasing profits. [...] The privatization of education illustrates such a risk, where private educational institutions lead to high-quality education being made a privilege affordable only to the wealthiest segments of society, or where such institutions are insufficiently regulated, providing a form of education that does not meet minimum educational standards while giving a convenient excuse for States parties not to discharge their own duties towards the fulfilment of the right to education. Nor should privatization result in excluding certain groups that historically have been marginalized, such as persons with disabilities. States thus retain at all times the obligation to regulate private actors to ensure that the services they provide are accessible to all, are adequate, are regularly assessed in order to meet the changing needs of the public and are adapted to those needs. Since privatization of the delivery of goods or services essential to the enjoyment of Covenant rights may result in a lack of accountability, measures should be adopted to ensure the right of individuals to participate in assessing the adequacy of the provision of such goods and services." UNITED NATIONS. Economic and Social Council. **General comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities**. E/C.12/GC/24, 10 August 2017. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/237/17/PDF/G1723717.pdf?OpenElement>. Acesso em 3 de agosto de 2023.

⁶⁹ NOWAK, Manfred. **Human Rights or Global Capitalism: The Limits of Privatization**. University of Pennsylvania Press, 2017, p. 167.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 168.

tribunais e nas escolas nada tenham a ver com a administração da justiça, o direito a um julgamento justo ou o direito à educação, a baixa qualidade e os preços elevados desses serviços nas prisões podem infringir os direitos dos prisioneiros à uma alimentação adequada e a cuidados de saúde. Onde traçar a linha entre meras funções de apoio e serviços diretamente relacionados com o gozo dos direitos humanos parece ser particularmente difícil nos sectores da saúde e da segurança. Será que a não acessibilidade de certos medicamentos e vacinas aos pobres, causada pelo desejo das empresas farmacêuticas de obterem lucros enormes, viola o seu direito a cuidados de saúde adequados? O fornecimento de armas e munições por empresas militares e de segurança privadas às forças de segurança pública constitui uma mera função de apoio ou está diretamente relacionado com a função central relacionada com o gozo do direito à segurança pessoal? [...] Definir os limites da privatização a partir de uma perspectiva de direitos humanos, portanto, requer a identificação das funções centrais que derivam da obrigação dos Estados de respeitar, proteger e cumprir os respectivos direitos. Dado que a privatização geralmente se relaciona com a prestação de serviços, o foco do estudo incide menos na obrigação negativa dos Estados de respeitar estes direitos e mais na sua obrigação positiva de cumprir esses direitos e de proteger os titulares de direitos contra a interferência de entidades privadas. O Artigo 2 do [Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966 do Comitê dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais] exige que os Estados, a este respeito, tomem as medidas necessárias para a realização progressiva dos direitos económicos, sociais e culturais. Na minha opinião, esta implementação gradual também se aplica às obrigações positivas decorrentes dos direitos civis e políticos, tais como os direitos à vida, à segurança pessoal, à liberdade e à integridade. O dever de realização progressiva significa, em primeiro lugar, que os Estados são, salvo em circunstâncias excepcionais, legalmente impedidos de tomar deliberadamente medidas regressivas que conduzam a um nível mais baixo de gozo dos direitos humanos em comparação com a situação quando essas obrigações foram assumidas no primeiro lugar. **Quando os Estados consideram a privatização ou a externalização de serviços relacionados com os direitos humanos para o sector privado, são obrigados a realizar uma avaliação exaustiva do impacto nos direitos humanos, a fim de garantir que a privatização não conduza a um nível inferior de usufruto dos direitos humanos ou à exclusão dos pobres e de outros grupos desfavorecidos ou discriminados dos respectivos serviços.** Além da proibição de medidas regressivas, os estados têm a obrigação juridicamente vinculativa de melhorar progressivamente os seus serviços no sentido do pleno gozo destes direitos para todas as pessoas sob a sua jurisdição (tradução nossa e ênfase adicionada)⁷¹.

⁷¹ Ibid., pp. 167 e seguintes. Citação completa no original “The decisive question is, therefore, not whether corporations are allowed to provide certain services in fields that are directly related to human rights. Rather, the question is whether states are permitted to deliberately privatize these services either by selling the respective infrastructure (schools, hospitals, courts, prisons, pension funds, water facilities) or by outsourcing the management of these services to private corporations. Outsourcing the management includes delegating the respective decision making. In other words, the mere contracting out of certain support functions, such as building and maintaining hospitals, schools, courts, military barracks, police stations, or water pipelines to private business and providing the employees and clients of these services with food and other goods which are not directly related to the human rights of the clients is usually not considered as privatization. Whether these goods and services are directly related to the enjoyment of human rights depends, of course, on the human right in question. While private canteens and first medical aid services in courts and schools have nothing to do with the administration of justice, the right to fair trial, or the right to education, low quality and high prices of such services in prisons might infringe on the rights of prisoners to adequate food and health care. Where to draw the line between mere support functions and services directly related to the enjoyment of human rights seems to be particularly difficult in the health and security sectors. Does the non-accessibility of certain drugs and vaccines to the poor caused by the desire of pharmaceutical companies to make huge profits encroach upon their right to adequate health care? Does the provision of weapons and ammunition by private military and security companies to public security forces constitute a mere support function or is it directly related to the core function related to the enjoyment of the right to personal security? [...] To define the limits of privatization from a human rights perspective, therefore, requires the identification of those core functions which derive from the obligation of

De qualquer maneira, admite-se que seguir a "agenda radical neoliberal de desregulação, privatização e minimização do papel estatal como garantidor de direitos humanos" trouxe-nos desastrosas consequências econômicas, políticas e sociais tais como o "choque de civilizações". A privatização aliada à desregularização levam invariavelmente à desigualdade e exclusão e atacam a paz mundial, desenvolvimento, direitos humanos e justiça social. Ainda assim, o austríaco conclui seu trabalho afirmando que o sistema universal de proteção dos direitos humanos fornece ferramentas jurídicas e legais suficientes para regular efetivamente as forças do mercado global, cabendo tão somente aos Estados-nação o "desenvolvimento de estruturas eficazes"⁷².

Deva aponta, entretanto, sete razões para a ineficiência do controle estatal de empresas multinacionais⁷³: os Estados não possuem controle efetivo visto suas limitações territoriais;

states to respect, protect, and fulfill the respective rights. Since privatization usually relates to the provision of services, the focus of the study is less on the negative obligation of states to respect these rights and more on its positive obligation to fulfill these rights and to protect the rights-holders against interference by private parties. Article 2 CESCR [Committee on Economic, Social and Cultural Rights] requires states in this respect to take the necessary steps toward the progressive realization of economic, social, and cultural rights. In my opinion, this gradual implementation also applies to the positive obligations deriving from civil and political rights, such as the rights to life, personal security, liberty, and integrity. The duty of progressive realization means, first of all, that states are, save in exceptional circumstances, legally prevented from deliberately taking retrogressive measures leading to a lower level of enjoyment of human rights as compared to the situation when these obligations were undertaken in the first place. When states are considering privatization or outsourcing human rights related services to the private sector, they are thus required to conduct a thorough human rights impact assessment in order to ensure that privatization does not lead to a lower level of enjoyment of human rights or to the exclusion of the poor and other disadvantaged or discriminated groups from the respective services. In addition to the prohibition of retrogressive measures, states have a legally binding obligation to progressively improve their services toward the full enjoyment of these rights for all people under their jurisdiction".

⁷² Ibid, pp. 174-177. E ainda completa "there is no need to create many new institutions".

⁷³ DEVA, Surya. Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law: Where from Here? *Connecticut Journal of International Law*, v. 19, 2003, p. 26. No original "Despite the fact that MNCs (multinational corporations) have assumed great power and influence in recent years, principles of international law developed so far fail to address the underlying legal problems presented by MNCs. International law is still tuned to regulate human rights violations by MNCs indirectly, i.e., through states. It is, however, submitted that any international mechanism that tries to fix liability on MNCs 'solely' through states has failed in the past and is bound to fail in the future due to at least seven reasons. First, state governments cannot exercise effective control over MNCs because they suffer from trans-border limitations; states operate within a definite territory, and the MNCs do not. This inability of states to control MNCs is not limited only to developing countries, though undoubtedly such inability is more visible and pressing in their case. Charney aptly argues: 'One country usually cannot unilaterally regulate TNC power and behavior, even the western, developed countries have an interest in these developments [i.e., regulation by international law].' Second, sometimes states or their corporate hands are in connivance with MNCs. If that is the scenario, states may benefit from failing to enforce human rights obligations against MNCs. Third, states are interested parties in a quest for establishing a mechanism for corporate accountability. Some countries, in order to attract foreign investment, may be uninterested in enforcing human rights norms against MNCs, or may even go one step forward by lowering the applicable standards. Fourth, even if states wish to control MNCs, some of them, especially developing ones, do not possess the legal and/or economic capacity to do so. Ratner argues: 'Corporations are powerful global actors that some states lack the resources or will to control. Other states may go as far as soliciting corporations to cooperate in impinging human rights. These realities make reliance on state duties inadequate.' Fifth, since MNCs operate in several countries, a suit for fixing responsibility before a municipal court is often scuttled with the plea of forum non

muitas vezes ambos (governo e empresa) têm interesse na violação de direitos; interesse estatal em atrair investimentos estrangeiros ao diminuir exigências legais; incapacidade legal, jurídica ou econômica de fazê-lo, mesmo havendo boa intenção ou interesse estatal (em especial em democracias recentes ou em desenvolvimento); incapacidade de lidar com o problema local em juízos municipais e frequente uso do *forum non conveniens*; possível confronto entre interesses municipais, estatais e nacionais; e, finalmente, a eficácia com que o Estado regula as empresas oscila em virtude de como esse próprio Estado enxerga os direitos humanos. Deva é menos incisivo que Nowak sobre a desnecessidade de modificar o sistema internacional de responsabilidade, porém também evita a discussão sobre personalidade e "regulação direta", argumentando que o problema poderia encontrar solução em um controle eficaz de organizações internacionais como a ONU e a OMC.

A privatização não significa, em si mesma, uma violação dos direitos humanos ou uma tentativa de escapar à responsabilidade. Esse fenômeno tem dois pontos importantes: primeiro esse ator privado, agora responsável por uma função pública, obtém demandas por direitos que o ator do Estado não pôde ou quis cumprir. Segundo, o que acontece em geral é que a transferência do setor ocorre com uma diminuição de responsabilidades. O que deve ser criticado é a impunidade total agentes envolvidos na transferência de uma função do setor público para a esfera privada. Em tese, deveria haver apenas uma flexibilização e construção de novas camadas de prestação de contas⁷⁴.

conveniens. Sixth, there is also a possibility of friction and confrontation between states if municipal laws of country X are applied to an MNC incorporated in country Y. Tracing the controversy in the context of the Bhopal accident, Cassels points out that the notion of sovereignty, upon which international law is built, makes it undesirable for one state to give its laws extraterritorial operation. Last, 'states are notoriously inconsistent in their respect for and enforcement of international human rights.' Therefore, efficacy of an approach which relies on states to enforce human rights obligations on MNCs is bound to fluctuate as per the attitude of states towards human rights".

⁷⁴ CLAPHAM, op. cit., p. 12. "Throughout this book we shall encounter examples of privatization (with regard to water services, prisons, peace-keeping, shopping areas, and so on) which will suggest that human rights law should continue to apply even after such functions have moved to the private sector. Talking about privatization highlights the possible dangers for human rights protection of simple transfers of certain state activity to the private sphere. It does not mean that privatization as such is a violation of human rights or that the purpose of privatization necessarily violates human rights obligations. The issue is twofold. First, the non-state actor in control of the 'private' activity now has human rights claims that the old state actor could not make. Claims by commercial companies for respect of property rights have proven successful in situations where the previous public owners would have had no such claim. Second, through privatization, governments may decrease the level of human rights accountability for the sector concerned. Although it is possible to build in new layers of accountability as functions pass from the public to the private sphere, the point of privatization is usually to introduce flexibility rather than extra accountability".

1.1.2.3 Globalização

Certamente a globalização é o principal fator para a ascensão de atores não estatais no cenário atual. É o conceito mais usado e subespecificado no léxico das ciências sociais e das ciências políticas desde o fim da guerra fria⁷⁵ porém alguns elementos que aparecem em todas as definições formuladas até o momento: significa o processo em constante expansão de trocas e transações fronteiriças entre sociedades, não se limitando a permutas econômicas, mas incluindo comunicações, segurança, cultura, mobilidade, meio ambiente ou qualquer outro assunto⁷⁶.

Entretanto, a globalização não é algo que simplesmente aconteceu; é um estágio resultante de escolhas políticas e adoção do "credo liberal" que advoga pela liberalização, desregulação e privatização e conseqüente enfraquecimento do Estado⁷⁷. A crescente influência de empresas transnacionais e atores não estatais, o papel da mídia global e a necessidade de uma nova maneira de pensar os direitos humanos podem ser identificados como resultados desse fenômeno, visto a interdependência entre os Estados no que concerne mercados, investimentos, serviços e finanças.

Sobre a diminuição de controle estatal proporcional ao aumento de influência de outros terceiros no âmbito internacional, Caroline Thomas, comenta que o processo globalizatório desequilibrou a já confusa divisão entre o privado e o público, enfraquecendo este último.

A globalização privilegia o privado sobre a esfera pública e o senso comum. É erodir a autoridade dos Estados e diferencialmente colocar a agenda social, econômica e política dentro de uma política respectiva. Isso diminui a capacidade do Estado em diferentes graus, impedindo-os de garantir o modo de vida de seus cidadãos, com estreitamento dos parâmetros de atividade legítima do Estado. O processo de globalização está tornando impossível para muitos Estados exercer um controle mínimo básico em suas economias domésticas e diminuindo diretamente a

⁷⁵ REINISCH, August. The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors. In: ALSTON, Philip (ed.). **Non-State Actors and Human Rights**. The Collected Courses of the Academy of European Law. Oxford University Press, 2005, p. 76. "Not surprisingly, [...] globalization is also a prime suspect giving rise to many of the changes perceived in dealing with non-state actors and human rights. Of course, one should be very careful when talking about 'globalization' which means too many different things to different people. Pointedly, 'globalization' has been called the most overused and underspecified concept in the lexicon of the social sciences and policy since the end of the cold war".

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Ibid., p. 77. "But 'globalization' did not just 'happen', it is also, to an important degree, the result of deliberate political choices. The neoliberal credo of 'Reaganomics' and 'Thatcherism', advocating economic liberalization, deregulation and privatization, subsequently espoused by the IFIs [International Financial Institutions] as Washington Consensus, contributed largely to the 'retreat of the state'".

capacidade estatal de garantir direitos econômicos e sociais aos cidadãos (tradução nossa)⁷⁸.

A perda do controle estatal sobre as empresas transnacionais e a promoção do liberalismo, privatização e desregulamentação das instituições financeiras internacionais contribuíram para uma situação em que os direitos humanos, especialmente os direitos trabalhistas e sociais, bem como o meio ambiente, são constantemente ameaçados.

A privatização dos serviços públicos no mundo pós-guerra globalizado ocasionou na constituição de uma dependência dos países em desenvolver um capital internacional, fazendo com que os governos disputem os investimentos acirradamente e concedam isenções fiscais, flexibilizando obrigações trabalhistas e outros direitos sociais. Nessa situação, os Estados frequentemente cedem aos interesses das transnacionais ao perceberem seu poder econômico e controle de setores fundamentais da economia, ocasionando uma diluição da soberania estatal e dificultando o exercício pleno de sua governabilidade. Esse “processo de desnacionalização parcial dos territórios estatais” é a sobreposição das estruturas do Estado e das redes globais de grande poderio econômico que disputam o poder econômico e controle da esfera decisiva dos Estados⁷⁹.

⁷⁸ THOMAS, Caroline. International Financial Institutions and social and economic rights: an exploration. in EVANS, Tony (ed). **Human Rights Fifty Years On: A reappraisal**. Manchester: Manchester University Press, 1998. 161–185, p. 163. No original “Globalization is privileging the private over the public sphere and over the commons. It is eroding the authority of states differentially to set the social, economic and political agenda within their respective political space. It erodes the capacity of states in different degrees to secure the livelihoods of their respective citizens by narrowing the parameters of legitimate state activity. The process of globalization is rendering it impossible for many states to exercise a basic minimum control over the domestic economy, and therefore it is directly undermining the state’s ability to deliver social and economic rights to citizens”.

⁷⁹ JUNIOR, Luiz Carlos Silva Faria e ROLAND, Manoela Carneiro. Empresas Transnacionais/Multinacionais como Sujeitos de Direito Internacional: Uma Necessidade da Agenda Internacional em Direitos Humanos e Empresas. In: XIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa. **Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2014, p. 9. E mais adiante “Podemos então identificar a existência de um processo global de internacionalização das relações econômicas e financeiras, viabilizadas pelas tecnologias da comunicação e transporte, e das relações culturais, com a imposição de valores ‘estadunidenses-europeus-ocidentais’ a outros Estados, que tem como principal vetor as empresas transnacionais/multinacionais, levando ao seu recente crescimento econômico e político. No campo político, com o período de instabilidade econômica da década de 1970, e com a crise da dívida na década seguinte, que enfraqueceu os governos dos países do sul global, os Estados desenvolvidos se aproveitaram para implementar políticas internacionais que facilitassem o fluxo de capitais e o estabelecimento de vantagens políticas. Na América Latina, isso se deu com as medidas do Consenso de Washington [conforme também frisa Reinisch, em citação anterior] na década de 1990, que incluíam da desregulamentação das atividades econômicas, desnacionalização de setores fundamentais do Estado, como fornecimento de água, energia e telecomunicações. No continente africano aproveitou-se dos processos de emancipação e formação de Estados, e sua conseqüente instabilidade política e déficit de governabilidade para pavimentar o caminho dos investimentos estrangeiros diretos. Devido a esses processos de constituição de dependência dos países em desenvolvimento do capital internacional, hoje ‘os governos dos Estados disputam esse investimento acirradamente, através de concessões de isenções fiscais, garantias trabalhistas e outros benefícios’. Por conseguinte, os Estados cedem aos interesses das empresas transnacionais/multinacionais pelo seu enorme poder econômico e controle de setores fundamentais da economia estatal, tendo diluída sua soberania e impedido o exercício pleno de sua governabilidade”.

Não obstante, a resposta dos direitos humanos à globalização depende dos próprios avanços de interdependência e conectividade da humanidade. Os boicotes globais, por exemplo, exigem um fluxo efetivo de informações entre ativistas de ONGs e a mídia. A expectativa é que a internet pode ser um veículo crucial de comunicação e que novas tecnologias possam ser usadas para esses fins. A revolução da informação torna os erros corporativos mais rápidos e mais visíveis. Ao mesmo tempo, o fluxo de informações vinculadas produzidas pela globalização também contribui para o fortalecimento de uma verdadeira noção de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, a denominada “globalização dos direitos humanos”⁸⁰. Não é o foco do presente estudo, porém importa ressaltar como essa ideia costuma estar impregnada de imperialismo cultural⁸¹.

Não é apenas o desenvolvimento do mercado global, desregulamentação ou privatização que ameaça os direitos humanos, mas, além disso, são as formas pelas quais os governos estão respondendo a esse desenvolvimento. Em vez de deixar o Estado como foco do ativismo dos direitos humanos, precisaremos reorientar as obrigações estatais ainda existentes. [...] De fato, a globalização pode estimular novas formas de prestação de contas para atores não estatais e uma nova política global no direito internacional. **Na verdade, alguns argumentariam que o direito internacional é mais parte do problema do que da solução.** Portanto, em primeiro lugar, **existe uma suposição de que o direito internacional trata quase exclusivamente de relações interestaduais** e, portanto, seria inútil esperar que esse sistema jurídico possa ser usado para regular o comportamento de atores não estatais. Segundo, [...] a globalização é vista como um fenômeno social impulsionado por atores não estatais fora do controle de um Estado individual; [...] terceiro, o próprio processo de globalização pode ser visto como a antítese da responsabilidade de direitos humanos (tradução nossa e ênfase adicionada)⁸².

⁸⁰ REINISCH, 2005, op. cit., p. 77. “At the same time, the human rights response to globalization relies on the advances of globalization. Global consumer boycotts require an effective flow of information between activist NGOs and the media in order to convey their messages. They rely on the internet as a crucial vehicle of communication and have on various occasions masterfully employed modern technology for their purposes. The information revolution makes corporate wrong-doing more rapidly and more broadly visible. At the same time, the enhanced notion of truly created by globalization has also contributed to a strengthening of the notion of truly universal and indivisible human rights, to what could be called a ‘globalization of human rights’, although one should not overlook the fact that this may be a one-sided Western view whose universality is denounced elsewhere as ‘cultural imperialism’”

⁸¹ Sobre o tema, importa destacar a importante contribuição de Habermas, resumida rapidamente em ESTELITA, Thyanne Borges. Sobre a Coexistência do Multiculturalismo e dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Franca**. v.10, n.1, jul. 2015.

⁸² CLAPHAM, op. cit., p. 5 e seguintes “It is not simply the development of the global market, deregulation, or privatization which is threatening the enjoyment of human rights, but rather, it is the ways in which governments are responding to these developments. Instead of abandoning the state as a focus for human rights activism, we may need to refocus on the existing obligations of the state. [...] Indeed, globalization may in fact be stimulating new forms of accountability for non-state actors and a new global polity which increasingly finds a place for international law. Many do not share this proposition—indeed some would argue that international law is part of the problem rather than part of the solution. First, there is a counter-assumption that because international law is almost exclusively about inter-state relations it is useless to expect this legal order to be of much use in regulating the behaviour of non-state actors. Second, [...] globalization is seen as a social phenomenon driven by non-state actors outside the control of individual states; [...] Third, the very process of globalization could be seen as the antithesis of human rights accountability”.

Como Andrew Clapham infere em citação supra, a premissa da globalização é flexibilidade, adaptabilidade e policentralidade, informalidade, velocidade, inovação e adaptação de respostas para circunstâncias que podem mudar rapidamente. Em termos menos positivos, isso evoca adjetivos como oportunismo, incontroláveis, sem princípios, não democráticos. Um regime focado em direitos humanos, por outro lado, deve ser caracterizado como robusto, baseado em princípios, não facilmente manipulado, comprometido com a integridade processual. Por tal razão, a lógica que transpassa esse trabalho é a da ponderação e revisão do atual sistema de DIDH para adaptá-lo à contemporaneidade.

1.1.2.4 Fragmentação

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ao abordar as dificuldades de responsabilizar grupos armados, listou algumas características “anárquicas” dos conflitos: a desintegração dos órgãos do governo central, que já não pode exercer os seus direitos nem cumprir os seus deveres em relação ao território e à população; a presença de muitas facções armadas; controle dividido do território nacional; a quebra da cadeia de comando dentro das várias facções e suas milícias.

A extrema individualização dessas facções fez com que os contatos e negociações fossem incertos. Cada soldado – adulto ou criança – virtualmente torna-se o porta voz ou alguém com quem negociar. [...] Por causa do caos reinante, a disciplina entre as tropas é rara e em casos extremos cada combatente é seu próprio comandante. Assim, o conceito de uma “ética de guerra” torna-se uma ilusão [...]. A estrutura frouxa característica das facções e suas milícias torna cada vez mais difícil, se não impossível, distinguir entre combatentes e civis (tradução nossa)⁸³.

⁸³ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Preparatory document for the first periodical meeting on international humanitarian law: Armed conflict linked to the disintegration of States structures. Geneva, 19-23 January 1998, p. 4-6. No original “the essential characteristics of these internal conflicts may be described as follows: the disintegration of the organs of the central government, which is no longer able to exercise its rights or perform its duties in relation to the territory and the population; the presence of many armed factions; divided control of the national territory; the breakdown of the chain of command within the various factions and their militias. [...] The extreme individualization of the factions has made contacts and negotiations very uncertain. Every soldier - adult or child - virtually becomes a spokesperson, or in any case someone with whom to negotiate. [...] Because of the prevailing chaos, discipline among the troops is rare and in extreme cases every combatant is his own commander. Accordingly, the concept of a ‘war ethic’ becomes a delusion [...]. The loose structure characteristic of factions and their militia makes it more and more difficult, if not impossible, to distinguish between combatants and civilians”.

Essa dificuldade de identificar um processo claro de tomada de decisões afeta diretamente a responsabilização aplicada a esse ator. A fragmentação da atividade, nesse contexto, apesar de um processo entrelaçado à globalização e quase impossível de ser combatido, é conveniente ao ator não estatal, na medida em que é quase impossível negociar com esse ator ou visualizar onde e quando algumas decisões foram tomadas (além disso, quando a ação violadora é descoberta, pode-se facilmente escolher a responsabilidade individual, visto a dificuldade de recriar a cadeia de comando).

Esse fenômeno é de fácil visualização não só em grupos armados, mas também em empresas transnacionais. A articulação internacional empresarial juntamente com a fragmentação dos processos produtivos e desregulamentação do capital compartimentalizaram as atividades e ações empresariais em múltiplos centros e comandos espalhados em vários países, o que exigiria uma cooperação internacional absurda para investigação e responsabilização.

A maior parte das transnacionais, por exemplo, tem seu centro financeiro em países abastados e esses mesmos países são o destino de suas mercadorias ou serviços. Suas filiais, contrariamente, buscam países fragilizados nos quais possam encontrar mão de obra barata, incentivos fiscais, legislação flexível e possibilidade de influência política e econômica. A tecnologia e abertura de fronteiras trazida pela globalização foi utilizada, nesse sentido, para maximizar o lucro e empreendimento e acaba por produzir novas formas de violações de direitos, aprofundar disparidades entre países, auxiliar na impunidade e aproveitar das necessidades de desenvolvimento de Estados mais frágeis. Como veremos mais adiante ao debater o Instrumento Legal Obrigatório (terceira parte, ponto II.1.G), uma das principais críticas das transnacionais ao Instrumento é exatamente sua incapacidade em controlar suas próprias cadeias de produção e estabelecer um regime de prestação de contas ante suas violações de direitos. A globalização, privatização e fragmentação das atividades empresariais trouxe assim uma preocupante lacuna na proteção de direitos humanos.

1.1.2.5 O escopo expansivo do Direito Internacional

Após a Segunda Guerra Mundial o Direito Internacional expandiu-se para imputar responsabilidade criminal aos indivíduos em alguns atos específicos como escravidão, crimes

de guerra e contra a humanidade, genocídio e agressão⁸⁴. Foi um longo caminho que culminou na criação do Tribunal Penal Internacional e no claro estabelecimento de responsabilidade internacional individual. A legislação que hoje regulamenta essa responsabilidade tardou décadas e duas Grandes Guerras para ser consolidada, muito sendo discutido (como hoje ainda se insiste em argumentar) que o direito internacional é feito por Estados e para Estados. Ainda assim, como veremos oportunamente, o direito internacional caminha no sentido de estabelecer responsabilidade para além dos indivíduos e Estados (alguns exemplos disso são os debates sobre personalidade jurídica de organizações internacionais e a possibilidade de grupos armados serem parte em tratados).

Apesar de ainda existir resistência para considerar direitos e obrigações de atores não estatais, não parece haver evidência de que a ordem legal internacional seja incapaz de acomodar outros atores que os Estados e indivíduos. Mesmo ante esta ausência de impedimento, são raras as circunstâncias nas quais atores não estatais tais como empresas transnacionais respondem perante Cortes ou Tribunais internacionais. Ainda assim, conforme relembra Clapham, não existe proibição no direito internacional para tal.

A falta de jurisdição internacional para acusar uma corporação não deveria significar que essa corporação não tenha obrigações legais internacionais. Ou não deveria significar que nós estamos de alguma forma impedidos de discorrer sobre as violações de direito internacional realizados por essas corporações (tradução nossa)⁸⁵.

De qualquer forma, a responsabilidade internacional de direitos humanos gira em torno da responsabilidade estatal e individual. Ela não se confina, entretanto, nesses dois personagens, possibilitando organizações intergovernamentais (OIGs) tais como a ONU tenham personalidade jurídica e, pelo tanto, sejam detentoras de direitos e deveres e cabíveis de responder ante Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais, conforme veremos mais adiante. Por fim, destacamos um debate na redação do Estatuto da Tribunal Penal Internacional que também será retomado. O texto do artigo 26 do Estatuto de Roma, que determina a competência *ratione personae* do Tribunal incluiria, a pedido da delegação francesa, a possibilidade de julgamento de pessoa jurídica; hipótese que foi finalmente

⁸⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em 2 de agosto de 2023.

No seu artigo 5º "Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão".

⁸⁵ CLAPHAM, op. cit., p. 31, "Lack of international jurisdiction to try a corporation does not mean that the corporation is under no international legal obligations. Nor does it mean that we are somehow precluded from speaking about corporations breaking international law".

abandonada, optando-se pela famosa citação “crimes internacionais são cometidos por homens, não por entidades abstratas”⁸⁶.

1.1.2.6 Linguagem procedimental

Após as Guerras Mundiais, houve um *boom* do direito internacional e proliferação de seus instrumentos com proporcional empolgação dos governos no comprometimento para um mundo pacífico. Nessa época, os Estados assinaram e ratificaram um vasto número de tratados de direitos humanos que aparentemente não criaram direitos e deveres recíprocos (Estado a Estado), mas sim conferiam direitos a indivíduos dentro de sua jurisdição, direitos que devem ser garantidos pelo Estado. Sendo portadores de direitos, argumenta-se que esses indivíduos (que, vale lembrar, também podem ser considerados *non-state actors*, a depender do conceito adotado) ganham algum tipo de personalidade jurídica, mesmo que limitada⁸⁷.

Uma outra leitura deste processo de criação de direitos, fora do estabelecimento de personalidade jurídica internacional individual por parte do Estado, é de que os tratados de direitos humanos não criam direitos sob as leis internacionais para indivíduos, mas apenas criam a obrigação dos Estados Partes de respeitar, proteger e promover os direitos humanos de indivíduos sob sua jurisdição. Esse argumento de uma obrigação simultânea entre Estados Partes tende a ser mais positivista e de fácil aplicação para o direito internacional.

Nessa visão, os Estados estabelecem entre si deveres recíprocos de direitos humanos, e os mesmos são incumbidos de vigiar se outro Estado viola os direitos humanos acordados, uma vez que essas obrigações estabelecidas foram pactuadas como imposições *erga omnes*. Neste entendimento, os direitos humanos ratificados e incorporados seriam apenas direitos domésticos dos cidadãos, que todos os Estados Partes das convenções relevantes sobre direitos humanos se comprometem a proteger dentro de seu território ou jurisdição.

Essa ótica restrita dos direitos humanos é, entretanto, desafiada pelo direito processual. Na maioria dos instrumentos de direito internacional concedem-se aos indivíduos e à outras

⁸⁶ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL (NUREMBERG). **The Trial of German Major War Criminals**. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22nd August, 1946 to 1st October, 1946), p. 55, “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”.

⁸⁷ RYNGAERT, Cedric. Imposing international duties on non-State actors and the legitimacy of international law. In: **Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers**. RYNGAERT, Cedric e NOORTMANN, Math (orgs). Routledge, 2016, p. 70.

organizações que claramente são atores não estatais o direito de solicitar a um órgão internacional de supervisão de direitos humanos (seja um comitê ou um tribunal) o julgamento de um caso de violação. Essa própria concessão de direitos processuais a atores não estatais atesta a compreensão dos Estados Partes de que o sistema recíproco não funcionaria de maneira eficiente na proteção de violações dos direitos humanos, uma vez que os Estados normalmente não têm incentivo para levar outros Estados a se responsabilizar por abusos. Esse pedido de responsabilização somente ocorre espontaneamente por iniciativa estatal quando há interesses por parte do acusador, sendo rotineiramente uma ferramenta política⁸⁸. Nesse sentido, como será apontado no tópico referente à personalidade jurídica, essa concessão de alguns direitos processuais de participação em Sistema de Solução de Controvérsias Internacionais, somada à evidente influência e participação desses atores no *law making* e tomada de decisões internacionais levam parte da doutrina a considerar que já existe algum tipo de personalidade jurídica, mesmo que limitada, aplicável aos atores não estatais.

Em realidade, a *International Law Association*, em seu quarto e último relatório sobre os ANE, comenta mesmo já existir uma incorporação formal (mesmo se tímida) e informal dos ANE na contemporaneidade⁸⁹. A incorporação formal dos ANE no direito internacional consiste na atribuição a esses atores de personalidade jurídica forma e/ou de direitos e deveres concretos. Nesse sentido, como veremos na terceira parte deste trabalho, já existem alguns

⁸⁸ *Ibid.*, *passim*. Em página 71, “Let us first shed some light on the issue of the creation of rights for non-State actors. In the post-World War II period, States have signed and ratified a vast number of human rights treaties which do not appear to create reciprocal (State-to-State) rights and duties, but confer rights on individuals – who are of course non-State actors – within their jurisdiction, rights that have to be guaranteed by the State. It could be argued that States thus established (limited) international legal personality for the individual. However, in another reading of this process of rights-creation, international human rights treaties do not create rights under international law for individuals, but merely create the obligation of States Parties to respect, protect and promote the human rights of individuals within their jurisdiction, with the other States Parties, as it were, at the international rights enjoying side of the bargain. In this view, States establish reciprocal human rights duties, and States can take each other to task when another State violates human rights, since human rights obligations can be seen as *erga omnes* obligations. In this reading, human rights are only domestic entitlements of citizens, which all States Parties to the relevant human rights conventions nonetheless undertake to protect. This restricted view of human rights is challenged, however, by the procedural rights that the conventions accord to individuals, in particular the right to petition an international human rights supervisory body (whether a committee or a full-blown court) in case of human rights violations. The very granting of procedural rights to non-State actors testifies to an understanding of States Parties that the reciprocal system would not work for human rights violations, since States ordinarily have no incentive to take other States to task for violations which do not directly threaten State interests. Thus, it could be submitted, rather convincingly, that by granting those procedural rights, States have created international rights for, and international legal personality of, non-State actors”.

⁸⁹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Final Report of the Committee on Non-State Actors of the International Law Association (ILA)**. 77th Biannual Conference of the International Law Association (ILA) at Johannesburg, South Africa. August 2016, p. 15. “In fact, so far, there have been two moves to accommodate non-state actors: the formal incorporation of NSAs within the international legal system and informal integration of NSAs into this system. The border between these two strategies is not strict”.

instrumentos de direito internacional. Outros exemplos clássicos apresentados no Relatório são a Santa Sé (ente *sui generis* que possui a capacidade de celebrar tratados - concordatas - ou mesmo enviar seus representantes oficiais em encontros diplomáticos como se fosse um Estado Soberano)⁹⁰, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (que possui personalidade jurídica reconhecida no Direito Internacional Humanitário) e os grupos armados de oposição (que estão sujeitos às normas primárias de DIH e às Convenções de Genebra). Entretanto, no que se refere às ONGs e TNC, esses atores não estatais seguem possuindo um conjunto muito limitado de direitos e/ou deveres, geralmente estabelecidos no âmbito de regimes criados por tratados específicos. Isso faz com que esses dois ANE que, apesar de exercer enorme influência internacional e ser capaz de impedir ou causar violações graves de direitos humanos, sigam em uma zona cinzenta. Aponta-se, no Relatório em questão, tratar-se do “resultado da evolução da personalidade jurídica internacional como técnica legal, da evolução do *ratione materiae* e *personae* no direito internacional, e da falta de racionalização na Teoria do Direito Internacional”⁹¹. Eles posicionam-se de maneira semelhante à Reinisch⁹² que, conforme será apontado no tópico referente ao contexto dos instrumentos atuais de regulação, comenta que a atribuição de maiores deveres e responsabilidades aos ANE é atravancada pela vontade estatal em manter seu *status* e poder normativo.

Assim, tendo perdido uma parte do seu poder factual ao nível internacional, os Estados procuram manter pelo menos o poder normativo sobre outros atores. Eles querem continuar a servir como guardiões que decidem quais intervenientes, e em que condições, podem entrar no clube exclusivo das pessoas coletivas no âmbito do direito internacional. **Isto é problemático em muitos aspectos, incluindo o fosso crescente entre a teoria da direito e a prática das relações internacionais, a**

⁹⁰ Sobre a Santa Sé, ver MALUWA, Tiyanjana. The treaty-making capacity of the Holy See in theory and practice: A study of the jus tractum of a non-state entity. **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa**. Vol. 20, No. 2. July 1987. Em página 155 “The international legal personality being addressed here is the Holy See, a non-state entity, and not that of the Vatican City, which is a state”. Ver também MORSS, John R. The International Legal Status of the Vatican/Holy See Complex. **The European Journal of International Law**. Vol. 26 no. 4, p. 929 “This is a pragmatic and inclusive term [Vatican/Holy See complex] of convenience to allow for a variety of powers, status or obligations to be attributed to one or more components of that complex or, occasionally, to the whole ‘package’, without it being felt necessary to pin the matter down with more terminological exactitude. Such exactitude, even if desirable, would seem to call for fine theological or administrative distinctions that are beyond the scope, or beneath the attention, of international law. Further, the power relationships between Pope, Roman Catholic Church, Vatican City, and Holy See are themselves [...]. This personal and discretionary form of sovereignty, consistent with the entire absence of any separation of powers within the Vatican’s legal systems, greatly reduces, or may even entirely undermine, the validity of any formula for what may be termed the ‘separation of international powers’ as between Holy See, Vatican City and pontiff”.

⁹¹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Final Report of the Committee on Non-State Actors of the International Law Association (ILA)**. 77th Biannual Conference of the International Law Association (ILA) at Johannesburg, South Africa. August 2016, p. 16. No original: This is the result of the evolution of international legal personality as a legal technique, of the evolution of international law *ratione materiae* and *personae*, and the lack of rationalisation in the theory of international law.

⁹² REINISCH, 2005, op. cit., p. 87.

controversa legitimidade do monopólio estatal sobre criação de normas e a falta de incentivos para que alguns ANE cumpram as regras criadas pelo Estado. Consequentemente, comentaristas propuseram várias alternativas à visão do direito internacional centrada no Estado que dotar ocasionalmente os ANE de uma posição melhorada (tradução nossa e ênfase adicionada)⁹³.

No que se refere à integração informal do ANE no sistema jurídico internacional argumenta-se o papel factual dos ANE é reconhecido através de outras maneiras de participação nos processos de criação de normas através da sua permissão de interação com Estados soberanos e organizações intergovernamentais, e partilha de expertise em fórum judiciais ou quase judiciais. A crítica central dessa integração informal é que ela relativiza a importância em conceder personalidade jurídica aos ANE. Outro ponto é que essa forma de integração dificulta uma visão positivista tradicional dos processos e mecanismo de elaboração e aplicação das normas internacionais⁹⁴.

Por fim, o Relatório afirma que a escolha pela incorporação formal ou informal desses atores ao sistema internacional, longe de ser uma operação técnica, proporciona a esses intervenientes oportunidades de contribuir em questões de relevância global e aumentam sua legitimidade além de integrá-los à “cultura normativa partilhada”⁹⁵. Outro ponto de interesse será, se integrado formalmente à ordem jurídica internacional, a sua relação com o Estado se complexifica pois os ANEs estariam submetidos ao direito internacional e ao ordenamento jurídico doméstico, cabendo pensar regras específicas para os casos de conflitos de normas.

⁹³ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Final Report of the Committee on Non-State Actors of the International Law Association (ILA)**. 77th Biannual Conference of the International Law Association (ILA) at Johannesburg, South Africa. August 2016, p. 16, no original, “Thus, having lost a part of their factual power at the international level, States seek to keep at least the normative power over other actors. They want to continue to serve as gate-keepers who decide which actors, and under what conditions, may enter into the exclusive club of legal persons under international law. This is problematic on many accounts including the growing gap between the theory of international law and the practice of international relations, the controversial legitimacy of the State monopoly over norm-creation and the lack of incentives for some NSAs to abide by State-created rules. Consequently, commentators have proposed various alternatives to the State-centred view of international law that occasionally endow NSAs with an improved position”.

⁹⁴ Idem, “The informal integration of NSAs further relativizes the importance of legal personality and the distinction between those who have acquired it and those who have not. At the same time, for lawyers trained in the traditional positivist approach, it might be somewhat difficult to follow how the law-making and law-enforcement mechanisms actually work. This explains the dissatisfaction with the unclear role of NSAs that authors express as well as the proposals to change the current legal regulation and enhance the legal status of NSAs”.

⁹⁵ Idem, “In so doing, it also enhances their legitimacy: those admitted to the club gain certain membership rights and become part of a shared, normative culture”.

1.2 Evolução da expressão “atores não estatais”

1.2.1 Considerações preliminares

Conscientes da dificuldade de conceitualização do termo em estudo, segue-se o exemplo da maior parte da bibliografia em referência em apontar preliminarmente o que os *non-state actors* não são: Estados. Escrever sobre Estados no que se refere ao Direito Internacional é uma tarefa um tanto incômoda. Conforme preleciona Macedo⁹⁶

Estado e direito internacional sempre foram vistos como antípodas: quando um é ressaltado, isto é feito em detrimento do outro. Se o poder do Estado é enfatizado, coloca-se em dúvida a própria juridicidade do direito internacional, e, ao contrário, uma ênfase na jurisdição internacional implica a redução do poder estatal.

Essa conceptualização é complexa em virtude dos inúmeros estudos versando sobre o conceito do Estado. Entretanto, podemos citar algumas características basilares: população e território permanentes ou definidos, governo controlado e capacidade de lidar com as relações formais com outras entidades⁹⁷. Esse quarto e último elemento (uma espécie de legalidade ou legitimidade ante o Direito Internacional) é uma adição relativamente recente à concepção tradicional, ainda deveras arraigada tanto entre doutrinadores, como nos instrumentos jurídicos internacionais⁹⁸.

⁹⁶ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O Estado, segundo o Direito Internacional. **Cosmopolitan Law Journal / Revista de Direito Cosmopolita**, v. 1, n. 1, 2013, p. 77.

⁹⁷ SPIRER, Herbert F.; e SPIRER, Louise. Accounting for Human Rights Violations by Non-State Actors. In: ANDREPOULOS, George; ARAT, Zehra F.; JUVILER, Peter. **Non-State Actors in the Human Rights Universe**. Kumarian Press Inc. 2006, p.43. “Starting with a taxonomy of non-state actors, we discuss how the same methodology that measures violations by state actors can be applied to violations by non-state actors in order to create a credible and sustainable accounting of the actions of non-state perpetrators. A state can be defined as an entity having the following properties:

1. a permanent population
2. stable boundaries
3. under control of its own government
4. engaged in or having the capacity to engage in formal relationships with other such entities.

Thus, a state actor is the state itself or organizations or persons directly connected or responsible to the state. The term non-state actor (NSA), therefore, implies an actor in the international environment that is not a state or a state actor as defined above. This includes a wide spectrum of such NSAs, and current usage reflects that generality”.

⁹⁸ MACEDO, 2013, op. cit., p. 82, “[...] deve procurar-se um quarto elemento constitutivo do Estado, além dos três tradicionais. Ademais, este elemento deve provir do direito internacional. Cumpre salientar que a concepção tradicional encontra-se bastante arraigada tanto entre doutrinadores, como nos instrumentos jurídicos internacionais [...]. Este último elemento pode ser englobado por governo, porque representa um grau de poder deste. À época, preferiu-se não empregar o termo ‘soberania’ por questões políticas, mas é exatamente por isso que se deve entender a expressão ‘capacidade de entrar em relações internacionais’: um Estado legalmente independente”.

Um ator estatal, dessa maneira, é o próprio Estado ou uma organização ou grupo de pessoas diretamente conectadas e responsáveis por parte do Estado. Opostamente, *non-state actors* é o termo que nasceu para fazer referência aos outros atores. Esse termo engloba uma enorme gama de grupos que emergem das Relações Internacionais e não é capaz de sistematizar a diversidade de agentes que atuam no cenário mundial; é o que Philip Alston graciosamente apelida de “síndrome de ‘não é um gato’⁹⁹”.

Alston é um crítico feroz deste termo. Segundo o autor, essa construção binária (um ser e outro “não-ser”) encerra os outros atores em um esquema tradicional que ignora o pluralismo atual.

além de ofuscar qualquer debate, a insistência em definir todos os atores em um conceito negativo, pelo que eles não são, reúne um impecável purismo conceitual e um paradigma legal tradicional, com uma incomparável capacidade de marginalizar uma parte significativa do regime de direitos humanos e governanças globais no século XXI (tradução nossa)¹⁰⁰.

Em essência, é um termo eufemístico e negativo adotado, ainda segundo Alston, intencionalmente para manter a presunção de que o Estado não somente é o único ator central, mas que também ele seria o elemento essencial e indispensável que envolve todas as outras entidades. Isso relega as outras entidades a serem definidas com base em suas relações com o Estado (não por suas próprias características e fins). Essa maneira unidimensional e monocromática de perceber as relações internacionais não só leva a conclusões errôneas, mas também torna mais difícil adaptar o regime de direitos humanos à realidade internacional. O resultado é uma miscelânea, uma compilação de surpresas que inclui corporações transnacionais, pequenas empresas de contrato temporal, grupos religiosos, comunidades organizadas, sociedades civis, organizações governamentais, organizações internacionais¹⁰¹, grupos terroristas ou grupos de resistência armada, entre outros.

⁹⁹ ALSTON, Phillip. The ‘Not-a-Cat’ Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors? In: ALSTON, P. (Ed.). **Non-State Actors and Human Rights**. Collected Courses of the Academy of European Law. Oxford University Press, 2005, p. 3. “When one of my daughters was eighteen months old she deftly transcended her linguistic limitations by describing a rabbit, a mouse, or a kangaroo as a ‘not-a-cat’”.

¹⁰⁰ Idem. No original, “Apart from its ability to obfuscate almost any debate, this insistence upon defining all actors in terms of what they are not combines impeccable purism in terms of traditional international legal analysis with an unparalleled capacity to marginalize a significant part of the international human rights regime from the most vital challenges confronting global governance at the dawn of the twenty-first century”.

¹⁰¹ O mesmo autor possui certa hesitação em categorizar essas organizações como agentes não estatais por quatro razões principais: o fato de esses atores funcionarem como substitutos dos Estados em algumas atividades; o gozo de uma personalidade jurídica internacional; o fato de suas atividades serem consideradas essencialmente benignas; e, por quarto e último, o fato de não parecerem se encaixar facilmente na mesma categoria de atores não estatais pois esse termo está frequentemente ligado a grupos diversos como terroristas e empresas multinacionais, que não têm uma afinidade natural com direitos humanos e não podem plausivelmente proclamar sua aderência às normas relevantes. ALSTON, 2005, op. cit.

1.2.2 Conceitos existentes

A discussão de personagens do Direito Internacional com as características dos atores não estatais já é discutida na doutrina há mais de um século, em especial o debate entorno das organizações internacionais e beligerantes. Na verdade, d’Aspremont aponta que há registro mesmo antes de 1990. O mesmo autor continua contextualizando historicamente o termo explicando que o mesmo foi popularizado após a Guerra Fria, tornando-se então um tema prolífico na literatura internacional. Como base de seu argumento o estudioso utiliza a plataforma de busca que considera o catálogo mais compreensível de direito internacional, a Biblioteca do Palácio da Paz (sede da Corte Internacional de Justiça), que mostra uma explosão de trabalhos científicos e decisões judiciais no linguajar da doutrina no período em questão¹⁰².

Avançando finalmente para a conceituação do termo, Villa¹⁰³ define o não estatal como

Agente societário que estabelece um tipo inovador de vinculações extra estatais baseando-se em contatos, coligações e interações através das fronteiras nacionais diante das quais os órgãos centrais da política externa estatal ou supranacional têm escassa ou nenhuma capacidade regulatória. Existem dois tipos principais: as empresas multinacionais e as organizações não governamentais.

Gil apresenta um conceito ainda mais amplo “toda autoridade, todo organismo, todo grupo e, incluso, no caso limite, toda pessoa capaz de ‘desempenhar uma função’ no campo social; no nosso caso concreto, na cena internacional”¹⁰⁴. Finaliza, entretanto, tentando restringir mais o termo dizendo que por desempenhar uma função, entende-se a capacidade do

¹⁰² D’ASPREMONT, Jean. Non-state Actors and the formation of international Customary Law: Unlearning Some Common Tropes. In: DROUBI, Sufyan, and D’ASPREMONT, Jean (eds.). **International organisations, non-State actors, and the formation of customary international law**. Manchester University Press, 2020, pp. 177 e 178, “Although belligerency and international organisations have been discussed by international lawyers for more than a century,⁴² the very notion of non- State actors was sparsely used in international legal scholarship prior to 1990. Even with the development of the concept of armed conflict of a non- international character after the Second World War, the notion of non- State actor only became a big hit – and the object of a prolific body of international legal literature – in the post-Cold War era. Indeed, a quick inquiry through the search engine of the most comprehensive catalogues of international law suffices to show that, although the term had been occasionally used prior to 1990, it is not until 1990 that one witnessed its dramatic mushrooming in international law works. Although the notion may no longer have the lustre and the appeal it had in the post-Cold War scholarship, it remains a very popular category in international lawyers’ common parlance”.

¹⁰³ VILLA, op. cit., p.3.

¹⁰⁴ GIL, op. cit., p. 149-151.

ator para exercer influência no sistema internacional com a finalidade de obter uns objetivos próprios, tendo certo grau de autonomia ou liberdade na hora de tomar decisões. Ele termina por utilizar um critério restritivo definindo-os como “transnacionais formalmente organizados” e centra-se nos atores mais importantes e permanentes.

Visto o conceito restritivo, passamos ao delineado por Joselin e Wallace, um dos mais amplos da literatura. Sobre sua amplitude, eles comentam que, apesar de perigosa, tendo em vista a abrangência dos atores em questão, é necessária para um estudo responsável sobre o tema.

Estamos conscientes dos perigos de uma abordagem tão abrangente, que “agrupa” atores motivados por objetivos instrumentais, principalmente econômicos (corporações, máfias), atores que promovem ideias de princípio (igrejas, grupos de defesa), especialistas motivados por valores profissionais e comprometidos com uma análise racional (grupos de reflexão, comunidades epistêmicas), atores que refletem uma origem étnica partilhada (diásporas). Ao adotar um âmbito alargado, contudo, esperamos dar ao leitor em geral uma noção da diversidade e complexidade da atividade não-estatal além-fronteiras, que pode constituir atualmente uma sociedade internacional – ou mesmo uma sociedade global parcial - dentro do mesmo paradigma internacional da já estabelecida sociedade dos estados (tradução nossa)¹⁰⁵.

Eles afirmam que esse conceito abarca todas as organizações que:

- a) tem autonomia completa ou parcial do governo central, fundamento e controle emanado da sociedade civil, de uma economia de mercado ou de um impulso político alheio ao estatal;
- b) podem operar ou participar de redes que se estendem através das fronteiras de dois ou mais Estados, atraindo relações transnacionais, ligando sistemas políticos, econômicos e societários;
- c) tem uma atuação que afeta os resultados políticos, seja de um ou mais Estados ou de instituições internacionais, intencionalmente¹⁰⁶.

¹⁰⁵ JOSSELIN, Daphné e WALLACE, William. **Non-State Actors in world Politics**, New York, Palgrave, 2001, páginas 3 e 4, no original, “We are aware of the dangers of such an encompassing approach, which ‘lumps’ together actors motivated by instrumental, mainly economic aims (corporations, mafias), actors promoting principled ideas (churches, advocacy groups), experts motivated by professional values and commitment to rational analysis (think-tanks, epistemic communities), actors reflecting a shared ethnic origin (diasporas). By adopting a broad scope, however, we hope to give the general reader a sense of the diversity and complexity of non-state activity across borders, which now constitutes an international society - even a partial global society - within the framework provided by the established society of states”.

¹⁰⁶ Idem, no original, “our definition of non-state actors therefore includes organizations: largely ou entirely autonomous from central government funding and control: emanating from civil society, or from the market economy, or from political impulses beyond state control and direction; operating as or participating in networks which extend across the boundaries of two ou more states – thus engaging in ‘transnational’ relations, linking political systems, economies, societies; acting in ways which affect political outcomes, either within one or more

Alston por sua vez critica a amplitude sugerida por esses autores e aponta cinco características dignas de destaque nesse conceito¹⁰⁷. Em primeiro lugar, ele aponta que que essa classificação é muito ampla e tem o potencial de acomodar uma gama demasiadamente grande de atores. Segundo, o enfoque estaria nos atores cujas atividades têm uma dimensão transnacional, o que excluiria aqueles engajados somente no nível nacional de um Estado (o que, por exemplo, excluiria grupos de liberação nacional). Terceiro, não há necessariamente um compromisso com valores ou princípios particulares, como frequentemente se sugere que deve incluir uma definição apropriada de ONG de direitos humanos. Em quarto lugar, ele afirma que ter como critério desqualificador o financiamento, suporte ou estímulo do governo é um ponto problemático (nos faria excluir as empresas de segurança privada, por exemplo). Por fim, essa definição seria tão sem limites fixos que teria uma utilidade limitada.

Santarelli, por sua vez, faz duas ressalvas às noções trazidas por Alston. Para o colombiano, essa amplitude no termo trazida por Joselin e Wallace é útil e seria potencialmente oneroso identificar aspectos muito específicos¹⁰⁸. Além disso, diferentemente de Alston, não considera a nomenclatura "não estatal" como depreciativa, sendo compreensível, dada a importância do Estado nas relações internacionais, contrapor a ele outros participantes dessa seara¹⁰⁹. Bíró e Motoc, contrariamente à Santarelli e em concordância com Alston, propõem, em relatório à Comissão de Direitos Humanos, o emprego da expressão "atores transnacionais" para amenizar a sensação de primazia estatal e reforçar o igual grau de responsabilidade teórica e moral de todos os agentes nas questões de direitos humanos¹¹⁰. Esse mesmo documento também pretende estabelecer uma tipologia sugerindo como critérios a autodefinição, constituição oficial ou a participação política¹¹¹.

states or within international institutions – either purposefully or semi-purposefully, either as their primary objective or as one aspect of their activities”.

¹⁰⁷ ALSTON, 2005, op. cit., p. 16.

¹⁰⁸ SANTARELLI, Nicolás-Carrillo. **Direct International Human Rights Obligations of non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity**. Wolf Legal Publishers, 2017, p. 232 "while the term is certainly vague, its use is not unadvisable. In fact, it is quite useful to refer to all non-state entities when they have a common feature, such as the potential to perpetrate human rights abuses, and it would be exceedingly burdensome to identify this in relation to each single subcategory of actors. [...] Altogether, the coexistence of general and specialized legal definitions of nonstate actors serves to accommodate both specialized regulations that address specific challenges and common strategies, as the imposition of some core obligations to all actors".

¹⁰⁹ Ibid., p. 233.

¹¹⁰ BIRÓ, Gáspar e MOTOC, Antoanella-Iulia. **Working paper on human rights and non-State actors**. Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. E/CN.4/Sub.2/2005/40, 11 de julho de 2005, p. 16, parágrafo 49, "This is a question regarding terminology. As mentioned above, some scholars prefer the term 'transnational actors' instead of 'non-State' actors, for the latter implies, in their interpretation, the primacy of States in international relations. Should the Sub-Commission agree to change the terminology to 'transnational' instead of 'non-State', the decision would have an impact on answering the previous questions, that is, to consider that all actors in international relations theoretically and morally have the same degree of responsibility in human rights matters".

¹¹¹ Ibid., p. 9.

Finalmente, saindo um pouco da doutrina, a Comissão Europeia define oficialmente os terceiros não estatais como

grupos que são criados voluntariamente por cidadãos; têm como objetivo principal promover uma questão ou defender um interesse, seja geral ou específico; e, dependendo de seu objetivo, pode ter um papel na implementação de políticas e defesa de interesses. Na tentativa de ser mais específico para União Europeia, indica-se que podem incluir organizações não governamentais, sindicatos, associações de empregadores, universidades, associações de igrejas e outros movimentos confessionais, associações culturais, etc.¹¹².

Ainda nos estudos de d'Aspremont¹¹³ nos deparamos com uma exposição de dimensões aparentemente paradoxais (característica inclusiva e exclusiva). Se por um lado os atores não estatais se alimentam de uma busca genérica pelo cosmopolitismo, por outro exigem do direito internacional alteridade para regulá-los, já que eles são fenômeno relativamente recente.

A sua característica inclusiva é facilmente visualizada pela demanda de globalização e cosmopolitismo mundial que impulsionam sujeitos e agentes a serem, ao mesmo tempo, subordinados e contribuidores para formulação e funcionamento da ordem legal internacional. Para melhor compreender essa dimensão inclusiva cabe lembrar que o direito internacional classicamente limitava-se a considerar como sujeitos os Estados, únicos detentores de personalidade jurídica, sendo um direito horizontal, no qual os sujeitos às leis eram também seus “fabricantes”.

Esse parentesco entre subjetividade e formulação do *law making* permanece até a chegada da doutrina de fontes no século XIX que abalaram o paradigma estadocêntrico do direito internacional. Como resultado, uma entidade sujeita ao direito internacional não seria doravante vista automaticamente como *law maker*; da mesma forma, uma fonte desse direito não é necessariamente classificada como agente subordinado. Essa separação entre personalidade jurídica (*subjecthood*) e criação de ordenamento (*law making*) gerou duas

¹¹² Artigo 4º do ACORDO DE COTONOU. **Acordo de parceria 2000/483/CE — entre os países de África, das Caraíbas e do Pacífico e a União Europeia**. Cotonu, 23 de junho de 2000. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar12101>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

¹¹³ D'ASPREMONT, 2020, op. cit., pp. 178-183. Resumidamente no início das páginas apontadas, “In this context, it is argued in this section that the very notion of non-State actors carries two managerial dimensions, one inclusive and one exclusive. Indeed, on the one hand, the concept of non-state actors feeds into a general quest for cosmopolitanism. This is what is called here the inclusiveness character of the notion of non-State actors whereby actors are made subject to the rules and institutions of international law and contributors to their making and functioning. On the other hand, the concept of non-State actors expresses the idea of a *rational consensus* on the foundations and mode of operation of international law by creating an otherness and thereby creating an image of international law as a space of peace and order that protects those subdued to its rules from the chaos and conflicts of the outside world”.

escolas que restringem a personalidade entre derivada das funções do ator (escola objetiva) ou por opção dos fundadores (escola subjetiva).

Começa-se a perceber a ordem jurídica internacional como pluralista, ciente da sua própria complexidade e permissiva com a participação de sujeitos e outros atores (sem personalidade) nas relações internacionais. Dessa forma, o reconhecimento da existência dos atores não estatais e sua delimitação são ferramentas que alimentam a ampliação da ordem legal internacional.

Ainda no aspecto inclusivo, esses atores não apenas cosmopolizaram o ordenamento jurídico internacional como também ampliaram a extensão de suas regras e institutos. Nesse sentido, essa inclusão será também um instrumento para submeter novos atores internacionais às regras e à futura análise do direito. A inclusão e adaptação desses agentes ao espaço regulatório do direito internacional tem dupla função: ela permite maior contribuição dos atores no *law making* enquanto, simultaneamente, submete-os ao seu ordenamento¹¹⁴.

Já na dimensão exclusiva, por outro lado, esses atores são submetidos na prática aos mecanismos de alteridade. Nas últimas décadas eles têm despertado o debate sobre personalidade jurídica, deveres, direitos e privilégios do *law making*, impulsionando o direito internacional a buscar novos parâmetros. O próprio termo “atores não estatais” (conforme apontado anteriormente) é um conceito negativo que visa antes de definir, afastar e excluir esse ator do personagem ordinário, o Estado. É uma construção verdadeiramente poderosa, que torna esses atores em “os outros”, ostracizados.

O espaço reservado a esses atores é um quase vácuo, um vazio jurídico; eles estão à margem do que já foi produzido, tendo apenas a dimensão da inclusão como chave para modular a falta de previsão do direito à realidade atual. A desordem constituída com a existência dos atores não estatais e o vislumbrar do vazio (exclusão) carrega em si mesma um convite para adaptá-lo ao ordenamento jurídico já existente (inclusão)¹¹⁵.

1.2.3 Razões de proeminência

No início dos anos 80, assuntos de extrema importância prática para os direitos humanos como vulnerações de multinacionais, movimentos de liberação nacionais e grupos

¹¹⁴ Ibid., p. 186.

¹¹⁵ Idem.

de oposição armados seguiam fora dos círculos de debate de direito internacional. Essa pauta, segundo Alston¹¹⁶, ficava fora da agenda de discussão dos Comitês da ONU por algumas razões simples. No que concerne as multinacionais se considerava que sua atuação estava justificada pela Nova Ordem Econômica Global e cabia ao Estado vigiar no que pudesse com sua soberania limitada o cumprimento de direitos humanos de trabalhadores e outros que pudessem ser violados. No que se refere aos grupos de liberação se aceitava o direito à autodeterminação, porém nenhum outro direito estava coberto ou era permitido a esse grupo. Sobre os grupos armados, entendia-se que a questão humanitária e as normas de direitos humanos eram duas coisas distintas, não devendo ser da alçada dos direitos humanos entrar nesse tema.

Felizmente, com o transcurso de algumas décadas, esse panorama mudou. Já se entende que direitos humanos e legislação humanitária são muito próximos. Os movimentos de liberação nacional demonstram interesse em assuntos do governo apesar de serem frequentemente etiquetados como terroristas e da lógica de que “o direito à autodeterminação é uma luta que se espera vencer antes em urna eleitoral que em uma guerra”¹¹⁷. Além disso, as atividades das transnacionais estão sendo vigiadas por grupos de consumidores e surge uma preocupação real com opinião pública sobre respeito à legislação laboral, ao meio ambiente e abusos de direitos humanos por parte das empresas.

O que mais se destaca é que, com as sequelas da Guerra Fria e o triunfo do sistema econômico liberal, atores privados estão encarregando-se de uma ampla gama de funções e responsabilidades que antes seriam impossíveis cogitar, como segurança nacional e serviços públicos básicos. O paradigma liberal de direitos humanos está estreitamente relacionado com

¹¹⁶ ALSTON, 2005, op. cit., p. 6. “In the early 1980s I was asked by one of the United Nations' specialized agencies to write a consultancy study on legal aspects of the role of non-stateactors in the field of human rights. I am ashamed to say that I was as keen to take on the job as I was perplexed about the real meaning or utility of the assignment. Several then recent developments seemed to suggest that my concern should be with armed opposition groups, national liberation movements, and perhaps transnational corporations, although the human rights dimensions of even those issues were, curiously in retrospect, not especially obvious. In relation to the first group, the 1977 Additional Protocol II to the Geneva Conventions had recently given status to certain types of non-state forces involved in an armed conflict within the territory of a state. In relation to the second, the United Nations and other international organizations had been making an effort, under pressure from the non-aligned group of developing states, to take account in its own work of the role played by national liberation movements in a number of key conflict areas, such as in Namibia, South Africa, and Palestine. In relation to the third, the United Nations had been engaged throughoutthe late 1970s in drafting a code of conduct for transnational corporations”.

¹¹⁷ Idem. No original, “But the bottom line was that the human rights framework remained somewhat distant from these important forays into unknown territory, and the issues were largely absent from the agendas of most international human rights groups. The reasons were not difficult to see: humanitarian and human rights norms were considered separate; national liberation movements were strong on the right to self-determination but not overly concerned with many other rights; and the focus on transnationals had more to do with the New International Economic Order and the sovereignty of host states than with the human rights of workers or anyone else”.

o aumento em número e importância desses atores. Ainda segundo Alston¹¹⁸, são fatores-chaves propulsores desta situação:

- a) A privatização: conforme já mencionado, esse fenômeno fez com que alguns atores não estatais sejam responsáveis por atividades tipicamente públicas tais como cuidados de prisões, asilos, escolas, a provisão de água, eletricidade e gás, entre outros exemplos. Tal prática causou um *boom* na terceirização das atividades estatais no espaço nacional e internacional;
- b) A mobilização de capital e fluxos de investimentos privados: esse fator foi causado pela globalização sem regulação, liberação de transações, oportunidade de expansão para investimentos estrangeiros, promoções governamentais ativas de incentivo à industrialização de seus países causadoras de verdadeiras guerras fiscais no intento de atrair o máximo de inversores. Essas facilidades aumentaram o poder e riqueza das corporações transnacionais e fizeram-nas mais ricas que a economia de muitos países;
- c) Consequências do liberalismo no mercado laboral: a necessidade crescente de esforço da Organização Internacional do Trabalho (doravante OIT) para sistematização de um controle de normas mínimas laborais. O próprio diretor-geral da OIT identifica o crescimento de atores não estatais como um dos principais desafios da globalização, devido à natureza estadocêntrica dos padrões de fiscalização dessa Organização Internacional¹¹⁹;
- d) Os horizontes em expansão de instituições multilaterais: algumas organizações internacionais (como por exemplo, ONU, OIT, Banco Mundial) exercem funções tão importantes no cenário internacional que tiveram reconhecidas sua personalidade jurídica (ao menos em algum nível). A implicação desse *status* mudou radicalmente depois da Guerra Fria uma vez que elas estão exercendo uma ampla gama de funções governamentais;
- e) O desencadeamento da sociedade civil: as mudanças políticas globais das últimas décadas proporcionaram uma abertura para todas as sociedades, com novas oportunidades de intercâmbios e pressão trazida pela globalização. As organizações de sociedades civis hoje possuem grandes *budgets*, grande número de empregados,

¹¹⁸ Ibid., p. 17.

¹¹⁹ “We hope that, starting this second century, we will be capable to make sure labour rights regulation is not bound by national borders, which means putting responsibility on transnational actors such as multinational companies to make this happen. Rules for responsible business conduct based on the ILO norms are indispensable”. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Transcript of the discussion of the Reports of the Director-General and the Chairperson of the Governing Body**. 108th (Centenary) Session of the International Labour Conference Geneva, 10–21 June 2019, p. 278.

participações em vários países e funções que não se restringem a defesa de direitos humanos.

1.2.4 Desafios práticos

Philip Alston¹²⁰ ilustra ainda alguns dilemas práticos que enfrentou na sua vida acadêmica para ilustrar a complexidade das relações envolvendo os terceiros não estatais. A primeira situação apresentada por Alston é um caso apresentado ao Comitê Europeu de Direitos Humanos envolvendo um *shopping center* privado e moradores das redondezas¹²¹. Os locais argumentaram que estavam exercendo seu direito de liberdade de expressão ao recolher assinaturas para uma petição. O problema é que, por mais que o assunto sobre o qual versava a petição fosse de considerável importância para os locais da cidade, ele não interessava os proprietários do centro comercial. Apesar de uma grande quantidade de serviços públicos estivessem localizados ali (tais como polícia, livraria pública e hospital), os proprietários insistiam que o espaço era uma propriedade particular e que a coleta de assinaturas ia contra seu direito a neutralidade política e religiosa. Essa última argumentação foi recebida pelo governo do Reino Unido que refutou a alegação dos residentes de que o centro era um local de reunião da cidadania e poderia ser considerado um espaço “quase público”. De forma igual, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos manteve a decisão, descartando a possibilidade de que o debate entorno da violação de direitos humanos e da coletividade sejam aplicáveis em uma esfera considerada privada (ainda que seja de acesso público). Sobre as dificuldades (quicá impossibilidade) de separação entre o público e o privado, discorre-se mais detalhadamente na seção dedicada aos desafios teóricos concernentes à terminologia dos ANE, ponto 1.2.5.5.

¹²⁰ ALSTON, 2005, op. cit., p. 3-36.

¹²¹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença da Quarta Câmara do Tribunal**. Caso número 44306/98, *Appleby And Others Vs. The United Kingdom*, publicado em 4 de maio de 2003. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61080%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61080%22]}). Acesso em 2 de agosto de 2023. Neste caso “Refus d'accorder la permission de recueillir des signatures pour une pétition à l'intérieur d'un centre commercial: recevable. Les requérants, membres d'un groupe écologiste local, se plaignaient de s'être vu refuser le droit de se réunir et de communiquer des informations au public dans le nouveau centre de leur ville. Ce centre commercial se trouvait dans une zone appartenant à une société privée; il avait été construit par un organisme établi par la loi puis vendu à cette société en 1987. Il se composait d'hypermarchés, de boutiques ainsi que de parkings et d'allées. Un certain nombre de services publics y étaient installés dans des locaux appartenant à leur organisme de tutelle respectif (police, poste, sécurité sociale, etc.). [...] Refus d'autoriser la collecte de signatures pour une pétition dans un centre commercial privé: non-violation”.

O próximo caso é um estudo genérico do que ocorre na prática quando as Nações Unidas enviam forças para ajudar a controlar uma região quando um governo colapsa ou seu representante máximo é expulso ou foge. Essas forças recebem ordens de um administrador civil da ONU e estão sujeitas exclusivamente ao comando da ONU. Procurando estabelecer a lei e ordem em um ambiente hostil, eles podem vir a promulgar uma série de ordens em desconformidade com a legislação de direitos humanos que, devido às circunstâncias, entendem necessárias (por exemplo, limitações próprias de um estado de alarme, exceção ou sítio). Se criticados, os oficiais da ONU podem com razão argumentar que as Nações Unidas não são um Estado, não tem capacidade de assinar convênios e tratados de direito internacional e, por isso, não são obrigadas a cumprir requisitos específicos de direitos humanos.

Uma variação do mesmo pensamento pode ser ilustrada no posicionamento do Fundo Monetário Internacional com relação as suas obrigações em direitos humanos. Muito se critica sua falta de transparência e desconsideração flagrante dos direitos sociais ao impor sanções e/ou condições para empréstimos que coagem os Estados mais vulneráveis a adotar políticas públicas rígidas. Os tratados de direitos humanos estão dirigidos aos Estados; as organizações internacionais não são parte dos instrumentos de direito internacional e, por isso, não possuem obrigações derivadas desses instrumentos. Sobre esse ponto cumpre apontar que, como veremos na terceira parte em tópico destinado às modalidades de controle, algumas organizações internacionais tem adotado Cartas ou Declarações que, vale salientar, são instrumentos autorregulatórios em geral versando sobre direito humanitário.

O terceiro caso estudado tem como foco o papel de empresas privadas contratadas para a reconstrução do Iraque depois da invasão de 2003. Nesse período, “mercenários com baixo treinamento e estressados operavam com violência e aparente impunidade, erguendo *checkpoints* sem autorização e exercendo poderes de prisão, além de confiscar carteiras de identidade”¹²². Empresas privadas de segurança desenvolviam atividades próprias de autoridades públicas, sejam políticas ou militares, e infringiam dramaticamente direitos de cidadãos, considerando-se uma espécie de “polícia local provisional”. Essa situação tem todos os elementos apontados pela doutrina clássica para responsabilização do Estado. A natureza privada das forças envolvidas permitiria às empresas eximir-se de responsabilidade

¹²² ALSTON, 2005, op. cit., p. 9, “Stressed and sometimes ill-trained mercenaries operate in Iraq's mayhem with apparent impunity, erecting checkpoints without authorisation, and claiming powers to detain and confiscate identity cards”.

internacional, apontando como responsáveis o Estado que a contratou ou o Estado que permitiu as vulnerações.

A continuidade dessa polêmica foi uma petição do Senado norte-americano para adoção de linhas gerais para atuação dessas empresas, bem como umas regras de compromisso de segurança, medida que foi adotada pelas empresas antes que fosse definida alguma normativa. A adoção voluntária de códigos de conduta e medidas de autorregulação têm sido uma tática recorrente do setor privado ao perceber o iminente nascimento de algum instrumento regulador. Esse comportamento apresenta pontos positivos (em geral boa adesão e cumprimento) e negativos (acaba por impedir norma reguladora com força real e exequibilidade). Apesar de emblemática, a privatização de serviços públicos não foi exclusividade da guerra do Iraque. Na guerra do Afeganistão os Estados Unidos sofreram as mesmas críticas. Além dessa privatização de atividades classicamente militares, o país é conhecido por adotar essa mesma mentalidade em administração prisional, infraestrutura e serviços públicos tais como água, eletricidade, transporte, educação e saúde. Sobre o controle da terceirização de atividades estatais, códigos de conduta e medidas de autorregulação de transnacionais se discutirá com mais profundidade oportunamente na terceira parte deste trabalho.

O quarto e último caso apontado por Alston versa sobre o comportamento de *Shell Oil Company* em Nigéria no início dos anos 90. A vulneração de direitos humanos por Estados em conluio com corporações transnacionais ocorre repetidamente, sendo tema de diversos estudos e inspirando filmes e livros. Para apresentar as dificuldades práticas propostas pelo autor de forma coerente, apresenta-se o caso proposto pelo mesmo.

A organização “Movimento para a Sobrevivência do Povo de Ogoni” fez manifestações contra a conduta da empresa em sua região e foi duramente reprimida pela força militar que governava Nigéria, que cometeu homicídios e estupros, queimou vilas e executou nove pessoas do Movimento. Em março de 1996 foi submetida uma reclamação na Comissão de Direitos Humanos de África¹²³, argumentando-se que a exploração da reserva de

¹²³ ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. **Decisão da Comunicação 155/96 de 27 de maio de 2002, caso n.º ACHPR/COMM/A044/1**, par 2. Disponível em <https://achpr.au.int/index.php/en/decisions-communications/social-and-economic-rights-action-center-serac-and-center-economic-15596>. Acesso 7 de junho de 2023. Resumo do caso, em texto original “Summary of Facts: 1. The communication alleges that the military government of Nigeria has been directly involved in oil production through the State oil company, the Nigerian National Petroleum Company (NNPC), the majority shareholder in a consortium with Shell Petroleum Development Corporation (SPDC), and that these operations have caused environmental degradation and health problems resulting from the contamination of the environment among the Ogoni People; 2. The communication alleges that the oil consortium has exploited oil reserves in Ogoniland with no regard for the health or environment of the local communities, disposing toxic

petróleo da região não considerava a saúde ou meio ambiente das comunidades locais ao dispor de seus resíduos nos canais locais, causando numerosos derrames evitáveis nas cidades próximas que resultaram severos efeitos para saúde em curto e longo prazo.

A reclamação também alega que o governo tolerou e facilitou as violações através de colocação de forças militares à disposição das empresas de petróleo. Uma vez mais, as responsabilidades internacionais recaem sobre o Estado enquanto as transnacionais permanecem quase ilesas de punição. Em 2000, após muitas discussões entre a multinacional e as ONGs, especialmente a *Human Rights Watch*, foi adotado o documento Princípios Voluntários de Segurança e Direitos Humanos nas Indústrias de Extração. As investigações mais importantes apresentadas nesse caso referem-se à responsabilidade das TNCs em virtude de sua influência sobre o Estado da Nigéria. Se entendermos que a esfera privada se distingue da esfera pública por sua ênfase no empreendedorismo e na busca de seus próprios interesses, há de se desconfiar de uma corporação transnacional em uma situação em que ela é um ator dominante uma vez que as empresas acordam compromissos voluntários para eximir-se de uma penalidade futura.

1.2.5 Desafios teóricos

Depois de demonstrar com alguns casos práticos a inadequação do paradigma liberal dos direitos humanos, também são apontados alguns enigmas teóricos que demonstram os potenciais dificuldades da dinâmica das relações envolvendo os ANE.

1.2.5.1 Conceito negativo e amplitude do termo

wastes into the environment and local waterways in violation of applicable international environmental standards; 3. The communication alleges that the Nigerian Government has condoned and facilitated these violations by placing the legal and military powers of the state at the disposal of the oil companies. [...] For the above reasons [na Decisão, foram apresentadas 69 razões], the [African] Commission, Finds the Federal Republic of Nigeria in violation of Articles 2, 4, 14, 16, 18(1), 21 and 24 of the African Charter. Appeals to the government of the Federal Republic of Nigeria to ensure protection of the environment, health and livelihood of the people of Ogoniland”.

A variedade de terceiros não estatais é impressionante, incluindo em sua lista empresas multinacionais, organizações não-governamentais, organizações internacionais intergovernamentais, grupos armados, organizações militares privadas, máfias e organizações criminosas/terroristas, órgão de comunicação e mídia, instituições acadêmicas, grupos minoritários, grupos étnicos organizados, instituições de caridade, oligarcas, partidos políticos, coletividades territoriais e basicamente tudo o que não é um Estado¹²⁴. De fato, o Estado é a única entidade internacional que não pode ser considerada um ator não estatal. Aparentemente, essa afirmação parece óbvia, mas coloca um problema real em evidência: que essa designação é um rótulo significativo, mas, como conceito, não é muito útil.

Na verdade, o problema começa com o próprio fato de “Atores Não Estatais” ser um termo genérico negativo, super abrangente e que não tem delimitações óbvias. Os intervenientes não estatais incluem organizações não governamentais, mas igualmente empresas multinacionais, organizações militares privadas, meios de comunicação, grupos terroristas, grupos étnicos organizados, instituições acadêmicas, grupos de pressão, organizações criminosas, sindicatos ou movimentos sociais, e outros. Todos exercem diferentes formas de poder. Alguns contribuem positivamente para a segurança e a estabilidade, enquanto outros as minam ativamente. [...] *Prima facie*, a distinção não parece ser muito problemática. No discurso tradicional da ciência política, os Estados eram considerados os únicos atores relevantes. Além disso, foram considerados atores coerentes. Nas últimas décadas, no entanto, a ideia dos intervenientes estatais e do modo como operam tem sido cada vez mais desfeita, principalmente devido à globalização, à ascensão da tecnologia da comunicação e à emergência de uma ordem mundial multipolar. [...] Com uma tal variedade de intervenientes, muitos dos quais têm ligações com autoridades estatais, torna-se difícil determinar ou mesmo comparar o seu impacto na autoridade estatal. Por exemplo, num país como a Colômbia, como avaliar o impacto dos rebeldes das FARC comparado com o das ONGs locais de direitos humanos sobre o funcionamento das autoridades colombianas? (tradução nossa)¹²⁵

Como vimos no debate sobre os conceitos existentes, o termo, além de não ser útil, é mais ambíguo do que aparenta *prima facie*. Existe uma vasta coleção de atores, agências e organizações relacionadas ao Estado, abrangendo um espectro de global a local. Alguns deles

¹²⁴ MARTEN, Philipp, GALDIGA, Jan Hendrik, OOSTERVELD, Willem Theo e WIJNINGA, Peter. State and Non-State Actors: Beyond the Dichotomy. **Hague Centre for Strategic Studies**, Strategic Monitor 2014: Four Strategic Challenges, pp. 141 e 143.

¹²⁵ Idem. No original, “In fact, the problem starts with the very fact that ‘Non-State Actors’ is a negatively posited catchall term that has no obvious delimitations. Non-state actors include non-governmental organizations (NGOs), but equally so multinational corporations, private military organizations, media outlets, terrorist groups, organized ethnic groups, academic institutions, lobby groups, criminal organizations, labor unions or social movements, and others. All wield different forms of power. Some contribute positively to security and stability whereas others actively undermine it. [...] *Prima facie*, the distinction does not appear to be very problematic. In traditional political science discourse, states were considered the only relevant players. Moreover, they were considered as coherent actors. In recent decades, however, the idea of state actors and how they operate has increasingly been unpacked, mostly due to globalization, the rise of communication technology and the emergence of a multipolar world order. [...] With such a variety of actors, many of which have ties to state authorities, it becomes difficult to ascertain or even compare their impact on state authority. For instance, in a country like Colombia, how is one to judge the impact of FARC rebels compared with that of local human rights NGOs upon the functioning of Colombian state authorities??”

recebem fundos e incluem representações estatais, como algumas ONGs, partidos políticos e muitas sociedades civis. Outros atores não estatais desempenham funções delegadas pelo Estado mediante uma taxa, como agências de ajuda, empresas contratadas, hospitais, operadores penitenciários e empresas de seguros privados. Outros, como células terroristas e grupos paramilitares, também podem estar sendo patrocinados por Estados. Até atores como corporações transnacionais e especuladores financeiros operam dentro de um paradigma de regras domésticas e globais criadas pelos Estados por meio de organizações intergovernamentais, como o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio.

Há de se ponderar se a melhor maneira de os conceituar é opor-se aos atores estatais, uma vez que a linha divisória entre agentes estatais e não estatais não é tão clara quanto se pensa. Atores não estatais envolvidos na dinâmica supra nos forçam a repensar a pura dicotomia implícita na ideia dos *non-state actors*.

1.2.5.2 Identificação do ator agressor

De acordo com a lógica do paradigma liberal dos direitos humanos, todo o sistema de proteção internacional é feito de Estados e para Estados, o que nos leva a crer que as violações de direitos humanos seriam tipicamente cometidas por esse ator (em geral se fala de proteção do indivíduo ante a máquina estatal; a proteção contra outro indivíduo/particular fica frequentemente relegada ao direito doméstico). Essa visão, além de insatisfatória, é parte de uma premissa que seria contraproducente, pois, desde o início, o Estado foi criado para garantir a proteção dos direitos contra violações de outros indivíduos. Se ele fosse o maior desafio ao gozo dos direitos humanos, por que confiar a ele sua proteção¹²⁶?

Além disso, diferenciar um crime de uma violação de direitos humanos somente com base na identidade do agente ativo não apenas seria confuso como também tiraria o foco da questão mais importante: o direito em questão.

No paradigma liberal, as violações dos direitos humanos são normalmente cometidas pelos Estados; a diferença entre crimes e violações dos direitos humanos

¹²⁶ GOODHART, Michael. Human Rights and Non-State Actors: Theoretical Puzzles. In: ANDREPOULOS, George; ARAT, Zehra F.; JUVILER, Peter (orgs). **Non-State Actors in the Human Rights Universe**. Kumarian Press Inc. 2006, p. 29.

é principalmente uma questão de identidade do violador. Mas esta visão nunca foi inteiramente satisfatória. Para começar, o Estado é “criado” precisamente para garantir a proteção dos direitos dos indivíduos contra violações cometidas por outros indivíduos. Mesmo no paradigma liberal, portanto, os crimes e as violações dos direitos humanos são confundidos e a identidade do violador não explica tudo. A confusão neste ponto é endêmica (tradução nossa)¹²⁷

Embora a prática e a teoria recentes estejam afastando esse foco dos Estados como únicos agressores e evoluindo timidamente a ponto de incluir por vezes atores outros que o Estado como partes do direito internacional¹²⁸, crimes “comuns” são considerados violações de direitos humanos apenas quando eles chocam e ultrajam a consciência da humanidade ou envolvem algum agente público. Voltamos uma vez mais à indignação maltesa frente à extensão das obrigações de direitos humanos aos particulares (ponto 1.1.1.2 deste trabalho) e ao velho argumento de que considerar uma violação entre particulares uma violação de direitos humanos seria banalizá-lo, diminuir seu *pedigree* histórico.

Apesar desse afastamento do foco liberal dos direitos humanos, permanece a associação de violações de direitos humanos como crimes cometidos pelo Estado (a tendência de que ele seja o primeiro e às vezes o único culpado) em larga escala (a dissociação entre crime e violação de direitos humanos). Se assim fosse, isto é, considerássemos como atentado aos direitos humanos apenas crimes cometidos pelos Estados, seria o mesmo que admitir que a gravidade da ofensa está relacionada com a identidade do agressor, e não com o crime em si.

1.2.5.3 Papel duplo do Estado

O terceiro quebra-cabeça teórico diz respeito à visão do Estado como principal responsável pela promoção, proteção e aplicação dos direitos humanos. Ter o Estado como principal agente defensor apresenta uma crise paradoxal: como o maior violador de direitos

¹²⁷ Idem, no original “In the liberal paradigm human rights violations are typically committed by states; the difference between crimes and human rights violations is mainly a question of the violator’s identity. But this view has never been entirely satisfactory. To begin with, the state is ‘created’ precisely to assure protection of individuals’ rights against violations committed by other individuals. Even in the liberal paradigm, then, crimes and human rights violations are confounded and the identity of the violator does not explain everything. Confusion on this point is endemic”.

¹²⁸ “Among the earliest human rights instruments, the Genocide Convention explicitly incorporates private individuals, and early UN instruments recognize a duty of NSAs to respect and promote human rights. Still, the substantive Articles of those agreements are clearly framed with states in mind”, Idem.

humanos pode ser também considerado o guardião legítimo dos mesmos? É o clássico dilema do poeta romano Juvenal *quis custodiet ipsos custodes?*¹²⁹

A relutância em adotar outros agentes para exigibilidade e promoção de direitos humanos aumenta e exalta o poder estatal no cumprimento desses direitos. Se pudessemos expandir o paradigma atual, reconhecendo atores não estatais como violadores, o caminho natural seria a expansão desses mesmos atores como vigilantes para proteção de direitos. Um exemplo comum de ator estatal que seria produtivo nesse contexto são as organizações não governamentais (ONGs), que atualmente tem poder indireto através de publicidade e pressão política; um exemplo clássico de violador não estatal são as empresas multinacionais.

Os Estados guardam controle exclusivo sobre assuntos internos, frequentemente invocando a soberania como argumento em resposta a críticas de abuso de direitos humanos e eximindo-se de sanções. Isso torna ainda mais difícil sustentar necessidade do Estado em ser único guardião de proteção dos direitos humanos, especialmente quando lembramos que muito progresso foi feito através do ataque à soberania como um privilégio. Talvez essa percepção da ineficiência estatal ocorra porque as ONGs se tornaram tão abertamente aceitas como parte do sistema de aplicação dos direitos humanos que a sua contribuição ao monitoramento de possíveis violações está começando a ser reconhecida. Além desse ator, devemos considerar o incrível reforço de grupos comunitários, universidades, dentre outras associações.

Destaca-se assim o antagonismo do duplo papel estatal de protetor e violador de direitos. Embora o foco deste trabalho sejam os atores não estatais, não devemos esquecer o papel continuado do Estado como violador de direitos humanos e a correlação entre seu poder intrusivo e a frequência e gravidade das violações em regimes totalitários. Considerando que alguns desses atores não estatais possuem um papel importante na proteção de direitos, seria recomendável haver algum reconhecimento de sua legitimidade e autoridade por parte dos Estados e perante a sociedade internacional.

1.2.5.4 A questão da soberania

¹²⁹ “quem guardará os guardiões?”. Essa indagação aparece pela primeira vez em “Sátiras”, porém tem implicações intemporais. JUVENAL, **Sátiras**. Traducción, estudio introductorio y notas de Bartolomé Segura Ramos. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996. Sátira VI, linhas 347–348, p. 226.

A soberania dos Estados nos apresenta dois problemas principais quando relacionadas aos atores não estatais. O primeiro aspecto é como a legitimidade desses agentes deve ser pensada e a segunda questão é o que deve ser feito face do declínio ou erosão da soberania estatal.

Ao contrário da autoridade estatal estabelecida através do contrato social e atualmente visualizável em regimes democráticos, no que se refere aos ANE não há presunção de consentimento evidente. Esse aspecto da legitimidade desses agentes pode ser visualizado nas reivindicações da sociedade internacional contra a natureza pouco transparente e arranjo pouco democrático de certas ONGs e organizações internacionais, além da indagação sobre a origem da autoridade derivada desses atores internacionais. Discute-se, dessa maneira, quais seriam as fontes dos *non-state actors*, se talvez poderia entender que sua autoridade e legitimidade seriam baseadas nos propósitos que buscam tais como proteção e aplicação de direitos. Tal assunto será melhor esmiuçado oportunamente em tópico 1.2.6.3 que aborda a legitimidade normativa e sociológica.

Referente ao declínio da soberania, frequentemente atribuída à globalização e a expansão concomitante do espaço privado transnacional, cumpre apontar o que Goodhart descreve como “abdicação do Estado”¹³⁰ a inclusão desse ator na economia neoliberal das últimas décadas. Segundo o autor, existe uma abdicação de parte da soberania quando os Estados continuam a usar seus recursos e capacidades para promover uma economia transnacional e globalizada, alegando posteriormente que não podem controlá-la. Entende-se então que essa inserção seria uma cessão tácita de parte de sua soberania mesmo que diferente, cabe salientar, da abdicação expressa feita com a criação da ONU, reconhecimento das normas internacionais e adesão aos acordos e tratados.

Como vimos, a legitimidade das ações de atores não estatais nessas áreas levanta dúvidas sobre os papéis que desempenham na política econômica internacional e em que momento deve ser a intervenção estatal nesse processo, bem como a indagação se os Estados tem ainda o protagonismo na promoção e defesa dos direitos humanos.

Cumpre recordar, entretanto, que o declínio da soberania também representa algumas oportunidades para os direitos humanos. Essas mesmas forças da globalização podem

¹³⁰ GOODHART, op. cit., p. 32. “With respect to the alleged decline of sovereignty often attributed to globalization and the concomitant expansion of private transnational economic ‘spaces’ that purportedly lie beyond the jurisdiction of states, we must truefully note that something best described as ‘state abdication’ has been part and parcel of neo-liberal economic globalization for the past several decades. States use their still quite substantial resources and capacities to promote globalization and to create the transnational economic spaces they then complain they cannot control. To what extent the rhetoric of decline – and its associated professions of impotence – should be believed is difficult to judge”.

colaborar no desenvolvimento e manutenção de uma maior tolerância também com intervenções multilaterais nos Estados.

1.2.5.5 Divisão entre esferas público e privada

Historicamente, a divisão dos âmbitos começou com Aristóteles que, diferentemente de Platão, sustentava haver diferença entre as esferas particular e coletiva. Além disso, o filósofo afirmava que a esfera privada seria inferior à esfera pública, precedendo-a no tempo e no espaço. No pensamento aristotélico, esse primeiro domínio constitui-se pela família, ambiente responsável por desenvolver em seus membros uma ética individual, necessária nas relações distintas existentes no lar e, posteriormente, na *polis* grega, formada mediante o agrupamento de diversas famílias. Ou seja, essa ética particular e administração doméstica formadas na esfera privada possibilitaram a constituição dos componentes da sociedade pública. A família é, pois, pressuposto necessário para o estágio da *polis*¹³¹.

Arend concorda com esses ensinamentos ao afirmar que “historicamente, é muito provável que o surgimento da cidade-Estado e do domínio público tenha ocorrido à custa do domínio privado da família e do lar”¹³². Na modernidade, Arend afirma que há um gradual desaparecimento da esfera pública e da esfera privada e nascimento da esfera social, que as absorve.

a contradição entre o privado e o público, típica dos estágios iniciais da era moderna, foi um fenômeno temporário que trouxe a completa extinção da diferença entre os domínios privado e público, a submersão de ambos na esfera do social. Pela mesma razão, estamos em posição bem melhor para compreender as consequências, para a existência humana, do desaparecimento de ambas essas esferas da vida – a esfera pública, porque se tornou uma função da esfera privada, e a esfera privada, porque se tornou a única preocupação comum que restou¹³³.

Já o paradigma liberal clássico apregoava (diferentemente de Aristóteles) que a esfera privada nasceu do contrato social e da necessidade de estabelecer um limite à interferência pública. Isso porque, pela lógica liberal, as violações de direitos humanos ocorreriam basicamente entre Estados e cidadãos (nas relações públicas verticais) ou por causa de interferências estatais no domínio privado; o Estado seria o grande violador e, para proteger os cidadãos, faz-se necessária a criação de uma zona de não-interferência, privada. Entretanto, a esfera privada de não interferência é, na verdade, intensamente regulada pelo Estado, conforme sugerido pelas leis do casamento, herança, entre outras. O tratamento quase sagrado à essa zona de não interferência é problemático pois a proteção dos direitos de alguns

¹³¹ ARISTÓTELES. **A Política**. 6ª Ed., Martin Claret, 2006, pp. 10-12.

¹³² ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 13a ed. rev., Ed. Forense Universitária, 2020, p. 85.

¹³³ *Ibid.*, p. 114.

cidadãos exige intervenção em assuntos privados¹³⁴. Dessa maneira, alguns ramos como família, a economia e o ciberespaço são, por exemplo, áreas privadas nas quais hoje entende-se necessária a regulamentação estatal. A complexidade da sociedade expandiu-se a ponto de reconhecer a necessidade de proteção pública em assuntos totalmente inseridos na esfera privada.

Este guarda-chuva de privacidade protege os erros cometidos contra mulheres, crianças e trabalhadores do escrutínio no quadro liberal dos direitos humanos. Desde a sua criação, esse quadro considerou os domínios “privados” como áreas onde os interesses dos cidadãos ditavam a subestrutura reguladora das relações, enquanto os direitos dos cidadãos excluía certos tipos de intervenção estatal. A contradição só foi evitada devido à extensão limitada da cidadania nas primeiras sociedades liberais. Agora, à medida que a cidadania se expandiu para incluir quase todos os adultos em muitas sociedades liberais, **as contradições são inevitáveis: a proteção dos direitos de alguns cidadãos exige a interferência naquilo que tem sido tradicionalmente considerado como assuntos “privados” de outros**. Os enigmas, então, dizem respeito a onde ocorrem as violações dos direitos humanos e, concomitantemente, onde são obtidas as proteções dos direitos humanos. A família, a economia (incluindo os espaços econômicos transnacionais que supostamente escapam ao alcance dos Estados), o ciberespaço – todos são áreas onde a privacidade ou a soberania impedem as atividades tradicionais dos Estados. Queremos preservar uma esfera de não-interferência? Como ela deveria ser definida? Que tipos de autoridades (Estados, ONGs, outros tipos de ANEs) podem operar legitimamente nas diversas esferas? Como decidimos? Deverão os mesmos direitos aplicar-se em todas as esferas? (tradução nossa, ênfase adicionada)¹³⁵

Deve-se indagar então onde ocorrem as violações de direitos humanos e, concomitante, até onde podemos esperar proteção; em que medida a esfera da não

¹³⁴ GOODHART, op. cit., p. 33. “In the liberal paradigm the creation of a ‘private’ realm of state non-interference is an essential step in preventing states’ violation of human rights. Human rights violations occur in relations between states and citizens—in public relationships—even though violations can include unwarranted state intrusion into the ‘private’ sphere. Like other aspects of the liberal paradigm we have considered, these distinctions are fraught with difficulties. First, the ‘private’ realm of ‘noninterference’ is in fact intensely regulated by the state. Laws regulating marriage, inheritance, welfare and pension provisions, women’s employment prospects, procedures for the reporting and prosecution of domestic abuse (including the attitudes of prosecutors and judges toward such claims), and other factors all structure the domestic environment in ways that have a direct impact on the protection and promotion of women’s right to security. The state quite literally creates the domestic sphere, right down to who counts as a husband and a wife (and who is not allowed to count as such). To then describe the family as a private sphere of noninterference defies all reason. The economic sphere is similarly structured by state regulation and oversight, though it too is defined as ‘private’.”

¹³⁵ Ibid., pp. 33 e 34. No original, “This umbrella of privacy shields wrongs done to women, children, and laborers from scrutiny within the liberal human rights framework. From its inception that framework saw the ‘private’ domains as areas where citizens’ interests dictated the regulatory substructure of relations while citizens’ rights precluded certain kinds of state intervention. Contradiction was only avoided because of the limited extension of citizenship in early liberal societies. Now, as citizenship has expanded to include nearly all adults in many liberal societies, the contradictions are inescapable: protection of the rights of some citizens requires interference in what have traditionally been considered the ‘private’ affairs of others. The puzzles, then, concern where human rights violations occur and, concomitantly, where human rights protections obtain. The family, the economy (including those transnational economic spaces that supposedly escape states’ reach), cyberspace—all are areas where privacy or sovereignty impedes states’ traditional activities. Do we want to preserve a sphere of noninterference? How should it be defined? What kinds of authorities (states, NGOs, other kinds of NSAs) can legitimately operate within the various spheres? How do we decide? Should the same rights apply in all spheres?”

interferência deve ser preservada e como podemos defini-la. Ainda importante, quais autoridades públicas estão autorizadas a interferir e como definir em qual esfera estaria o bem jurídico tutelado. Essas questões não possuem respostas unânimes, cabendo urgentemente um reexame das esferas pública e privada. Na verdade, a doutrina aponta há algum tempo que a divisão binária público/privada é deveras deficiente.

Kelsen, por exemplo, em *Teoria Pura do Direito*, nem mesmo reconhecia a dicotomia público/privada. Para ele, o Direito Privado não seria Direito, existindo somente o Direito estatal, já que não existiria esfera jurídica que não esteja regulada pelo Estado e que possa ser chamada de privada. Se é regulado pelo Estado, é público; entender um direito como privado seria entendê-lo como um não-Direito já que nos dois direitos está presente a vontade estatal, que ele chama de "dominação política"¹³⁶.

Gustav Radbruch, por sua vez, posiciona-se semelhantemente à Arend e afirma que o Direito se torna cada vez mais uma combinação de normas públicas e privadas, formando uma ordem jurídica de caráter social, inexistindo uma rigorosa fronteira. Ele afirma que “não há sentido de que cada campo de a lei deve ser suscetível de ser classificada inequivocamente como privada ou como pública; no direito do trabalho e no direito econômico, privado e público forma uma mistura indissolúvel”¹³⁷. Leonel utiliza-se dos estudos de Jürgen Schwabe e posiciona-se de forma similar, apontando que "especialmente no que concerne à verificação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, que é uma realidade do Estado Democrático de Direito, a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado exige ser superada"¹³⁸.

¹³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 197 e 198. O famoso jurista e filósofo austríaco explica que “se concebermos a distinção decisiva entre Direito público e privado como distinção de dois métodos de criação do Direito, se reconhecermos nos chamados atos públicos do Estado aqueles mesmos atos jurídicos que nos aparecem nos negócios jurídicos privados, sobretudo se nos dermos conta de que os atos que formam o fato produtor do Direito apenas são, em ambos os casos, o prolongamento do processo da chamada formação da vontade estadual, e de que, precisamente como no comando da autoridade, também no negócio jurídico privado apenas se realiza a individualização de uma norma geral - acolá, de uma lei administrativa, aqui, do código civil - então não se nos afigurará de forma alguma paradoxal que a Teoria Pura do Direito, do seu ponto de vista universalista - sempre dirigido ao todo da ordem jurídica como sendo a chamada vontade do Estado - veja também no negócio jurídico privado, tal como no comando da autoridade, um ato do Estado, quer dizer, um fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica. Por esta forma, a Teoria Pura do Direito relativiza a oposição, tornada absoluta pela ciência jurídica tradicional, entre Direito privado e público, transforma-a de uma oposição extra-sistemática, quer dizer, de uma distinção entre Direito e não-Direito, entre Direito e Estado, numa distinção intra-sistemática. [...] Uma análise crítica mostra, no entanto, que esta distinção não tem qualquer fundamento no Direito positivo”.

¹³⁷ RADBRUCH, Gustav. **The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin**. The 20th Century Legal Philosophy Series, Vol IV. Harvard University Press. 1950, p. 152. No original, “Finally, not in the sense that each field of law must be susceptible of being classed unequivocally as private or as public law; in labor law, or in the law of business regulation, private and public law form an indissoluble mixture”.

¹³⁸ LEONEL, Ana Leticia Anarelli Rosati. A Superação da Dicotomia Direito Público e Direito Privado: Uma Proposta Coerente com a Constitucionalização do Direito Civil. **XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, Florianópolis, 2015, p. 71.

1.2.5.6 Responsabilidade Jurídica

Outro obstáculo teórico no debate dos atores não estatais é sua falta de personalidade jurídica ou responsabilidade no âmbito internacional. Além da discordância do enquadramento desses atores, esse tema tem sua dificuldade aumentada pelo debate entorno da intangibilidade dos conceitos de sujeito, pessoa e participantes das relações jurídicas internacionais. Essas questões serão abordadas mais longamente na segunda parte deste trabalho em especial na seção 2.1.3.4 com o debate entorno dos diferentes conceitos de sujeito, pessoa e participante no Direito Internacional.

Resumidamente, a doutrina internacionalista não alcançou um consenso sobre a possibilidade de conferir personalidade jurídica para esses atores e, conseqüentemente, sobre a possibilidade de aferir obrigações aos mesmos. Como será abordado mais adiante, não há norma estabelecida sobre o assunto e, na jurisprudência, com exceção da opinião consultiva de 11 de abril de 1949 da Corte Internacional de Justiça¹³⁹, nada se concreta sobre o tema.

Atualmente, apenas reconhece-se a personalidade jurídica escalonada para a Organização das Nações Unidas, o que efervesceu as teorias doutrinárias sobre reconhecimento de personalidade para outras organizações internacionais análogas e até para outros ANE. Ainda assim, há de se pontuar que parte da doutrina segue negando o reconhecimento desses entes como sujeitos de direito ou pessoas plenas, aptas a contrair deveres e direitos. Essa impossibilidade aparente de participar plenamente das Relações Internacionais obrigaria os atores ao ostracismo e evidencia um pensamento circular insensato visto que os ANE, por não serem sujeitos ou pessoas não possuem obrigações e, por não

¹³⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Advisory Opinion of 11 April 1949. **Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em 2 de agosto de 2023. A questão relativa à reparação dos danos sofridos a serviço das Nações Unidas foi submetida à Corte pela Assembléia Geral das Nações Unidas. A seguinte pergunta foi feita pela ONU à CIJ: se um agente das Nações Unidas, no desempenho de suas funções, sofrer algum dano em circunstâncias que envolvam a responsabilidade de um Estado, as Nações Unidas têm competência para propor uma ação internacional contra o governo responsável, a fim de obter reparação pelos danos causados? Apesar de responder positivamente, a CIJ destacou várias observações preliminares sobre a questão: que a competência para apresentar uma reclamação internacional é certamente uma competência estatal; que perguntar se a ONU também a teria seria reconhecer que a Organização tem personalidade internacional; que a Carta das Nações Unidas não resolve essa questão expressamente; e, finalmente, que, em virtude da importância de suas atividades, responsabilidades e capacidade de atuar em nível internacional, a Organização possui em grande medida uma personalidade internacional.

terem capacidade de contrair deveres, não podemos conferir a esses atores sujeição nem personalidade jurídica¹⁴⁰.

1.2.6 Participação na sociedade internacional

Nas últimas décadas houve um aumento inegável de participação de atores não estatais na tomada de decisões políticas ao nível internacional. Enquanto alguns autores alegam que esse desenvolvimento aumenta a legitimidade da governança global, críticos argumentam que *non-state actors* não são uma panaceia para democratização da governança global porque não possuem responsabilidade ou regulação internacional e representam muitas das vezes os interesses dominantes¹⁴¹. Independente do posicionamento adotado, entender a dinâmica e argumentos das participações atuais desses agentes na política internacional é válido para o estudo teórico e prática da governança global. Ao melhor entender quais são os fatores que poderiam legitimar a presença dos atores não estatais na tomada de decisões internacionais, pode-se justificar a autoridade, sopesar a influência política dos atores internacionais e prever possibilidades de futuros cenários.

Em geral, no que tange a legitimidade dos atores não estatais há duas abordagens principais: considerar sua participação indesejável a partir da premissa de que o Estado é a fonte principal de legitimidade e autoridade no direito internacional; ou considerar que a dinâmica globalizatória reconfigurou o que se entendia por governança global, abraçando participações outras que as clássicas estatais.

A literatura sobre atores não estatais algumas vezes abordou como esses agentes poderiam modificar positivamente o modelo atual de governança global, ajudando a melhorar o déficit de legitimidade. Backstrand, Hjerpe e Nasiritousi¹⁴² apontam três argumentos normativos para inclusão dos atores não estatais no *policymaking*: funcionalismo, neocorporativismo e pluralismo democrático. Como veremos, enquanto o funcionalismo

¹⁴⁰ D'ASPREMONT, Jean. Inclusive Law-Making and Law-Enforcement Processes for an Exclusive International Legal System. In: D'ASPREMONT, Jean (ed.). **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. Routledge, 2011, p. 433, "envisaging the question of legal personality in terms of rights and duties bears the risk of circularity. Rights and duties presuppose the existence of legal personality whereas legal personality only manifests itself through the existence of rights and duties".

¹⁴¹ NASIRITOUSI, Naghmeh, HJERPE, Mattias e BÄCKSTRAND, Karin. Normative arguments for non-state actor participation in international policymaking processes: Functionalism, neocorporatism or democratic pluralism? **European Journal of International Relations**, vol. 22, n. 4, 2016, p. 921.

¹⁴² Ibid., p. 920-943.

realça a contribuição desses agentes ao conferir legitimidade em termos de expertise, o neocorporativismo enfatiza a inclusão de interesses afetados e a pluralidade democrática reclama um aumento da legitimidade em processos de valor. Cada argumento oferece entendimentos dos motivos para inclusão e representação dos atores não estatais nas negociações internacionais e diplomacia.

Antes de expor os argumentos normativos para aceitação desses atores na sociedade internacional, cabe lembrar brevemente alguns conceitos-chave clássicos no estudo do Direito Internacional e Relações Internacionais tais como Governança Global, Sociedade Internacional, legitimidade e diplomacia.

1.2.6.1 Breve consideração sobre Governança Global

Apesar do conceito amplo e pouco operacional, os teóricos da governança em geral concordam que a mesma existe onde quer que esforços de coordenação social sejam empreendidos a fim de exercer autoridade, regular práticas sociais ou resolver problemas em áreas de interesse público. De qualquer modo, quando inserida no contexto das relações internacionais, persiste o problema de como exercer autoridade e obter obediência, tomar decisões e efetivá-las na ausência de um governo mundial e, portanto, de mecanismos de governança hierárquica, de comando, controle e sanção.

A Comissão sobre Governança Global da ONU chegou à uma ampla definição de governança como meio e processo capaz de produzir resultados eficazes¹⁴³.

Governança é a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns [...]. Governança diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendam aos interesses das pessoas e instituições [...]. No plano global, a governança foi vista primeiramente como um conjunto de relações intergovernamentais, mas agora deve ser entendida de forma mais ampla, envolvendo organizações não-governamentais (ONG), movimentos civis, empresas multinacionais e mercados de capitais globais. Com estes interagem os meios de comunicação de massa, que exercem hoje enorme influência.

Cabe destacar na doutrina a contribuição de Rosenau, segundo o qual governança é o exercício sistemático de autoridade, visando definir políticas e perseguir objetivos, o que

¹⁴³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Sobre Governança Global. **Nossa Comunidade Global**. O Relatório da Comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996, p. 2.

ocorre em todos os níveis de atividade humana, do local ao internacional. Pode envolver atores públicos ou privados; regras formais ou práticas costumeiras e hábitos informais, não se confundindo, portanto, com a noção de governo, que pressupõe o monopólio do uso legítimo da coerção. Para que haja governança não é necessária uma autoridade em condições de efetivar decisões coercitivamente sobre todos. Pode-se formular normas e implementar políticas mediante arranjos institucionais não hierárquicos e práticas dotadas de um alto grau de informalidade.

Governança não é o mesmo que governo. Os dois conceitos referem-se a um comportamento visando um objetivo, a atividades orientadas para metas, a sistemas de ordenação; no entanto governo sugere atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas, enquanto governança refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências. Em outras palavras, **governança é um fenômeno mais amplo que governo**; abrange as instituições governamentais, mas implica também mecanismos informais, de caráter não-governamental, que fazem com que as pessoas e as organizações dentro da sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas (ênfase adicionada)¹⁴⁴.

Há ainda uma constante evolução do termo, tendo os primeiros significados doutrinários de Governança Global feito referência às transformações provocadas pela globalização no campo político. A segunda perspectiva dava destaque à emergência de uma sociedade civil global e criticava às abordagens estadocêntricas, apontando o surgimento de novos atores na cena internacional como a principal ruptura da ordem mundial. Outra utilização do termo governança global aplica-o no contexto da teoria dos regimes internacionais, visando superar algumas de suas deficiências, em particular sua fragmentação em áreas temáticas (*issue-area*) das relações internacionais¹⁴⁵.

Nesse sentido, pela terceira e última perspectiva, observa-se a proliferação de regimes internacionais nas mais diversas áreas – meio ambiente, segurança, comércio, direitos humanos – transformou a regulação mundial em uma “colcha de retalhos”, com frequente sobreposição entre normas e lacunas normativas, ao invés de formar um sistema planejado e organizado. O resultado é a falta de transparência, déficits de participação e a virtual ausência

¹⁴⁴ ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial. In: **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. ROSENAU, James N. e CZEMPIEL, Ernst-Otto. Ed. Unb e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p. 15.

¹⁴⁵ BENTO, Leonardo Valles. Governança Global: uma abordagem conceitual e normativa das relações internacionais em um cenário de interdependência e globalização. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007, pp. 246-297. Falaremos um pouco mais sobre a fragmentação do Direito Internacional na terceira parte, ponto 3.1.1.4.

de mecanismos e critérios de responsabilização pelas decisões (*accountability*). O conceito de governança global nesse sentido tenta funcionar como um sistema que preencha a pluralidade de regimes, interligando-os de acordo com princípios estabelecidos em um processo político, conferindo-lhes coerência, unidade de objetivos e preenchendo eventuais lacunas jurisdicionais¹⁴⁶.

Entre as críticas à crescente utilização do conceito de governança global inclui-se o dilema trazido pela aparição de novos atores (que seguem compartilhando funções de governança, constituindo assim redes decisórias híbridas e exercendo autoridade privada em mecanismos de autogovernança) e a falta de transparência em relação ao *locus* da autoridade e, portanto, da responsabilidade pelas decisões. Outra crítica feita ao conceito de governança é seu suposto viés tecnocrático. Assim sendo, seu princípio de legitimação reside antes na eficiência da regulação (*problem solving*) do que na representatividade ou no caráter democrático do procedimento. Ante essa realidade, alegam os críticos, o conceito de governança não deve excluir formas tradicionais de decisão política, como a política parlamentar ou a alocação autoritativa de valores mediante deliberação por órgãos representativos. Por conseguinte, o maior inconveniente da governança global, nessa linha de raciocínio, é seu utopismo tecnocrático e sua pretensão de exercer autoridade e regular completamente à margem das relações de poder e mediante exclusão da política e seu excesso de confiança na possibilidade de transpor mecanismos gerenciais típicos do setor privado para o interior de mecanismos de decisão política¹⁴⁷.

Um posicionamento otimista enxerga esse *boom* de atores não estatais como algo positivo e a ser encorajado. O argumento não é de que "quanto mais melhor; pelo contrário, é a favor da necessidade de compreender a evolução passada e as perspectivas futuras para uma governança global aprimorada"¹⁴⁸. O crescimento desses atores auxiliaria a formação de uma estrutura em rede de interconexões globais, com contribuições reais ou potenciais identificáveis e distintas para a governança global. Esse aumento quantitativo constituiria uma

¹⁴⁶ Ibid., p. 227.

¹⁴⁷ Ibid., pp. 227-231.

¹⁴⁸ WEISS, Thomas G., SEYLE, D. Conor e COOLIDGE, Kelsey. *The Rise of Non-State Actors in Global Governance: Opportunities and Limitations*. **One Earth Future Foundation**, 2013, pp. 10-11. "Data concretely shows that states are no longer the sole—or in some instances, even the most crucial—actors in the existing world order, which has long been a claim documented by researchers. The ever-more-crowded governance stage means that 'States ability to control or regulate [global economic growth] has diminished, while nonstate actors' efforts to shape or tame it have increased [and this fact] points out that non-state actors have not only participated in global governance but have also been involved in its construction. The so-called third wave of democratization has facilitated the growth of non-state actors in global governance, which in turn has supported networks of various types in fostering additional transnational interactions."

mudança na qualidade da governança global pois significaria mais partes interessadas em encontrar uma solução¹⁴⁹.

1.2.6.2 Sobre a chamada Sociedade Internacional

Antes de discorrer sobre o conceito de Sociedade Internacional cabe comentar a diferenciação feita pelos internacionalistas entre Comunidade e Sociedade Internacional. O primeiro termo significaria a existência de amizade ou ligações espontâneas entre os Estados visando um objetivo comum através de um comprometimento natural e profundo. Já a expressão Sociedade Internacional alude a um pacto voluntário e uma a necessidade de cooperação que os une os Estados em torno de objetivos comuns. Mosler anuncia em seu curso na Academia de Direito Internacional de Haia que a sociedade internacional atual (apesar do texto ser de 1974, o entendimento permanece atual) não se confunde com uma comunidade, já que inexistente um conceito ideal apoiado por todos os membros e há necessidade de um fórum de discussão, procedimentos e negociações nas quais princípios e regras possam nascer¹⁵⁰. Não obstante, a doutrina reconhece que o conceito de Sociedade Internacional é um conceito em mutação que pode ser modificado no futuro com a presença de novos atores nas relações internacionais¹⁵¹.

Ora, a formação da ordem internacional baseia-se na ideia de vontade dos seus partícipes (ainda que não espontânea), visando a determinados objetivos e finalidades comuns, o que está a caracterizar um agrupamento nitidamente do tipo societário, e não comunitário. Enquanto nessa última os que ali estão pertencem a ela, naquela outra (na sociedade) os que dela fazem parte apenas participam dela. E mais: enquanto a comunidade transmite a ideia de convergência e de coesão moral dos seus membros (com nítidos valores éticos comuns), a sociedade demonstra a

¹⁴⁹ "Particularly interesting in this regard is the increasing number of corporate entities participating in governance, a non-traditional role for corporations usually interested in 'just business'". Idem.

¹⁵⁰ MOSLER, Herman. *The International Society as a Legal Community*. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Volume 140, 1974, p. 42, "Independent States are not only the necessary and primary subjects of the international community—one can also call them its constituent members. The constituent members of a given society, of whatever kind it may be, determine its political shape and thus constitute the society as a community. The States have in the present stage of history not yet forfeited their inherent power in forming this society as an organised community. The quality of constituent members is possessed only by independent entities. Only they are capable of creating law in the international sphere and of constituting secondary subjects of international law. The legal capacity of all other entities does not include this capability".

¹⁵¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª ed. rev., atual e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 63.

ideia de divergência entre eles, fazendo primar - nesse último caso - a normatização (legislação, tratados etc.) reguladora de conflitos¹⁵².

Apesar da expressão comunidade internacional não ser aceita pela maioria da doutrina, a mesma ainda continua a ser utilizada em documentos internacionais e pela ONU corriqueiramente. Portela, ao analisar esses instrumentos, argumenta que "já é possível defender a existência de uma comunidade internacional, à luz de problemas globais que se referem a todos os seres humanos, como a segurança alimentar, a proteção do meio ambiente, os desastres naturais, os direitos humanos e a paz"¹⁵³

Malgrado o debate sobre a impossibilidade de formar uma Comunidade Global, hoje seguramente vivemos em uma Sociedade Internacional que é decididamente jurídica¹⁵⁴ e fruto do desenvolvimento histórico da humanidade. Mosler comenta que a sociedade tal como entendemos hoje não existe desde o início das relações sociais e por longos períodos da História houveram tentativas rudimentares (sem o aspecto legal, meras relações fragmentadas) e, apenas quando se percebeu a existência de direitos e obrigações mútuas entre grupos e instituições de características similares, nasceu a sociedade internacional. Além de compartilhar semelhanças, o pré-requisito dessa sociedade foi e continua sendo a coexistência de muitas unidades organizadas sem subordinação à uma autoridade superior que, conforme prelecionava Grotius, *qui iudicem communem nullum habent* (àqueles sem juiz comum)¹⁵⁵. Essa sociedade possui então uma origem baseada em dois aspectos principais: fato (existência de governos soberanos paralelos) e consciência (das regras legais que substituirão a "autoridade superior comum não-existente"¹⁵⁶). Após seu nascimento, essa sociedade rapidamente tornou-se complexa devido a quatro fatores principais¹⁵⁷: aumento no número de Estados soberanos decorrente do processo de independência e descolonização; o elemento organizacional de institucionalização da cooperação mundial, que deu origem à Liga das Nações e à ONU; percepção de interdependência econômica e técnica entre as grandes potências; e, finalmente, o redescobrimto do Homem como objeto (e posteriormente detentor) de direitos ao nível internacional.

¹⁵² Ibid., p. 65.

¹⁵³ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e Privado**. 9a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

¹⁵⁴ MOSLER, op. cit., p. 14.

¹⁵⁵ Ibid., p. 17.

¹⁵⁶ Ibid., p. 19.

¹⁵⁷ Ibid., pp. 27-31.

Após vislumbrar o percurso da formação da Sociedade Internacional, Mosler ousa estabelecer dois elementos necessários¹⁵⁸: a) convergência entre as doutrinas políticas, máximas e ideologias dos países que a formam e b) relações amistosas de cooperação, ânimo de superar as diferenças. Por fim, dentre o exposto supra, podemos apontar como principais características da Sociedade Internacional sua universalidade, heterogeneidade (é corrente minoritária o entendimento de que essa sociedade seria interestatal¹⁵⁹) e descentralizada. Com base na formação, características e requisitos dessa sociedade, pode-se perceber que desde seu início consideram-se influências outras que o Estado. Percebe-se, por conseguinte, que os atores estatais não desempenham um papel central, institucional ou concreto, mas sim uma participação permanente e contínua, com influência limitada em termos absolutos, porém claramente "observável"¹⁶⁰. Esses terceiros atuam continuamente no debate e tomada de decisões internacionais em "caráter consultivo, opcional, a critério da discricionariedade dos Conselhos e Órgãos dirigentes"¹⁶¹. Eles possuem uma presença efetiva, desempenho de qualidade, marcada capacidade técnica e maior de informalidade e independência que os Estados.

1.2.6.3 Legitimidade normativa versus legitimidade sociológica

Um problema sério decorrente do debate sobre governança e sociedade global é como averiguar a legitimidade dos agentes envolvidos; isto é, se esta pode ser construída a partir da participação crescente dos atores não estatais nas decisões e nas formulações de políticas estratégicas¹⁶². Em geral, no que tange a legitimidade dos atores não estatais há duas abordagens principais: considerar sua participação indesejável a partir da premissa de que o Estado é a fonte principal de legitimidade e autoridade no direito internacional; ou considerar

¹⁵⁸ Ibid., pp. 37-44.

¹⁵⁹ PORTELA, op. cit., p. 35.

¹⁶⁰ GONÇALVES, Arlindo. O conceito de governança. **XV Congresso Nacional do CONPEDI/UEA** - Manaus: Anais de Congresso. 2006, p. 12.

¹⁶¹ Idem. "Algum cuidado, porém, deve existir quando se analisa o papel da sociedade civil e dos atores não-estatais no cenário internacional. Não se deve imaginar que seu papel é central e decisivo. Analisando a influência de organizações não-governamentais ambientalistas, como o *Greenpeace*, *Friends of the Earth International*, *World Conservation Union* e o *WWF*, nos trabalhos que resultaram na Convenção de Mudança Climática e Convenção da Diversidade Biológica, ambas assinadas na Rio-92, Bas Arts conclui que "a influência foi limitada em termos absolutos (tendo tido 'alguma' influência, ou 'substancial' influência em poucos casos), mas foi bastante boa em termos relativos (mais influente que a comunidade empresarial, pelo menos como influência observável)".

¹⁶² Ibid., p. 8.

que a dinâmica globalizatória reconfigurou o que se entendia por governança global, abraçando participações fora das clássicas estatais.

O estudo da legitimidade está longe de ser consensual, porém é imprescindível para associação entre titularidade e exercício de um poder. Ela foi tratada por Kelsen como expressão da lei, o que demonstra confusão entre legalidade e legitimidade¹⁶³ ao atrelar essa última à obediência ao procedimento determinado pelo ordenamento jurídico. A legitimidade normativa, baseada na teoria democrática, enfatiza a necessidade de responsabilização, transparência, acesso à participação e deliberação como peças chave para tomada de decisões. Diferentemente à essa legitimidade legal/normativa está a legitimidade sociológica, geralmente associada à Habermas¹⁶⁴ e envolvendo direito, política e moral. Sob essa ótica, considera-se legítimo o direito que conseguiu a aceitação racional por parte de todos os membros, numa formação discursiva de opinião de vontade. Dessa maneira, enquanto a legitimidade normativa preocupa-se com a justificação da autoridade, a legitimidade sociológica/política significa a aceitação da decisão ou titular do poder decisório.

Parte da doutrina que defende a participação dos atores não estatais no *policymaking* internacional argumenta que sua legitimidade democrática se percebe nos atuais arranjos de governança global¹⁶⁵. Além das teorias normativas das forças democratizantes dos *non-state actors* (tópico a seguir), a abordagem da legitimidade sociológica justifica a inclusão desse ator por sua percepção de adequação prática. Nesse sentido, a legitimidade é concebida como a percepção generalizada ou assunção de que as ações de uma entidade são desejáveis, respeitáveis ou adequadas na construção de normas, valores, crenças e definições¹⁶⁶. Em outras palavras, a inclusão dos atores não estatais no *policymaking* internacional pode ser legitimada se suas práticas forem percebidas como desejáveis ou apropriadas pela comunidade de atores¹⁶⁷.

¹⁶³ "O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade". KELSEN, op. cit., p. 146. Mais adiante em mesmo livro, p. 192, "o princípio segundo o qual uma norma só deve ser posta pelo órgão competente, isto é, pelo órgão que para tal recebe poder de uma norma superior, é o princípio da legitimidade. Ele é, como já verificamos, limitado pelo princípio da eficácia".

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Ed Tempo brasileiro, Rio de Janeiro, 1997. "Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente", p. 213.

¹⁶⁵ NASIRITOUSI, HJERPE e BÄCKSTRAND, op. cit., p. 924.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Esse entendimento concorda com a definição de Governança Global da ONU (de meios e fins) e com o conceito mais recente adotado pela doutrina, conforme exposto no ponto anterior 1.2.6.1.

Assim sendo, em geral a doutrina enxerga a legitimidade dos atores não estatais atrelada aos valores como representação da sociedade e efetividade. Essa representatividade significaria apoio tanto em termos quantitativos (população) quanto qualitativos (*experts* e autoridades); já a eficácia refere-se à rapidez e *expertise* para resolução de conflitos ou ameaças internacionais. O problema desse respaldo é quando que ele aparenta ultrapassar a legitimidade democrática pois esse embasamento representação/eficiência seria "volátil, não comprometido e difícil de valorar" tornando essa legitimidade instável em algum momento¹⁶⁸.

Finalmente, ainda sobre o tema da legitimidade desses novos atores, desponta-se comentário de d'Aspremont que o considera uma "dor de cabeça autoinfligida" para a doutrina que atingiu um "paradoxo agudo"¹⁶⁹. O internacionalista franco-belga considera que a inclusão de atores não estatais no mandato do direito internacional visa abrir caminho para uma maior legitimidade e responsabilidade (preconizados pelo Constitucionalismo e Direito Administrativo Global) não havendo, entretanto, o equipamento necessário para garanti-las no direito internacional. Esse paradoxo estimularia a doutrina a inventar ferramentas e conceitos atuais totalmente ausentes do direito internacional.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ-ALFARO, Teresa La Porte. Influencia de los Actores Internacionales No Estatales em las Estrategias Diplomáticas: Consideraciones desde la Comunicación Pública. **Comillas Journal of International Relations**, n. 6, 2016, p. 35. "El poder de los actores no-estatales es poder de influencia. Es decir, se fundamenta en su habilidad para configurar las decisiones de los que, por el momento, conservan la capacidad de legislar, juzgar y ejecutar en el espacio internacional: los gobiernos nacionales (o actores estatales). También es denominado «micro poder»: poder de vetar, contrarrestar, combatir y limitar el margen de maniobra de los grandes actores. Una cuestión previa a la descripción del tipo de poder que ejercen es la autoridad con que lo hace. ¿En qué se basa o qué lo determina? El poder de influencia de los actores no estatales está determinado por cómo se perciba públicamente su **legitimidad** para intervenir en unas circunstancias determinadas. Esa legitimidad se fundamenta en la **representatividad** que demuestren tener, tanto en términos cuantitativos (población civil que les respalda) como cualitativos (expertos o autoridades políticas que les avalen) y en la **eficacia** con que sean capaces de afrontar o resolver un problema, amenaza o conflicto internacional" (ênfase no original).

¹⁶⁹ D'ASPREMONT, 2011, op. cit., p. 435. "To a significant extent, problems of legitimacy and accountability fuelled by the activities of non-state actors on the international plane, are, as far as international lawyers are concerned, a self-inflicted headache. It is because international lawyers have come to consider that non-state actors fall within the remit of international law that legitimacy and accountability have been turned into a problem that international lawyers ought to be concerned with. Had non-state actors been left out of international lawyers' abstract constructions, questions of legitimacy and accountability would not have arisen under the umbrella of the international legal system and would have remained on the plate of other disciplines. Yet, if this is true, the whole debate pertaining to legitimacy or accountability among international lawyers is riven by an acute paradox. Indeed, to many international lawyers, the inclusion of non-state actors in the remit of international law is meant to pave the way for greater legitimacy and accountability. For instance, this has been one of the goals pursued by constitutionalism as well as other approaches, like Global Administrative Law – which are not specifically analysed in this volume. This is also something I have explored elsewhere. Yet, international law is ill-equipped to ensure legitimacy and accountability. It is this paradox that prods international lawyers to invent the necessary tools and concepts to tackle legitimacy and accountability problems which are currently totally absent from international law".

1.2.6.4 Funcionalismo, neocorporativismo e pluralidade democrática

De todo material produzido sobre os atores não estatais, é consenso na doutrina que a participação deles nos procedimentos intergovernamentais são identificadas como positivas já que acabam por contribuir na tomada de decisões ao auxiliar na busca por soluções, compartilhar dados e *expertise* além de exigir transparência estatal, fortalecendo a qualidade democrática dos debates internacionais. “Em outras palavras, os atores não estatais podem contribuir ajudando no *input* de legitimidade ao fortalecer valores processuais ou no *output* de legitimidade ao melhorar a performance dos resultados”¹⁷⁰.

Nasiritousi, Hjerpe e Bäckstrand organizam três argumentos normativos para inclusão dos atores não estatais na tomada de decisões internacional: funcionalismo, neocorporativismo e pluralismo democrático. Em poucas palavras, o funcionalismo destaca a habilidade técnica dos *non-state actors*, o neocorporativismo os considera como procuradores dos lesados pela tomada de decisões enquanto o pluralismo enfatiza o potencial democrático desses agentes aos anseios de grupos marginalizados.

Dessa maneira, o primeiro dos argumentos racionais destaca o potencial de contribuição desses terceiros não estatais para encontrar soluções e legitima sua diligência e resultados adquiridos. O funcionalismo enfatiza fortemente a habilidade do especialista em maximizar o bem estar geral e despolitizar o processo decisório. Esse argumento baseia-se em direcionar o debate internacional em dados técnicos e *expertise* como maneira de conferir-lhe legitimidade. Essa lógica favoreceu a inclusão de atores não estatais como comunidades epistêmicas, já que elas poderiam aportar informações apolíticas e imparciais além de especialistas que fortaleceriam um processo decisório baseado em evidências e fatos¹⁷¹. É uma análise racional voltada para resultados que priorizam o conhecimento especializado, ideal para ciências naturais e técnicas, finalizando ajudar os Estados a tomarem as melhores e mais eficientes decisões.

No início das considerações sobre essa fundamentação, muito se criticou¹⁷² o intergovernamentalismo, a prática de dominância contemporânea de governança global. Nessa medida, as raízes legitimadoras das negociações intergovernamentalistas dão-se entre Estados

¹⁷⁰ NASIRITOUSI, HJERPE e BÄCKSTRAND, op. cit., p. 925. Em texto de origem, “In other words, NSAs may contribute to improving ‘input’ legitimacy by strengthening procedural values, or ‘output’ legitimacy by improving the performance of outcomes”.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² Idem.

soberanos com autoridade formal de decisão. O neofuncionalismo, por sua vez, diferindo da original rejeição ao intergovernamentalismo funcionalista, enfatiza o papel dos atores não estatais em canalizar suas vozes e experiências e melhorar a efetividade e performance do multilateralismo nos processos decisórios. Atualmente incluir *non-state actors* ou outras fontes de conhecimento especializado seja governamental ou de ONGs é visto como uma estratégia para legitimar as decisões tomadas.

O segundo argumento normativo salienta que a inclusão dos acionistas ou terceiros que possam ter seus interesses afetados deve contribuir no *decision making* internacional. O neocorporativismo enfatiza então o valor que alguns setores têm para assegurar a adesão à certas políticas. Dessa forma, o papel dos atores não estatais, de acordo com essa segunda lógica, é também representar esses interesses capazes de tornarem as decisões eficazes na prática real. É a ligação entre legitimidade e eficácia que apenas será abrilhantada através da institucionalização da participação e representação de esferas como a do mercado, dos acionistas e da sociedade civil¹⁷³. Essa lógica reconhece que essas esferas podem ter interesses conflitantes entre si, porém consideraram importante atentar para todas as forças, mesmo que políticas ou privadas.

O argumento do pluralismo democrático, por sua vez, enfatiza o potencial da sociedade civil e outras organizações através do fortalecimento de valores procedimentais tais como a transparência, representação, inclusão e responsabilização. Nesse argumento preocupa-se com o controle democrático do discurso político e fortalecimento das instituições. Considera-se então que um fator chave para o cultivo de uma democracia transnacional é facilitar o diálogo público entre o Estado e aqueles afetados por suas decisões. O cenário internacional deveria ser o palco para todas as nações e elas devem participar do debate através de um processo transparente, justo e responsável. A sociedade civil tem um papel crucial pois caberia a ela cobrar que haja no *decision making* um escrutínio público dos argumentos, debates e escolhas feitas. Uma democracia pluralista deveria incluir a atividade dos atores não estatais para que eles fiscalizassem os governos e possíveis barganhas políticas, fortalecendo a representatividade e empoderamento das minorias.

Esses três papéis possíveis dos *non-state actors* podem ser incompatíveis e, por vezes, um deles irá se sobrepor ao outro. Nasiritousi, Hjerpe e Bäckstrand frisam ainda a necessidade de considerar que “diferentes públicos e Estados, sociedades civis globais ou atores da economia podem ter um critério ou considerações diferentes sobre legitimidade e seus *imput*

¹⁷³ Ibid., p. 926.

(procedimental), *output* (desempenho, eficiência), ou mais noções de sua ‘substancia’ (valores de justiça e equidade)”¹⁷⁴.

1.2.6.5 Possibilidades diplomáticas

A ascensão e proliferação dos atores não estatais claramente modificou a maneira como as relações internacionais são conduzidas e impulsionou o nascimento de configurações alternativas e reexame de valores universais e assuntos transnacionais. Esses terceiros não estatais exercem um poder de influência que aconselha a adaptação da diplomacia tradicional, mesmo que sua legitimidade para intervenção nesse campo seja discutível. Há quem defenda sua legitimidade argumentando que a mesma seria justificada por sua representatividade e eficácia (conforme vimos em pontos anteriores). Defende-se nessa visão que eles contribuem freando as ameaças globais e representando a cidadania quantitativa e qualitativamente, porém, para exercer essa representação, necessitam "gerir a comunicação pública" para "difundir mensagens convincentes e coerentes para atrair o apoio do público"¹⁷⁵.

Fernández-Alfaro comenta que o tema é controvertido pois, do ponto de vista jurídico, o Estado é o agente diplomático por excelência conforme estabelecido em Convenção de Viena Sobre Relações Diplomáticas de 1964¹⁷⁶. Entretanto, existe um apelo público progressivo de que organizações internacionais, ONG, grupos religiosos e centros de investigação participem dos processos de diálogo e tenham um maior protagonismo na tomada de decisões. A mesma autora apresenta três motivos para essa perda do poder diplomático absoluto do Estado: generalização do uso de redes sociais, protagonismo da sociedade civil e a migração massiva. Esses fatores embaçam as fronteiras e criaram um contexto que provocou uma crise de legitimidade, eficácia e identidades estatais e os impulsiona a negociar e relacionar-se com outros agentes para manutenção de sua autoridade e poder.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ-ALFARO, op. cit., p. 28.

¹⁷⁶ Apesar do texto da Convenção em nenhum momento mencionar a competência exclusiva do Estado e a funções e objetivos da missão diplomática serem basicamente o estabelecimento de relações amistosas, esse instrumento, como tantos outros no direito internacional, tem redação voltada para o Estado, desconsiderando a participação de outros (quando muito há menção às Nações Unidas). BRASIL. Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965. **Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas**. Conferência das Nações Unidas sobre Relações e Imunidades Diplomáticas. Viena, 18 de abril de 1961. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm. Acesso em 2 de agosto de 2023.

Ainda neste mesmo trabalho é apontado a evolução do próprio conceito de poder. Antes entendido como impositivo (*hard power*), ele hoje é entendido como atividade de convencimento que requer diálogo e aceitação voluntária das partes (*soft power*), caminhando para um equilíbrio entre as duas atitudes (*smart power*).

O próprio conceito de poder evoluiu de um conceito mais imponente (*hard power*) rumo a uma atitude mais igualitária que requer diálogo e aceitação voluntária de políticas (por convicção) por parte de outros atores (*soft power*) ou o estabelecimento de um equilíbrio entre as duas atitudes (*smart power*). Outras análises propõem uma transformação ainda mais inovadora e proclamam o estabelecimento de um “poder social” que consideram menos linear, mais fluido e no qual as relações comunicativas desempenham um papel essencial (*social power*). [...] A diplomacia exercida pelos Estados até à data não evitou o relacionamento com atores não estatais: os governos têm estado muito conscientes da colaboração que as organizações não estatais podem proporcionar do ponto de vista do conhecimento no terreno, da experiência e do apoio da sociedade. Mas muitas vezes limitaram-se a utilizá-los como fontes de informação ou como instrumentos na aplicação das medidas decididas sem a sua aquiescência. A mudança que a diplomacia estatal deve agora enfrentar é a introdução destes representantes da sociedade civil nos processos de tomada de decisão e na participação efetiva. A relação com intervenientes não estatais enquadra-se em grande parte na competência específica da diplomacia pública. Entendida como a comunicação dos objetivos da política externa aos públicos internacionais, ela seria responsável pelas ações de informação e estabelecimento de relacionamento com o público (tradução nossa)¹⁷⁷.

Em geral os Estados limitavam-se a utilizar os atores não estatais como fontes de informação; hoje afrontam-se com a introdução desses agentes nos processos de decisão e participação efetiva. Essa competência específica para a diplomacia, apesar de não prevista em nenhum instrumento internacional, concorda com a "nova diplomacia pública"^{178 179} e

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ-ALFARO, op. cit., p. 30, citação original e completa “El propio concepto de poder ha evolucionado desde un concepto más impositivo (*hard power*) hacia una actitud más igualitaria que requiere el diálogo y la aceptación voluntaria de las políticas (por convencimiento) por parte de los demás actores (*soft power*) o el establecimiento de un equilibrio entre las dos actitudes (*smart power*). Otros análisis proponen una transformación todavía más innovadora y proclaman el establecimiento del “poder social” que consideran menos lineal, más fluido y en el que las relaciones comunicativas juegan un papel esencial (*social power*). En ese contexto, Naim considera que ‘el noble arte de gobernar hoy depende de una habilidad mucho más manipulativa y pragmática: la de formar y mantener una coalición’. La diplomacia ejercida por los estados hasta el momento no ha eludido la relación con los actores no-estatales: los gobiernos han sido muy conscientes de la colaboración que las organizaciones no estatales puede aportar desde el punto de vista del conocimiento sobre el terreno, de la experiencia y del respaldo de la sociedad. Pero con frecuencia se han limitado a utilizarlas como fuentes de información o como instrumentos en la aplicación de las medidas decididas sin su presencia. El cambio que la diplomacia estatal debe afrontar ahora es la introducción de esos representantes de la sociedad civil en los procesos de decisión y en la participación efectiva. La relación con los actores no-estatales recae en buena medida sobre la competencia específica de la diplomacia pública. Entendida como la comunicación de los objetivos de política exterior a las audiencias internacionales, le corresponden las acciones de información y establecimiento de relaciones con los públicos”.

¹⁷⁸ Idem. A diplomacia pública tradicional é entendida como a comunicação dos objetivos de política exterior às audiências internacionais, sendo responsável pelas ações de informação e estabelecimento de relações com os públicos em geral. Já a "nova diplomacia pública" enfatiza o estabelecimento de relações de diálogo com a cidadania e interação com as sociedades que a representam. Ela está significativamente ligada à Teoria Relacional das Relações Públicas e "enfatiza a identificação de criterios de calidad que aseguren que la relación

canaliza-se principalmente através de ações de comunicação pública. Assim sendo, do ponto de vista da comunicação pública valora-se que¹⁸⁰:

- a) As agendas internacionais sejam relevantes incluam interesses primordiais para a sociedade internacional e proponham soluções inovadoras e flexíveis que permitam negociações e transações entre os diversos atores internacionais;
- b) A narrativa utilizada publicamente para explicar a instituição e seus objetivos seja coerente com a identidade, expondo uma atitude de aberta colaboração e aumentando sua credibilidade através da transparência de seus princípios e limitações (concordância entre o que se diz que é, o que faz e o que propõe fazer);
- c) Essa mesma narrativa seja construída também com ações, não sendo exclusivamente uma mensagem oral/escrita, incluindo-se atitudes e comportamentos unidos ao objetivo que se pretende alcançar;
- d) Esteja disposto a estabelecer relações tanto com os Estados quanto com outras organizações da sociedade, permitindo a integração de diferentes interlocutores e favorecendo a cocriação de políticas, ações conjuntas e soluções colaborativas.

O atual contexto internacional é resultado de rápidas transformações que afetaram o exercício de poder, levando a um "polilateralismo" no âmbito da diplomacia. Nesse sentido, há uma necessidade de que diversos atores de natureza distinta atuem em colaboração,

entre la organización (diplomática) y los públicos (actores no-estatales y ciudadanía) es efectiva: es decir, que existe mutualidad en la definición de los objetivos, co-decisión en el diseño de la política y co-participación en su aplicación".

¹⁷⁹ Dentre os novos entendimentos sobre a diplomacia pública destaca-se a "paradiplomacia". Conceitua-se como "o envolvimento direto ou autônomo das unidades federadas em atividades de relações internacionais cooperativas ou paralelas. A atuação cooperativa seria exercida de forma coordenada, complementar e de suporte às atividades internacionais do Estado, enquanto a paralela seria exercida em substituição ao governo central". Essa modalidade de diplomacia pública não é exercida nem pelos Estados nem por atores não estatais, mas por governos subnacionais, que não se encaixam em nenhuma dessas modalidades sendo considerados como atores mistos, "em parte livres de soberania, mas em parte condicionados pela soberania que partilham com os demais níveis de governo do Estado a que pertencem". FARIAS, Valéria Cristina Farias e REI, Fernando. Reflexos jurídicos da governança global subnacional: a paradiplomacia e o direito internacional: desafio ou acomodação. **Revista de Direito Internacional/Brazilian Journal of International Law**, Brasília, v. 13, n. 1, 2016, p. 319-339. De maneira geral, a atividade desses governos subnacionais e a qualidade da dimensão de suas ações está relacionada com o grau de descentralização política e administrativa do país em questão. Na Europa, apesar de timidamente utilizada pelos governos subnacionais, a paradiplomacia é regulada pela EU; tal instrumento inexistente no Mercado Comum do Sul havendo, no Brasil, uma participação internacional um tanto acanhada dos governos subnacionais apesar da ausência de proibição do artigo 25 da Constituição Federal de 1988. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Regulamento (UE) 2021/1060** do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de junho de 2021 que estabelece disposições comuns relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu Mais, ao Fundo de Coesão, ao Fundo para uma Transição Justa e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos, das Pescas e da Aquicultura e regras financeiras aplicáveis a esses fundos e ao Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração, ao Fundo para a Segurança Interna e ao Instrumento de Apoio Financeiro à Gestão das Fronteiras e à Política de Vistos. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016.

¹⁸⁰ FERNÁNDEZ-ALFARO, op. cit., p. 36.

independentemente de sua legitimidade para exercer funções diplomáticas. O exercício da diplomacia atual estatal vem sofrendo mudanças significativas e requer uma maior capacidade de convencimento.

Focalizando apenas nas mudanças que afetam o exercício do poder, podem ser destacados dois aspectos essenciais: a sua difusão entre os diversos agentes e a necessidade de estabelecer coligações para o seu exercício eficaz. [...] Embora a diplomacia continue a ser uma competência exclusiva do Estado, este já não consegue desenvolvê-la de forma tão independente ou autônoma como vinha fazendo e o seu exercício exige uma maior capacidade de persuasão para convencer os seus interlocutores em vez da simples imposição de regras e critérios (tradução nossa)¹⁸¹

Nesse sentido, Fernández-Alfaro propõe algumas sugestões de adaptação da prática tradicional de diplomacia estatal para que a mesma possa, em colaboração com os ANE, aproveitar as sinergias de uma ação conjunta¹⁸²:

- a) Mesmo que a agenda diplomática priorize a política externa do governo, a mesma deve ser suficientemente aberta para permitir a colaboração dos ANE com objetivos de promoção estrangeira semelhantes (deve-se desenvolver a complementaridade e não a exclusividade ou a concorrência entre os atores);
- b) A atitude dos agentes diplomáticos deve mostrar a capacidade de trabalhar em grupo, facilitando a colaboração e participação;
- c) Manter relações flexíveis e capacidade de improvisação pois os muitas vezes a comunicação ocorre informalmente em ambientes improvisados;
- d) O Estado deve manter-se informado sobre os ANE atuantes em sua área de interesse para avaliação das possibilidades de colaboração;
- e) Apresentação da agenda de diplomacia pública de uma forma atrativa, influente e presente no debate internacional, contribuindo ativamente para interpretações inovadoras que coloquem em evidência tanto o Estado quanto o ANE em colaboração.

¹⁸¹ Idem. No original “Destacando solo aquellos cambios que afectan al ejercicio del poder se pueden señalar dos aspectos esenciales: su difusión entre diversos agentes y la necesidad de establecer coaliciones para ejercerlo con eficacia. En el ámbito de la diplomacia, Wiseman explica que esta situación ha llevado a un ‘polilateralismo’ en el que diversos actores de naturaleza distinta deben actuar en colaboración, independientemente de su legitimidad para ejercer funciones diplomáticas (Wiseman, 2004). Aunque la diplomacia permanezca siendo una competencia exclusiva del Estado, ya no puede desarrollarla de forma tan independiente o autónoma como venía haciendo y su ejercicio requiere una mayor capacidad de persuasión para convencer a sus interlocutores en lugar de la simple imposición de normas y criterios”.

¹⁸² Ibid., p. 37.

2 FORMAS DE CONTROLE

(In)definida as limitações e *status* cabíveis aos atores não estatais, passamos às medidas cabíveis no controle dos mesmos. Tentaremos, portanto, definir, primeiramente, quais são as formas de controle, i.e., os marcos teórico e jurídico, tão necessários à pesquisa científica, seja ela na ciência do Direito ou não. Após, voltando a nosso universo, comentamos a justificção e fontes que fundamentam a relação jurídica existente nas relações internacionais nas quais esses atores participam. Volta-se a comentar, agora de maneira mais aprofundada, as diferenças em considerar o ANE como um sujeito, uma pessoa ou um participante de direito internacional. Para tal, abre-se um parêntese para um recorrido conceitual sobre os elementos de uma relação jurídica. Desnecessário lembrar: não há consenso sobre como categorizar esse ator. Na verdade, como mostraremos, tampouco há consenso sobre o que e como esses conceitos podem existir no âmbito internacional.

Saindo desse conturbado debate, passa-se a um outro elemento da relação jurídica: o vínculo de atributividade. Faz-se então um recorrido das fontes do Direito Internacional tanto das constantes no artigo 38 da Conte Internacional de Justiça quanto às silentes ao texto. Analisa-se a relação dos atores não estatais com cada uma das fontes, debatendo-se se os mesmos influenciam o nascimento ou a aplicação de cada uma delas. Conclui-se que, de maneira geral, apesar de não confirmarmos que esse ator seja um *lawmaker* do direito internacional, ele influencia e é influenciado enormemente pelas fontes.

Defendida a necessidade e possibilidade de criar um Marco para os ANE, a segunda parte deste segundo capítulo procura esmiuçar como fazê-lo. Quais são as razões para a criação de um Marco, seja ele teórico, normativo ou jurídico? Quais seriam as obrigações e deveres possíveis aos ANE? Podemos afirmar que eles, como os Estados, estão sujeitos ao *jus cogens*? E às obrigações *erga omnes*? Além de deveres de direito internacional, os ANE também possuiriam direitos? Para um terceiro que não possui um *status* internacional definido, sobre o qual ainda se debate a situação de objeto, sujeito, pessoa ou participante, podemos conferir direitos humanos? Quais as condições substantivas para a concepção e aplicação de um Marco que imponha encargos legais?

Entendidas a possibilidade e as limitações desse Marco, ousa-se apontar alguns componentes para o sucesso dessa abordagem. Seriam eles o abandono da classificação binária atual, o estabelecimento de nexos de capacidade e responsabilidade, adoção de estratégias proativas e preventivas à violação de direitos, a fixação de hipóteses de

responsabilidade direta, a ampliação da noção de prestação de contas e, finalmente, a importância do estudo analítico. Finalmente, buscando ir além do simples apontamento das características de um novo entendimento nos assuntos referentes aos atores não estatais, comentam-se as abordagens alternativas já existentes no Direito Internacional capazes de dialogar com atores outros que os Estados.

2.1 Discussões conceituais preliminares

2.1.1 Marco teórico

A pesquisa científica, jurídica ou não, exige a definição de um objeto e sua análise conceitual sendo o marco teórico uma grade de leitura que se sobrepõe ao objeto dessa pesquisa¹⁸³. Dessa maneira, ainda que a pesquisa seja de coleta de dados empíricos, exige-se essa análise de cunho teórico, uma grade de leitura para percepção do real, isto é, a reunião de teorias razoáveis ou válidas.

Barros e Ximenes observam que frequentemente os pesquisadores de direito preocupam-se com os aspectos qualitativos de seu quadro teórico-conceitual em detrimento do aspecto quantitativo. Por conseguinte, há uma tendência de restrição aos "argumentos de autoridade" sem averiguação profunda da premissa, mas de seu emissor¹⁸⁴. Trata-se de uma fórmula de convencimento típica dos foros; um "reverencialismo" típico da pesquisa instrumental (não científica) cotidiana do operador do Direito, autossustentada e necessária para solucionar um caso (não objeto científico). Nesta mesma vertente distinguem-se doutrina e teoria, sendo a primeira um conjunto de pensamentos relevantes (diga-se, de autoridades); já a segunda são generalizações de conclusões que podem ou não ser incorporadas pela doutrina. Consequentemente, "no campo científico/acadêmico isso quer dizer que há uma luta simbólica por quem define a teoria dominante, e no campo jurídico/profissional, quem define a doutrina dominante"¹⁸⁵.

¹⁸³ BARROS, Janete Ricken Lopes de e XIMENES, Julia Maurmann. O Marco Teórico: Articulando as Categorias Teóricas em uma Pesquisa Jurídica. **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB** - João Pessoa/PB: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI, v. 1, 2014, p. 326.

¹⁸⁴ Independente da área estudada, cabe aos pesquisadores manter um senso crítico e cautela quanto a esses argumentos e evitar as armadilhas falaciosas dos *argumentum ad verecundiam*. "Por isso, uma das regras a que um argumento de autoridade tem de obedecer para poder ser bom é esta: 1) O especialista (a autoridade) invocado tem de ser um bom especialista da matéria em causa [...]; 2) Os especialistas da matéria em causa não podem discordar significativamente entre si quanto à afirmação em causa [...]; 3) Só podemos aceitar a conclusão de um argumento de autoridade se não existirem outros argumentos mais fortes ou de força igual a favor da conclusão contrária [...]; 4) Os especialistas da matéria em causa, no seu todo, não podem ter fortes interesses pessoais na afirmação em causa [...]. Os argumentos de autoridade devem unicamente ser usados quando não se pode usar outras formas argumentativas mais directas. Usa-se muitas vezes a expressão «argumento de autoridade» como sinónimo de «argumento mau de autoridade». Todavia, nem todos os argumentos de autoridade são maus; o progresso do conhecimento é impossível sem recorrer a argumentos de autoridade; e pode-se distinguir com alguma proficiência os bons dos maus argumentos de autoridade, atendendo às regras dadas". BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério e GOMES Nelson Gonçalves. **Enciclopédia de Termos Lógico-Filosóficos**. Martins Fontes, 2006, pp. 63 e 64.

¹⁸⁵ BARROS e XIMENES, op. cit., p. 328.

Finalmente, cabe atentar para as semelhanças e diferenças entre o marco teórico e a revisão bibliográfica. O marco significa o conjunto de pressupostos teóricos e pressupõe a construção de um problema enquanto a revisão é mero levantamento de textos sobre determinado assunto. Sua similitude reside no fato de que em ambos se realiza uma exploração da literatura existente considerando sua amplitude, atualidade, relevância, pertinência e saturação. A revisão bibliográfica seria, portanto, uma fase anterior à definição do marco teórico e da construção do problema e objeto de pesquisa¹⁸⁶.

2.1.2 Marco jurídico

Na ciência do Direito, além do marco teórico, cabe salientar a importância de um marco regulatório ou normativo sobre determinado assunto. Especula-se que os termos marco, estrutura ou quadro regulatório sejam de origem norte-americana, sendo atualmente utilizados sem restrições. A expressão “marco regulatório”, utilizada largamente em abordagens jurídicas normativas, adveio do aumento significativo das instituições regulatórias estatais que remonta ao século XIX¹⁸⁷. Esse fenômeno regulador está associado à descentralização do Estado, ao liberalismo e à opção ideológica em criar paradigmas para que agentes outros que o Estado controlem assuntos públicos.

Defini-los, entretanto, apresenta algumas dificuldades pois envolve ideias como regras, normas, leis, tratados, modelos éticos, moralidade, processos políticos e jurídicos, definidos por tribunais nacionais e internacionais, organismos políticos, organizações internacionais, o público e os meios de comunicação social. *Lato sensu*, todos estes elementos constituem um quadro normativo.

Reinisch propõe 3 elementos¹⁸⁸ para constituição de um *legal framework*:

- a) as próprias regras padrões de comportamento, além das normas substantivas interpretadas de maneira clássica;
- b) os procedimentos utilizados no debate, supervisão e cumprimento das normas;
- c) as instituições, fóruns e redes dentro dos quais os procedimentos e padrões de comportamento são evocados.

¹⁸⁶ Ibid., p. 331.

¹⁸⁷ SANTOS, Nildo Lima. Marco Regulatório: Uma Abordagem Sistêmica para a Visão Conceitual Necessária ao Entendimento do Ato. Ed. Bahia, 2007, p. 14.

¹⁸⁸ REINISCH, 2005, op. cit., p. 39.

Esse encaminhamento quase que natural de uma cultura de direito internacional consuetudinário possibilitou um discurso de direitos humanos mais diversificado, permitindo a utilização de legislação nacional, códigos de conduta voluntários, critérios éticos e dentre outros paradigmas para discutir e analisar o comportamento dos agentes, sejam eles estatais ou não.

Os instrumentos tradicionais do direito internacional, que estabelecem padrões para a proteção de direitos humanos, eram Tratados que vinculavam as respectivas partes contratantes. Esta definição de normas foi acompanhada por um esforço conjunto crescente por parte da legislação não-escrita em matéria de direitos humanos (através do direito consuetudinário ou de princípios gerais). [...] O Tribunal Internacional de Justiça (CIJ) considerou, por exemplo, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui, pelo menos parcialmente, direito internacional consuetudinário. Em geral, o discurso dos direitos humanos baseou-se nas fontes tradicionais do direito internacional, tal como referido no Artigo 37 do Estatuto da CIJ. O discurso atual sobre direitos humanos é muito mais diversificado (tradução nossa)¹⁸⁹.

Os procedimentos tradicionais pelos quais as questões de direitos humanos eram abordadas baseavam-se nas obrigações decorrentes dos tratados, ou seja, aceites pelos Estados. Estes instrumentos propunham um debate e a construção de normas através de procedimentos complexos e morosos, em contraste com estas novas formas de controle, mais fluidas, porém também mais frágeis. Hoje somos confrontados com uma diversidade de instituições vigilantes às violações cometidas por Estados e/ou agentes privados, tais como organizações internacionais, organismos políticos, ONGs, meios de comunicação social e o público em geral. Esta alteração reside no alargamento do quadro jurídico internacional, tanto

¹⁸⁹ Idem. No original “The traditional instruments under international law, setting standards for human rights protection, were treaties binding the respective contracting parties. This standard-setting was accompanied by an increased concerted effort on the part of unwritten human rights law (via customary law or general principles). [...] The international Court of Justice (ICJ) has held that the Universal Declaration of Human Rights constitutes at least partly customary international law. By and large the human rights discourse was based on the traditional sources of international law as referred to in Article 37 of the Statute of the ICJ. Today’s human rights discourse is far more diverse”. E ainda, em páginas subsequentes “As far as the institutional framework is concerned, human rights issues were traditionally debated by the political bodies of international organizations. The development of more and more independent institutions, from expert organs, such as the Human Rights Committee or the Committee on Economic, Social, and Cultural Rights, to veritable international tribunals, such as the European Court of Human Rights or the Inter-American Court of Human Rights, was a clear advance in strengthening human rights protection against states. Today we are confronted with a far wider panoply of institutions concerned with human rights, from national and international courts sitting in judgment over human rights violations committed by corporations or individuals, to accountability mechanisms, such as Inspection Panels of the World Bank and other international financial institutions (IFIs), scrutinizing the human rights performance of international organizations, political bodies in international organizations, NGOs and their advocacy networks, the media, and the public at large. Change lies in broadening the legal framework, both in the sense of a wider scope of application of substantive norms of behavior and in the sense of more and more diverse procedures and institutions available where substantive norms can be challenged. This also has repercussions on the way we practice and think about human rights law”.

no caso de um âmbito de aplicação mais aberto das normas substantivas como no sentido de um leque mais vasto de procedimentos e instituições disponíveis¹⁹⁰.

É neste entendimento que Reinisch argumenta que o quadro normativo dos ANE atualmente compõe-se de regulamentações menos formais e flexíveis como *soft law* e códigos de conduta autorreguladores. Liesa acrescenta que "ainda além, deve-se realizar um labor codificador que permita solucionar os desafios atuais da ordem internacional"¹⁹¹. Já Santarelli, como veremos mais detalhadamente no tópico referente aos instrumentos atuais, classifica os mecanismos e obrigações infringíveis aos atores não estatais através de duas perspectivas: quanto ao processo de formação (autorregulatórias, heterorregulatórias ou participativas) ou quanto à natureza e efeito normativo (*soft law* ou *hard law* – nesta última como passivos, participantes ou contribuidores)¹⁹².

2.1.3 Justificação para obrigações e fontes

¹⁹⁰ Ibid., p. 42. "Human rights is no longer the arcane sub-field of specialists of public international law, frequently even from other fields of the law such as (domestic) constitutional law. Rather, it has not only become a subject rooted firmly in international law but it has also developed into an increasingly densely interwoven part of international law which can no longer be theoretically or practically separated from the rest of international law".

¹⁹¹ LIESA, Carlos R. Fernández. Sujetos de Derecho y actores no estatales: cuestiones de Derecho Internacional. **Anuario Español de Derecho Internacional**. Vol. 34, 2018, p. 112, "No cabe duda de la importancia que debe darse a los ANE en la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional. De un lado, en la medida en que son motores de transformación del Derecho internacional. Tal vez en esto habría que canalizar de mejor manera sus iniciativas, y que se hubiera una mayor confluencia ANE – Actores estatales en el proceso de iniciativa y formación de las normas internacionales-. Pero más allá de eso hay que realizar una labor codificadora que permita impulsar que los diferentes desafíos que tiene en la actualidad el orden internacional, en relación con los ANE encuentren una respuesta jurídica en el Derecho internacional".

¹⁹² SANTARELLI, 2017, op. cit., pp. 227- 294. "In a few words, it can be said that human rights obligations or other legal burdens of non-state actors can be created through the sources of international law. Altogether, from the perspective of lawmaking, the obligations imposed on non-state actors that are created via the sources of international law may be self-regulatory, for instance when they are created by unilateral acts, as some international organizations can do; hetero-regulatory, when those obligations address an actor that did not participate in their creation; and participative-regulations, when the addressee, while not having lawmaking power, somehow participated in the process of adoption of the norm regulating the obligation. In all three cases, non-state actors can exert a subtle or indirect influence in the adoption of regulations. From the perspective of normative nature and effects, 'non-binding' standards that regulate non-state conduct can produce international legal effects indirectly either when their content is included in norms created through the sources of international law, or due to the principle of good faith. Concerning hard law addressing protection from non-state abuses, in turn, there can be different forms of non-state interaction with the sources of law that create it. There are three possibilities of such interaction. Firstly, non-state actors can be passive entities, when being simply addressees; secondly, non-state actors can be participants whenever they directly or indirectly exert an influence on the creation of the respective norms; and thirdly, non-state actors can be formal contributors in the adoption and implementation of certain norms. These three possibilities indicate that non-state actors can, officially or informally, have a direct or indirect impact on the generation and implementation of standards addressing non-state conduct".

As obrigações ou encargos legais que possam ser impostas aos atores não estatais na defesa dos direitos humanos decorrem da admissão deste ente nas relações jurídicas, sua classificação e identificação no ordenamento no qual repousa essa relação, além das fontes do sistema legal ao qual ela esteja incorporada¹⁹³. No que tange o direito internacional, dada a multiplicidade de fontes, descentralização legislativa e adjudicatória de seu sistema normativo, essa análise dificulta-se pelo fato de que não há consenso sobre a personalidade e subjetividade dessas entidades. No intuito de facilitar a compreensão dos instrumentos aplicáveis aos atores não estatais faz-se necessário lembrar os principais debates sobre o tema: relação jurídica e possibilidade de figurar como sujeito, pessoa ou ainda participante, além do enquadramento normativo ao qual os ANE estão subordinados.

2.1.3.4 Existência de relação jurídica e seus elementos

Às relações sociais que se enquadrem em normas jurídicas preestabelecidas, atentando-se para a existência de alguns elementos básicos, dá-se o nome de relação jurídica. O estudo dessa relação confunde-se com o nascimento do direito como ciência, sendo um tema básico de Teoria Geral do Direito. Segundo Reale¹⁹⁴

Um dos elementos essenciais da experiência jurídica é representado pela relação jurídica, cujo conceito é fundamental na Ciência do Direito, tendo sido estabelecido, de maneira mais clara, por F. C. Savigny, no decorrer do século passado. Alguns juristas sustentam mesmo que a Ciência do Direito se apresentou não apenas como ciência autônoma, mas como ciência que já atingira a maturidade, no instante em que Savigny situou de maneira precisa o conceito de relação jurídica. Jhering chegou a dizer que a relação jurídica está para a Ciência do Direito como o alfabeto está para a palavra.

Ainda segundo o renomado jurista brasileiro, a relação jurídica seria uma espécie de relação social pois existe uma infinidade de laços que conectam os homens entre si, nem todos de natureza estritamente jurídica. A rigor, os homens conectam-se visando obter fins múltiplos e diversos e as condutas humanas estariam impulsionadas por motivos morais, religiosos, econômicos, estéticos, artísticos ou utilitários. As concepções de quais relações sociais poderiam ser jurídicas evoluíram com a complexidade social, destacando-se as teorias

¹⁹³ Ibid., p. 227.

¹⁹⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213.

tradicional personalista ou individualista (as relações jurídicas seriam relações sociais postas por si mesmas e são o vínculo entre dois sujeitos diante um objeto), teoria normativa (o Estado não apenas reconhece essas relações mas também instauram modelos que a condicionam e orientam – importa, além dos sujeitos e objeto, o liame jurídico da norma) e teoria objetivista (mesmo havendo indeterminação do sujeito passivo, essa relação deve ter um caráter genérico suficiente para abarcar o liame jurídico entre pessoa, pessoas e coisas e/ou pessoas e lugares)¹⁹⁵.

Os elementos fundamentais constituintes desta relação seriam:

- a) sujeito ativo: titular ou beneficiário da relação
- b) sujeito passivo: devedor ou prestatário
- c) vínculo de atributividade: liame normativo, recíproco ou complementar
- d) objeto: razão de ser do vínculo interpessoal¹⁹⁶

Nos tópicos que seguem debate-se o conceito de sujeito e a possibilidade de considerar os ANE como tal, além da diferença entre os conceitos de sujeito de direito, pessoa jurídica e participantes do sistema internacional. Em seguida, debate-se os desdobramentos de considerá-los como sujeito: possibilidade de adquirir personalidade e responsabilidade jurídica internacional. Mais adiante, volta-se ao segundo tópico da relação jurídica: o vínculo de atributividade. Arrisca-se organizar a tipologia e origem das normas figurantes nas Relações Internacionais e a viabilidade de interação dessas fontes com os atores não estatais.

Escolheu-se não discorrer sobre o último tópico da relação jurídica, o objeto. Acredita-se, conforme preceitua Higgins, que a separação categórica entre sujeito e objeto não tem nenhum propósito funcional nem realidade crível¹⁹⁷. Além disso, de acordo os ensinamentos de Berezowski, a separação clássica entre esses dois elementos é própria do domínio do direito privado e a transferência dessa distinção ao direito público encontrará barreiras¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Ibid., p. 214.

¹⁹⁶ Ibid., entre pp. 214 à 226. E frisa: o que não se pode admitir é que a relação jurídica se estabeleça entre uma pessoa e uma coisa – só pessoas podem ser sujeitos de uma relação jurídica, e sem duas ou mais pessoas ela não se constitui. É o que afirma, com acerto, a chamada “teoria dos dois sujeitos”, que melhor se denominaria “teoria intersubjetiva da relação jurídica”.

¹⁹⁷ HIGGINS, op. cit., p. 49

¹⁹⁸ BEREZOWSKI, Cezary. Les sujets non souverains du droit international. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, vol. 65, issue III, 1938, p. 7. “La distinction existant entre le sujet et l'objet du droit est tout autre dans le domaine du droit privé que dans le domaine du droit public. On sait que le système du droit civil, basé sur les pandectes romaines, connaît, d'une part les personnes (sujets), de l'autre les choses (objets). Le transfert de cette distinction dans le domaine du droit public rencontre des difficultés”.

2.1.3.4.1 Sujeito de direitos no sistema internacional

Os institutos da personalidade e sujeição, apesar de próximos, não são sinônimos. Enquanto o primeiro tema significa o primeiro passo rumo à responsabilização jurídica, o segundo refere-se ao binômio sujeito/objeto de Direito, i.e., aos direitos subjetivos e possibilidade de participar de uma relação jurídica. Beviláqua conceitua que

o sujeito de direito é o ser a que a ordem jurídica assegura o poder de agir contido no direito [...]. Todavia é certo que as ideias de pessoa e sujeito de direito não têm a mesma extensão. A ideia da pessoa oferece dois aspectos, o ativo e o passivo. O sujeito de direito é a pessoa em sua posição ativa¹⁹⁹.

Nesse mesmo sentido, Ponte de Miranda explica que

Rigorosamente, só se devia tratar das pessoas, depois de se tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. [...] O ser sujeito de direito é *entrar* no suporte fático e *viver* nas relações jurídicas. [...] O ser sujeito é a *titularidade*. Não se confunde ela com o *exercício* do direito, da pretensão, da ação ou da exceção, que pode tocar a outrem, por *lei* ou por *ato jurídico* do próprio titular. [...] Sujeito de direito é a *pessoa*. Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito²⁰⁰.

Essa noção ocidental de sujeito tem raízes históricas que ultrapassam a ciência do Direito, sendo o produto do fim da Idade Média e ascensão do humanismo. Na doutrina jurídica, importa ressaltar inovação trazida por Kant ao separar os sujeitos (pessoas, àqueles que possuem um fim em si mesmos) das coisas/objetos (possuidores de valor relativo, com valoração condicionada às finalidades das pessoas)²⁰¹.

¹⁹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil**. Editora Red Livros, 2001, p. 100 e seguintes.

²⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Parte Geral**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2012, entre pp. 255-265.

²⁰¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Edições 70 Textos Filosóficos, 2007, p. 67 e seguintes. “Admitindo, porém, que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesmo, possa ser a base de leis determinadas, nessa coisa e só nela é que estará a base de um possível imperativo categórico, quer dizer de uma lei prática. Ora digo eu: — O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. Todos os objectos das inclinações têm somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseiam, o seu objecto seria sem valor”.

Tanto do direito doméstico quanto no internacional, tendo em vista que os institutos da sujeição e personalidade frequentemente não sofrem distinção²⁰², há quem defenda o rompimento desta clássica distinção. Numa abordagem clássica, pessoa e sujeito de direito são considerados autorreferentes: toda pessoa é sujeito e todo sujeito é pessoa²⁰³. Essa abordagem é deveras problemática para o reconhecimento de direitos para sujeitos não personalizados, tais como animais não humanos e, por essa razão, modernamente defende-se que ser sujeito de direito é ser titular de direitos, deveres ou situação jurídica, independentemente de ser pessoa. De qualquer maneira, “essa falta de clareza é desconcertante em si”²⁰⁴. Segundo Rosalyn Higgins, primeira mulher membro do Tribunal Internacional de Justiça, essa “prisão intelectual” não possui propósito funcional.

Todos nós fomos mantidos cativos por uma doutrina que estipula que todo direito internacional deve ser dividido em “assuntos” – ou seja, aqueles elementos que carregam, sem necessidade de intervenção local, direitos e responsabilidades; e “objetos” – isto é, o resto. Mais além, a definição positivista pressupunha que alguma regra específica é necessária para “permitir” que o indivíduo seja um “sujeito” de direito internacional. Finalmente, toda a noção de “sujeitos” e “objetos” não tem realidade crível e, a meu ver, nenhum propósito funcional. Nós erigimos uma prisão intelectual de nossa própria escolha e então declaramos ser uma restrição inalterável (tradução nossa)²⁰⁵.

Analisando essa questão sob o prisma dos atores não estatais, Clapham comenta que a perspectiva tradicional da questão dos sujeitos de direito internacional é confusa e incompleta, concordando com Higgins ao considerar o conceito de sujeito de direito internacional inútil para atualidade. As regras para determinar se uma entidade se tornou um sujeito com *status* sob o direito internacional são reconhecidamente subjetivas e dependem da concepção

²⁰² PORTMANN, Roland. **Legal Personality in International Law**. Cambridge University Press, 2010, p. 1. “Certainly, most books contain chapters on international personality or on the subjects of international law, the two expressions mostly used as synonyms”.

²⁰³ Ainda segundo PONTES DE MIRANDA, op. cit., “Capacidade de direito e personalidade são o mesmo. [...] Todas as regras jurídicas sobre capacidade de direito, de ato ou de negócio jurídico são cogentes. [...] Quando se diz que ser pessoa é ser sujeito de direito já se supõe que a pessoa tenha direitos (logicamente, pode não ter nenhum; historicamente, houve pessoas antes de ter direitos)”. Em seguida, nos comentários dos atualizadores da edição de 2012, esclarece-se que em p. 259 “Comumente, sujeito é a pessoa, isto é: o ser humano que, sendo dotado de capacidade de direito, pode atuar como termo da relação jurídica, ou o ente coletivo personificado, criação do Direito. Todos os seres humanos, sendo dotados de capacidade jurídica, podem ser sujeitos de direito e, por consequência, são pessoas. A construção pontesiana atende, exemplarmente, à ‘lógica dos predicados’. Porém, dados legislativos e construções jurisprudenciais a doutrinas posteriores vieram a alterar em parte este panorama, embaralhando, em alguma medida, a ‘lógica dos predicados’.”

²⁰⁴ “This lack of clarity is disconcerting in itself”. PORTMANN, op. cit., p. 5.

²⁰⁵ HIGGINS, op. cit., p. 49, no original “we have all been held captive by doctrine that stipulates that all international law is to be divided into ‘subjects’ - that is, those elements bearing, without the need for municipal intervention, rights and responsibilities; and ‘objects’ – that is, the rest. Further, the positivist definition assumes that some specific rule is required ‘permitting’ the individual to be a ‘subject’ of International Law. Finally, the whole notion of ‘subjects’ and ‘objects’ has no credibility, and in my view no functional purpose. We have erected an intellectual prison of our own choosing and declared it to be an unalterable constraint”.

adotada de Direito das Nações. Clapham comenta ainda que o direito internacional ampliou as definições de organizações internacionais e personalidade individual e indaga sobre as possibilidades futuras de direitos e deveres cabíveis aos ANE.²⁰⁶

Mas tais alterações levantam a questão: por que paramos por aqui? Se os indivíduos devem ser considerados sujeitos de direito internacional com personalidade jurídica internacional, por que não organizações não governamentais? E se somarmos as organizações não governamentais, por que não as corporações transnacionais? Tais dúvidas estão se insinuando na prática e na doutrina dos advogados internacionais (tradução nossa).

Liesa, mesmo considerando impossível desestimar o ator não estatal como sujeito no direito internacional, relembra que as doutrinas clássicas exigem a existência de no mínimo três características para alguma capacidade jurídica: a capacidade de concluir tratados, de estabelecer relações diplomáticas e de participar dos mecanismos gerais de responsabilidade internacional²⁰⁷. Ora, se eles não possuem o basilar para serem sujeitos e somente o sujeito pode alcançar ser pessoa, como explicar a possibilidade de esses atores travarem relações internacionais? Urge rediscutir os critérios de subjetividade e personalidade atuais. De qualquer forma, mesmo entre os internacionalistas mais clássicos e exigentes, reconhece-se que a subjetividade internacional possui um valor biológico, dinâmico e altamente relacionado às condições históricas de determinada época²⁰⁸. Berezowski, em 1938, lista que os sujeitos de direito internacional já foram definidos como aqueles submetidos às normas internacionais, os destinatários destas, os destinatários de direitos e deveres fundamentais ou ainda todo aquele cuja atividade ou faculdade de agir é regulada pela ordem jurídica internacional de maneira direta²⁰⁹.

Abordando o problema da concepção do sujeito do direito internacional, notaremos, em primeiro lugar, que, dado o seu desenvolvimento e a sua esfera de ação cada vez maior, **o direito internacional não conhece limites quanto aos seus sujeitos**. Para determinar qual é, em geral, a concepção de sujeito de direito internacional, convém, sobretudo, expor os diversos pontos de vista sustentados pela doutrina. Ora, chamamos sujeitos de direito internacional aqueles a quem se dirigem as regras deste direito; ou aqueles que são os destinatários destas regras; ou mesmo os destinatários de direitos e deveres baseados no direito internacional. Sustenta-se também que são sujeitos de direito internacional todos aqueles cuja atividade, ou, por outras palavras, a capacidade de agir, é regulada pela ordem jurídica

²⁰⁶ CLAPHAM, op. cit., p. 61. Em idioma original, “But such amendments beg the question: why do we stop here? If individuals are to be deemed subjects of international law with international legal personality, why not non-governmental organizations? And if we add non-governmental organizations, why not transnational corporations? Such doubts are creeping into the practice and doctrine of international lawyers”.

²⁰⁷ LIESA, op. cit., p. 98.

²⁰⁸ BEREZOWSKI, op. cit., p. 11.

²⁰⁹ Ibid., p. 9.

internacional de forma direta, sem a intermediação de outra ordem jurídica. Partindo das teorias existentes, e percebendo também que **o desenvolvimento das relações internacionais amplia constantemente o número de sujeitos de direito internacional**, é necessário introduzir dois elementos na noção, a saber: 1º o elemento da natureza do direito obrigatório para as relações de seus assuntos; 2º o elemento que opõe o sujeito ao objeto deste direito. [...] **Em outras palavras, não podemos sustentar que, em geral, tais e tais entidades sejam sujeitos de direito internacional**; tal construção seria falsa, pois limitaria o número desses sujeitos. Para concordar com as considerações anteriores, é preciso dizer: hoje em dia, o direito internacional conhece tais e tais assuntos. E é por estas causas que a **teoria da subjetividade internacional tem sempre um valor biológico**: deve ter em conta o facto das relações internacionais existentes (tradução nossa, ênfase adicionada)²¹⁰.

Em virtude da complexidade desse debate e dificuldade em diferenciar sujeito de direito e personalidade jurídica, além da hesitação da sociedade internacional em conferir esse *status* jurídico aos atores não estatais, parte da doutrina sugere a utilização do termo “participantes”, como abordará em tópico mais adiante.

2.1.3.4.2 Personalidade Jurídica

Apesar do intenso debate sobre a definição da personalidade jurídica no âmbito internacional, a doutrina clássica costuma apontar como pessoa aqueles que possuem a capacidade de concluir tratados, estabelecer relações diplomáticas e participar dos

²¹⁰ Ibid., *passim*. Citação original mais completa “Abordant le problème de la conception du sujet de droit international, nous remarquerons, en premier lieu, que, vu son développement et sa sphère d’action toujours croissante, le droit international ne connaît pas de limites quant à ses sujets. Pour déterminer quelle est, en général, la conception du sujet de droit international, il convient, avant tout, d’exposer les divers points de vue soutenus par la doctrine. Or, on appelle sujets du droit international ceux auxquels les règles de ce droit sont adressées ; ou bien ceux qui sont destinataires de ces règles ; ou bien encore les destinataires des droits et des devoirs fondés sur le droit international. On soutient aussi que sont sujets du droit international tous ceux dont l’activité, ou, en d’autres termes, la faculté d’agir, est réglée par l’ordre juridique international d’une façon directe, sans intermédiaire d’un autre ordre juridique quelconque. En partant des théories existantes, et en se rendant compte également que le développement des relations internationales élargit constamment le nombre des sujets du droit international, il faut introduire deux éléments dans la notion, à savoir : 1º l’élément de la nature du droit obligatoire pour les relations de ses sujets; 2º l’élément opposant le sujet à l’objet de ce droit. [...] Autrement dit, on ne peut pas soutenir qu’en général telles ou telles entités sont sujets du droit international; une telle construction serait fautive, puisqu’elle limiterait le nombre de ces sujets. Pour être d’accord avec les considérations précédentes, il faut dire : de nos jours, le droit international connaît tels ou tels sujets. Et c’est pour ces causes que la théorie de la subjectivité internationale possède toujours une valeur biologique : elle doit tenir compte du fait des relations internationales existantes. Sous cette réserve, on peut appeler sujets du droit international public : les Etats, les insurgés et la partie belligérante, la Ville libre de Dantzic, la Cité du Vatican, les Dominions et les colonies qui se gouvernent librement, le Saint-Siège, la Société des Nations, les organes internationaux et les individus. Le catalogue est bien riche !”.

mecanismos gerais de responsabilidade internacional²¹¹. Seja como for, o conceito de pessoa difere claramente do conceito de sujeito em três pontos cruciais:²¹²

- a) Lapso cronológico dos conceitos: o conceito de pessoa, objeto de estudo de várias ciências como a filosofia, psicologia e teologia, tem origem na Antiguidade, com os romanos; já o conceito de sujeito é fruto da pandectística alemã, tendo origem relativamente recente;
- b) Localização em diferentes institutos do direito: o conceito de pessoa insere-se no tópico da personalidade jurídica, já o do sujeito está ligado às relações jurídicas;
- c) Abrangência: sujeito refere-se a um conceito mais amplo pois podem figurar como sujeitos de direito entes despersonalizados aos quais o ordenamento jurídico conceda direitos, inserindo-os em uma determinada relação jurídica.

Não havendo, portanto, normas codificadas sobre o assunto, o mesmo deve ser deduzido da prática internacional e de sua avaliação pela jurisprudência e doutrina. O Estado continua sendo visto como a principal pessoa não só porque é amplamente capaz de reclamar uma violação, mas também porque é parte em tratados e outros mecanismos de direito internacional além de ser suscetível de responsabilidade. De maneira geral, como dito supra, segundo a lógica clássica, somente quando certas capacidades substantivas (como ter o poder de criação normativa) ou algumas capacidades processuais (como poder solicitar a proteção de um direito ou estar exposto ao exame de obrigações) são atribuídas diretamente por normas jurídicas internacionais a um ator é que seria possível considerá-lo como sujeito de direito internacional.

Feldman aponta que, assim como Berezowski dizia sobre os sujeitos de direito, o contexto histórico dinamiza a análise sobre os limites da personalidade legal²¹³. Há, contudo, uma dificuldade que persiste em quase toda tentativa de conceituação: a transferência de modelos e ideias para a pessoa de direito internacional da Teoria do Direito Estatal²¹⁴.

²¹¹ DOMINICE, Christian. La personnalité juridique dans le système du droit des gens. In: **Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century**. Essays in Honour of Krzytof Skubiszewski. MAKARCZYK, Jerzy (ed.). Kluwer Law International, 1996, p. 161 "Quoi qu'il en soit, la question de savoir si la personnalité internationale implique des capacités inhérents est importante. Des indications intéressantes dans ce sens peuvent être trouvées dans la doctrine, confirmé à notre avis par la pratique. Il s'agit des trois capacités de conclure des traités, d'établir des relations diplomatiques, et de participer aux mécanismes généraux de la responsabilité internationale."

²¹² COSTA, Lorena Xavier da. Sujeito de direito e pessoa: conceitos de igualdade? **Revista Legis Augustus**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 75-87, jul/dez, 2013.

²¹³ FELDMAN, David. International Personality. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, vol. 191, issue II, 1985, p. 357.

²¹⁴ Ibid., p. 353.

Deve-se repetir que a análise histórico-comparativa comprovou que as relações jurídicas internacionais de cada etapa do desenvolvimento histórico tiveram seu conteúdo específico e sua personalidade internacional particular. Ao analisar a noção de personalidade internacional não se pode prescindir de um método jurídico formal que ajude a apontar os traços típicos das pessoas coletivas. É necessário levar em conta o caleidoscópio de termos que chamam atenção ao definir o conceito e classificação das pessoas internacionais. [...] Infelizmente, a própria noção de personalidade internacional já é problemática. As dificuldades provêm do fato de que alguns estudiosos tentaram transferir os modelos e ideias da teoria do direito do Estado para o direito internacional. Aliás, no direito estatal, a noção e o círculo de pessoas jurídicas não coincidem. Com isso, a transferência mecânica de modelos de direito estatal para o direito internacional foi rejeitada há muito tempo por muitos estudiosos²¹⁵ (tradução nossa e ênfase adicionada)²¹⁶.

Apesar dessas conclusões, o jurista alcança definir como características gerais persistente no tempo: participação nas relações internacionais, vontade autônoma e posse de direitos e deveres em suas relações com outros entes²¹⁷.

Sobre a questão da personalidade jurídica para atores não-estatais a Corte Internacional de Justiça já se manifestou no sentido de que a “capacidade de ser titular de direitos e obrigações internacionais depende dos objetivos e funções atribuídos à Organização, sejam eles declarados ou implícitos por seu ato constitutivo ou desenvolvido na prática”²¹⁸. A grande mudança trazida por este pronunciamento é o atrelamento da personalidade à função exercida pelo ator e a ideia de “níveis” de personalidade. Diferentemente dos Estados que são dotados de personalidade jurídica própria, plena e geral, a responsabilidade das organizações internacionais seria afetada pelo princípio da

²¹⁵ Como mencionamos no ponto referente à fragmentação do Direito Internacional, essa transferência de paradigmas e princípios do direito estatal para o direito internacional foi abandonada. Sobre o assunto, ver VASCONCELOS, 2011, op. cit.

²¹⁶ Ibid., entre as páginas 353 e 357, no original “It should be repeated that historical-comparative analysis has proved that international legal relations of each stage of historical development had their specific countenance and particular international personality. When analyzing the notion of international personality one cannot do without a formal juridical method which helps to point out the traits typical of the legal persons. It is much more necessary to take into account the kaleidoscope of terms the eye catches when giving the definition of the notion and classifying international persons. [...] To our regret, one already meets certain difficulties when defining the very notion of international personality. These difficulties are conditioned by the fact of some scholars trying to transfer the models and ideas of the theory of State law to international law. By the way, in State law the notion and the circle of legal persons do not coincide. At that, the mechanical transfer of State law models into international law was rejected long ago by many scholars (falamos sobreisso no ponto referente à fragmentação do Direito Internacional)”.

²¹⁷ Ibid., p. 359. “Summing up the main features of international personality, we can determine such general criteria as: (1) participation in international legal relations; (2) autonomous will of the participants of international legal relations; (3) possession by the participant of its own international rights and duties in relation to other international persons”.

²¹⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Advisory Opinion of 11 April 1949. **Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em 2 de agosto de 2023. Em p. 179, “Accordingly, the Court has come to the conclusion that the [United Nations] Organization is an international person. That is not the same thing as saying that it is a State, which it certainly is not, or that its legal personality and rights and duties are the same as those of a State. Still less is it the same thing as saying that it is ‘a super-State’, whatever that expression may mean”.

especificidade, ou seja, limitada aos objetos e funções que lhes foram confiados em seu texto constitutivo. Ainda assim, a CIJ frisa que a finalidade específica de um ator não estatal não justificaria o tratamento como pessoa de direito internacional ou igual ao Estado.

Há um intenso debate doutrinário sobre essa personalidade funcional subtraída do pronunciamento da Corte, incluindo teorias alternativas a uma noção limitada de personalidade jurídica ou subjetividade. Kammerhofer, por exemplo, considera que a personalidade jurídica internacional deveria ser pensada *in abstracto* e propõe que Kelsen, se pudesse avaliar hoje os atores não estatais, iria concordar que eles deveriam possuir personalidade jurídica plena. Para tal, apresenta três etapas de raciocínio: a) que o instituto da personalidade legal tem base puramente legal e normativa (um sujeito o é por determinação legal e não por reconhecimento de ser portador de direitos ou obrigações); b) foi a construção jurisprudencial que gerou a personalização do Estado, não foi uma qualidade *a priori* desta entidade; e c) que esses atores, portanto, não podem ser fruto de uma complexa construção acadêmica. Se a CIJ já reconheceu algum tipo de personalidade, eles o têm por completo²¹⁹.

Diametralmente oposto a esse entendimento, Tsagourias preleciona que a personalidade deveria ser construída *in stricto* e conectada com os direitos e deveres atribuídos a cada ator pois é próprio do Direito Internacional regular e definir institutos com a prática dos mesmos, não antes²²⁰. D'Aspremont atenta que o perigo deste último entendimento é seu caráter circular pois “direitos e deveres pressupõem a existência de personalidade legal ao passo que a personalidade legal apenas se manifesta através da existência de direitos e deveres”²²¹.

Tal como Tsagourias, Brabandere propõe aceitar o pragmatismo e ir um pouco além para que as necessidades práticas internacionais moldem as permissões desses atores. Interessante observar como esse autor não encara com bons olhos algumas “regalias” dadas aos atores sem personalidade. Ele acredita que a formalização da participação como *amicus curiae*, por exemplo, acaba por retardar a participação como parte de processos.

²¹⁹ KAMMERHOFER, Jorg. Non-state actors from the perspective of the Pure Theory of Law. In: **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. D'ASPREMONT, Jean (ed.). Routledge, 2011. Em p. 60 chega mesmo a dizer “Kelsen would not distinguish between ‘limited’ and ‘full’ personality in international law”.

²²⁰ TSAGOURIAS, Nicholas. Non-state actors in international peace and security: non-state actors and the use of force. In: **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. D'ASPREMONT, Jean (ed.). Routledge, 2011. “[International Law] operate in tandem and manifest themselves in its positive (treaty) and customary content, with customary law reflecting changing legal patterns in response to changing circumstances to which positive law cannot respond fast enough due to its legislative limitations. Although this may dismay pure formalists, international law has always operated on the edge of formalism and pragmatism”, p. 337.

²²¹ D'ASPREMONT, 2011, op. cit., p. 432. No texto original, “Rights and duties presuppose the existence of legal personality whereas legal personality only manifests itself through the existence of rights and duties”.

É preciso ter em mente que a participação atual como *amicus curiae* não equivale à participação como parte no processo. Além disso, embora sua participação tenha sido aceita do ponto de vista jurídico geral, [essa intervenção dos atores não estatais como] *amicus curiae* só muito raramente foi efetivamente aceita nos casos (tradução nossa)²²².

Neste mesmo sentido, interessante estudo foi desenvolvido por Dinah Shelton²²³ sobre as vantagens e desvantagens da utilização desse instrumento em expedientes perante Cortes e Tribunais internacionais. Apesar de reativar o interesse participativo dos atores não estatais ao processo legiferante e decisório, existe uma clara desvinculação do *amicus curiae* do resultado final do processo, além da flagrante limitação material de sua intervenção. Entretanto, o sistema de resolução de controvérsias beneficia-se da utilização deste engenho por seu baixo custo econômico e o aporte de configuração mais democrática dos procedimentos internacionais.

Possuidor de opinião mais franca, Cedric Ryngaert, segue argumentando no sentido de que deveríamos atribuir-lhes personalidade plena

O *ad hoc-ismo* ainda está na ordem do dia: instituições selecionadas conferem direitos participativos selecionados aos atores não estatais selecionados (seria de fato muito otimista afirmar que a maioria das instituições confere a maioria dos direitos participativos à maioria dos atores não estatais). A viabilidade da abordagem aqui defendida pode, portanto, ser questionável. Mas tendo em mente que não há nada tão prático quanto uma boa teoria, qualquer explicação teórica, por mais ideal-típica que

²²² BRABANDERE, Eric de. Non-state actors and human rights: corporate responsibility and the attempts to formalize the role of corporations as participants in the international legal system. In: **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. D'ASPREMONT, Jean (ed.). Routledge, 2011, p. 354. No original "one needs to bear in mind that current participation as *amicus curiae* is not tantamount to participation as a party in the proceedings. Moreover, although their participation has from a general legal perspective been accepted, *amicus curiae* briefs have only very rarely been effectively accepted in cases".

²²³ SHELTON, Dinah. The Participation of Non-governmental Organisations in International Judicial Proceedings. **The American Journal of International Law**. Vol 88, 1994, pp. 611 e 612. "The role of *amicus* offers certain advantages compared to other forms of participation. It is generally less costly and time-consuming than mounting a full case, allowing the organisation to share the litigation burden with the parties; *amici* are not bound by the decision and not prevented from relitigating issues in the case should the holding be unfavorable; unlike experts or witnesses, they generally may raise any issue the court could raise on its own motion and are not limited by questions presented to them or to matters pleaded by the parties; and finally, it is usually easier for them to participate because the interest required for *amicus* status is less than required for intervention. An intervenor must have a direct personal interest in the res of the suit, an interest that will entail a gain or loss by the direct legal operation of the judgment. In contrast, courts usually permit an *amicus* to participate on the basis of a general interest, including the desire to revent a collusive suit, to protect unrepresented persons or the public interest, or to point out error to the court. There are also disadvantages to being an *amicus*. Unlike parties, including intervenors, *amici* cannot control the direction or management of the action; they generally are not served papers or others documents in the case; they cannot offer evidence, examine witnesses or cross-examine them; and they cannot be heard without special leave in the court. Also important, *amici* are not entitled to any compensation or costs as may be allowed to a party. Although some groups may find that the disadvantages outweigh the advantages, *amicus* status may be the only available avenue of participation in many international cases".

possa parecer, tem o potencial de abrir os olhos dos guardiões do sistema atual. No nosso caso, isso significaria abrir os portões com o objetivo de conceder aos desprivilegiados do sistema jurídico internacional – atores não estatais – seu lugar de direito, garantindo assim a continuidade da legitimidade e eficácia do direito internacional. Ao fazê-lo, eventualmente, uma genuína ‘comunidade internacional’ poderia ser constituída (tradução nossa)²²⁴.

Finalmente, como será esmiuçado no próximo tópico, há ainda quem recorresse a noções como as de participantes do direito internacional, extrapolando os limites da dicotomia do objeto/sujeito e driblando o debate da personalidade²²⁵.

A grande maioria dos pensadores segue otimista quanto à possibilidade de ampliar o leque de atores com personalidade e solidificar sua responsabilidade. Na verdade, existe uma lista de razões acidamente proposta por Alston²²⁶ para aqueles que mostraram relutância em repensar o papel do Estado no paradigma atual: uma falta de imaginação intrínseca; uma afinidade natural com o *status quo*; um compromisso profundamente enraizado com o internacionalismo; uma relutância em morder a mão que os alimenta; ou uma simples convicção de que o respeito pelo sistema atual funciona melhor para a efetividade dos direitos humanos do que qualquer nova ideia já proposta.

Em outras palavras, a subjetividade e personalidade jurídica internacional foram concebidas para estimular o reconhecimento da relevância jurídica das ações judiciais e não para excluir entidades internacionais; mesmo admitindo-se que o Estado segue sendo o principal sujeito, os atores não estatais podem e devem ser regulamentados pelo direito internacional. A análise crítica da noção de responsabilidade jurídica internacional segue sendo realizada por diversos estudiosos internacionalistas, porém seguimos longe de um consenso tanto na doutrina quanto no acervo decisório internacional sobre o tema.

²²⁴ RYNGAERT, op. cit., p. 87. No original “*Ad hoc*-ism is still the order of the day: selected institutions confer selected participatory rights on selected non-State actors (it would in fact be overoptimistic to state that most institutions confer most participatory rights on most non-State actors). The feasibility of the approach advocated here may therefore be open to doubt. But bearing in mind that there is nothing as practical as a good theory, any theoretical account, however ideal-typical it may appear, has the potential of opening of the eyes of the gatekeepers of the current system. In our case, this would mean pushing the gates ajar with a view to granting the disenfranchised of the international legal system – non-State actors – their rightful place, thereby ensuring the continuing legitimacy and effectiveness of international law. In so doing, eventually, a genuine ‘international community’ could be constituted”.

²²⁵ CLAPHAM, op. cit., p. 60. “The concept of a subject of international law is today often deemed unhelpful; and scholars increasingly avoid speculation on which non-state actors can be described as subjects. It is suggested that much of the contemporary doctrine on this topic simply reflects whether the commentators see any policy advantage to extending the traditional notion of subjects of international law. Even those commentators who take a functional approach to the necessity of addressing non-state actors have, however, failed to conclude whether formal status should be extended to non-state actors”.

²²⁶ ALSTON, 2005, op. cit., p. 34.

2.1.3.4.3 Participantes da Sociedade Internacional

O termo participantes, cunhado pela escola de New Haven²²⁷, nasceu da necessidade de entender as relações entre os mundos do Direito e do Poder. Ao desbravar as semelhanças e diferenças entre direito e política, essa escola ultrapassou a linguagem dicotômica sujeito/objeto e dinamizou o vocabulário até então utilizado nas Relações Internacionais. Seu estudo visaria entender o Direito não como uma entidade isolada, mas como uma ciência fruto de um processo social e atrelada aos universos do poder e da política e, apesar de não concebida especificamente para o Direito Internacional, foi nesta seara na qual encontrou maior notoriedade. Nessa medida, a lógica do direito internacional seria falha quando admite uma superênfase nas regras técnicas ou no “poder nu” como fator na tomada de decisões²²⁸. Para sanar essa suposta incompreensão do mundo contemporâneo, essa escola propõe ponderar entre ênfase racional em regras (direito) combinada com controle efetivo (poder) e sugere uma abordagem politicamente orientada. McDougal, em seu curso para Academia de Haia, segue criticando fortemente as teorias contemporâneas que, “obcecadas com uma concepção técnica de ‘sujeitos de direito internacional’, continuam, ainda atualmente, a superestimar exacerbadamente o papel do Estado-Nação e subestimar o papel de todos os outros novos participantes”²²⁹. Nesse cenário, segundo McDougal, persiste a imensa dificuldade em definir uma descrição compreensível do que seriam esses participantes e quais seriam suas ferramentas, funções e limitações no panorama internacional.

Segundo essa escola de pensamento, para entender os processos de tomada de decisões deveríamos focar principalmente 7 aspectos: participantes (todos aqueles que possam influenciar, independente do grau de importância), suas perspectivas, as situações de interação, os valores-base, as estratégias utilizadas, seus resultados e seus efeitos. Como critérios de categorização desses participantes eles indicam: influência, estabilidade e disponibilidade de ser alvo de sanção. Além disso, identificam claramente seis participantes das relações internacionais: Estados, organizações governamentais, partidos políticos transnacionais, grupos de pressão transnacionais, associações privadas transnacionais e

²²⁷ Essa escola, fundada por Myres S. McDougal e Harold D. Lasswell e refinada por W. Michael Reisman, todos os três advindos da Yale Law School.

²²⁸ McDOUGAL, Myres. *International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception*. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, 1953, pp. 137-144.

²²⁹ *Ibid.*, p. 161. No original, “Contemporary theory about international law, obsessed by a technical conception of the ‘subjects of international law’, continues, however, greatly to over-estimate the role of the ‘nation-state’ and to underestimate the role of all these other new participants”.

indivíduos. Como detalhes táticos e estratégias utilizadas por esses atores eles propõem, em contraste dos binômios clássicos de pacto/força, paz/guerra, os seguintes instrumentos de ataque ou defesa para moldar ou transferir poder: diplomacia, propaganda, economia e meios militares²³⁰.

Apona-se que seria irreal superenfatizar a efetividade das sanções existentes na arena mundial hoje ou simplesmente negar sua existência ou possibilidade de melhora. Esse *policy oriented approach* não buscará uma “regressão infinita de verbalismos para inventar alguma ‘força vinculante’ mística”²³¹. McDougal aponta, nessa perspectiva, que essa Escola aporta uma benéfica mudança no entendimento das Relações Internacionais.

Abjurando as derivações e justificativas metafísicas de todas as escolas anteriores, ela se engajará na investigação empírica de quais sanções estão de fato disponíveis para quais tomadores de decisão em quais contextos, como tais sanções podem ser tecnicamente melhoradas e como um consenso da comunidade pode ser promovido, o que exigirá o emprego mais eficaz de todas as sanções disponíveis. [...] Sem a orientação do direito internacional de uma teoria abrangente sobre as inter-relações do poder mundial e os processos sociais, muitas dessas investigações ainda estão em um estado lamentavelmente fragmentado (tradução nossa)²³².

Essa Escola teria, segundo o discurso tradicional dos internacionalistas, maculado a distinção entre direito e política destacando-se, entre as críticas, 3 tópicos principais: sua complexidade teórico-linguística, promoção dos interesses da política externa norte-americana e o contorno jurídico da *policy-oriented jurisprudence*²³³.

A primeira crítica acusaria essa escola de utilizar uma linguagem deveras “privativa e altamente esotérica”, “idiossincrática”, “com passagens elípticas” e “um estilo um pouco agressivo” na busca de uma “concepção iconoclasta de direito internacional”²³⁴. Essa barreira teórico linguística foi reconhecida pelos próprios criadores da escola²³⁵. Saindo em defesa

²³⁰ Ibid., entre pp. 172 e 178.

²³¹ Ibid., p. 188. “It should require no great elaboration that a policy-oriented international law will not seek in an infinite regress of verbalisms to discover some mystical ‘binding force’, independent of particular decision-makers in particular contexts, for its prescriptions”.

²³² Ibid., p. 257. No idioma original: Abjuring the metaphysical derivations and justifications of all the schools, it will rather engage in empirical investigation of what sanctions have in fact been available to what decision makers in what contexts and consider both how such sanctions may be technically improved and how a community consensus may be promoted which will demand the more effective employment of all available sanctions. [...] Without the guidance from international law of comprehensive theory about the interrelations of world power and social processes, many of these inquiries are still in regrettably piecemeal state.

²³³ LIBRELOTTO, Tais Bastiani. **A política no Direito Internacional: por uma análise da Escola de New Haven**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014, pp. 83 à 122.

²³⁴ LIBRELOTTO, op. cit., pp. 90 e 91.

²³⁵ McDougal, respondendo crítica de Oran Young, igualmente de Yale: nós confessamos que a nossa preocupação não reside apenas em tornar a investigação fácil e parcimoniosa, mas sim aumentar a eficácia tanto da investigação quanto da decisão autorizada em um mundo que é, infelizmente, complexo. McDOUGAL, Myres. International law and social science: a mild plea in avoidance. **The American Journal of International**

desse arcabouço comunicativo, Librelotto termina por comentar que a compreensão dessa escola exige “um conhecimento profundo das ciências sociais e política e de suas correspondentes teorias. Ou seja, está-se no pântano arenoso da interdisciplinaridade”²³⁶.

A segunda censura parte da pressuposta promoção do modelo liberal e interesses norte-americanos, sendo o “ponto nevrálgico” dos críticos dessa escola²³⁷. Koskenniemi aponta que ela seria, portanto, uma tentativa de racionalização do imperialismo norte-americano ou mesmo ocidental²³⁸ que pressupõe a existência de uma única e homogênea sociedade internacional embebida de valores ocidentais²³⁹.

A defesa, reflexa ou indireta, de valores associados aos Estados Unidos enquadra-se dentro da proposta da Escola, a qual, além de ter a teoria sobre direito como abordagem, a aplicação da teoria a um campo do direito como programa, se caracteriza por uma aventura: promover a ordem pública global da dignidade humana. Portanto, se para promover essa ordem, o melhor seria defender o modelo norte-americano, então, defendê-lo não era uma opção, mas sim, uma necessidade. Essa parece ser uma explicação plausível à própria defesa que a Escola de New Haven faz aos valores de democracia liberal e, em especial, à visão de dignidade humana.

Como terceira e última grande crítica, Koskenniemi aponta que a *policy-oriented jurisprudence* propõe alimentar o alcance do direito internacional em detrimento de sua força normativa e neutralidade²⁴⁰. Essa abordagem, ao fusionar duas ciências distintas, penderia

Law, vol 68, 1972, p. 77. No original “We confess that our concern is not merely for making inquiry easy and parsimonious, but for increasing the effectiveness of both inquiry and authoritative decision in a world which is, unfortunately, complex. Viewing the world scene as a whole, we find it possible, as do many others, to observe transnational processes of authoritative decision in which conjoined patterns of authority and control are diffused about the globe in varying geographic reach, with some patterns embracing the whole global arena”.

²³⁶ LIBRELOTTO, op. cit., p. 98.

²³⁷ Ibid., p. 99.

²³⁸ KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations**. Cambridge University Press, 2004, p. 484. “Nor am I relying on the fact that the concepts of ‘liberalism’ or ‘democracy’ in this literature refer back to an American understanding that links them with determined (Western) liberal institutions. What I want to say, instead, is that the interdisciplinary agenda itself, together with a deformalized concept of law, and enthusiasm about the spread of ‘liberalism’, constitutes an academic project that cannot but buttress the justification of American empire, as both Schmitt and McDougal well understood. This is not because of bad faith or conspiracy on anybody’s part. It is the logic of an argument – the Weimar argument – that hopes to salvage the law by making it an instrument for the values (or better, ‘decisions’) of the powerful that compels the conclusion.”.

²³⁹ LIBRELOTTO, op. cit., pp. 105 e 106.

²⁴⁰ KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge University Press, 2005, p. 204. E continua: policy-approach lawyers base their claim to objectivity on scientist assumptions. They believe they are objective as they focus on observable decision-making, authority and effectiveness and not on rules and their abstract validity. Their interdisciplinary orientation — the links with legal realism and sociological behaviourism — suggests a claim for scientific objectivity which a rules approach would seem unable to make. But the policy-approach remains ultimately unable to maintain its claimed objectivity. Its project will be vulnerable to the objection of lapsing either into uncritical apologism or naïve utopianism.

para a política e controle efetivo, não obtendo respostas legais para as questões de direito²⁴¹. Finalizando sua avaliação o afamado internacionalista finlandês aponta o maléfico cientificismo dessa Escola

Resumindo: a abordagem política concebe um direito de amplo alcance, mas fraco em força normativa. Para corrigir este último defeito, utiliza-se de ideias naturalistas ou ideias inexplicáveis de justiça que são, no entanto, minadas pelo cientificismo através do qual [essa abordagem] criticou o naturalismo padrão e o positivismo (tradução nossa)²⁴².

Essa atitude pode ser compreendida quando se analisa o momento histórico e a influência de outras correntes de pensamento no contexto da criação da Escola, como o realismo jurídico e, destarte o peso dos argumentos e autoridade de seus críticos, é inegável que ela coagiu os internacionalistas tradicionais a um debate sadio e frutífero, enfocando finalmente e felizmente em temas como comprometimento normativo, abordagem flexível a respeito dos atores internacionais, além do enfoque empírico e interdisciplinar²⁴³. Rosalyn Higgins, referindo-se à essa Escola comenta que “porque eu acredito que não haja como evitar a relação essencial entre direito e política, eu também acredito que seja desejável que fatores políticos sejam tratados de forma sistemática e aberta”²⁴⁴. Nessa mesma linha de pensamento, relembra Noortmann que, não obstante a lucidez das críticas feitas à essa escola de pensamento, importa, em pleno século XXI, finalmente perceber a interdisciplinaridade inerente ao Direito Internacional.

Uma abordagem interdisciplinar aos participantes não estatais e a sua participação reconheceria as opiniões e práticas desses participantes como uma variável no processo de compreensão do mundo além do Estado. Um mundo que não se constrói apenas em torno dos conceitos jurídicos de regras, procedimentos e instrumentos, mas se estende igualmente para além da força política de interesses, processos e capacidades (tradução nossa)²⁴⁵.

²⁴¹ Ibid., p. 207. “There is this problem: blurring the law/politics distinction will result in a law which seems to exist everywhere but which is devoid of critical, normative force. To escape apologism, one has to postulate the existence of objective values. But as there is no test to demonstrate the correctness of these values, this strategy will turn against the policy-approach the objection it advanced against its rivals, namely that of metaphysical subjectivism. This is fatal for the policy-approach on its own scientist standards”.

²⁴² Ibid., p. 209. Citação no original, “To sum up: the policy-approach creates a law which is wide in scope but weak in normative force. To correct the latter defect, it uses naturalistic or unexplicated ideas of justice which are, however, undermined by the scientism through which it criticized standard naturalism and positivism”.

²⁴³ LIBRELOTTO, op. cit., p. 89.

²⁴⁴ HIGGINS, op. cit., p. 5.

²⁴⁵ NOORTMANN, Math. Towards an interdisciplinary approach to non-state participation in the formation of global law and order. In: D’ASPREMONT, Jean (ed.). **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. Routledge, 2011, p. 79. No original “An interdisciplinary approach to non-state participants and non-state participation would acknowledge the opinions and practices of these participants as a variable in the process of understanding the world beyond the state. A

2.1.3.5 Fundamentação e fontes do Direito Internacional

Inúmeros estudos foram dedicados às fontes do Direito Internacional, cabendo primeiramente destacar a diferença destas com os fundamentos de Direito Internacional. Esse último está relacionado com a legitimidade e obrigatoriedade do Direito Internacional, as razões jurídicas capazes de explicar sua aceitação e cumprimento pela sociedade internacional; já as fontes seriam os motivos de fato, filosóficos, políticos, sociais, econômicos, históricos ou religiosos de sua observância.

A fundamentação do Direito Internacional é um debate com 2 correntes principais. A doutrina voluntarista ou consensualista prega que a legitimidade e obediência às normas internacionais derivam da vontade estatal, seja ela expressa ou tácita. Partindo de uma vertente claramente positivista, essa fundamentação com lastro na vontade coletiva dos Estados parte do aforisma filosófico interdisciplinar do *pacta sunt servanda*, também utilizado no âmbito doméstico. Já a doutrina objetivista, abraçada por Emer de Vattel²⁴⁶, preconiza que o direito internacional não é um produto da vontade humana, e sim um elemento inerente à sociedade internacional, próximo ao direito natural.

Saindo desse dualismo, uma terceira doutrina sugere que a razão é a norma *pacta sunt servanda*, já que alguns princípios jurídicos são alçados ao patamar superior ao da vontade dos Estados, mas sem que se deixe totalmente de lado a vontade desses mesmos Estados. Nas palavras de Alfred von Verdross²⁴⁷, "não é a vontade como tal, quer a de um Estado, quer a comum de todos ou de vários Estados, que faz nascer o direito internacional; a força obrigatória deste decorre da regra objetiva *pacta sunt servanda* que impõe aos Estados o respeito da palavra dada". Mazzuoli²⁴⁸ categoriza essa terceira vertente como uma teoria objetivista temperada e aponta que a norma *pacta sunt servanda* foi definitivamente

world that is not solely constructed around the legal concepts of rules, procedures and instruments, but equally extends beyond the political force of interests, processes and capacities".

²⁴⁶ VATTEL, op. cit., p. 10.

²⁴⁷ VERDROSS, Alfred von. Le fondement du droit international, **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, vol. 16 (1927-I), p. 288. Citação no original: Ce n'est donc pas la volonté comme telle, soit la volonté d'un État, soit la volonté commune de tous ou de plusieurs États, qui fait naître le droit international, mais la force obligatoire de celui-ci découle de la règle objective «pacta sunt servanda» qui impose aux États le respect de la parole donnée.

²⁴⁸ MAZZUOLI, op. cit., p. 122-126.

consagrada, em 1969, quando da adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que a positivou (inclusive com o próprio nome de *pacta sunt servanda*) no seu artigo 26²⁴⁹. De qualquer maneira, conforme preleciona Tiburcio, é "amplamente aceito pela doutrina tradicional, o que confere obrigatoriedade aos tratados é a norma *pacta sunt servanda*, que integra o conjunto dos princípios gerais amplamente reconhecidos e respeitados pela sociedade internacional"²⁵⁰.

A fonte, contrariamente à fundamentação, “não é a origem da água; ela é sua manifestação exterior, o fato por si e probatório, o elemento captável e utilizável”²⁵¹ e pode ser classificada em real/material (verdadeira, fundamental, racional, objetiva) e positiva/formal (dão forma ao direito objetivo e preexistente, normas sancionadas, manifestação das fontes reais). Ian Brownlie, contudo, afirma que “no contexto das relações internacionais a utilização da expressão fonte formal é inadequada e enganadora, uma vez que o leitor é levado a pensar no mecanismo constitucional de elaboração das leis existente ao nível interno [que] não existe para a criação de normas de Direito Internacional”²⁵². No mesmo sentido, no Brasil, Miguel Reale critica a divisão em fontes formais e materiais. Entretanto, contrariamente à Brownlie, considera essencial estudar como fonte do direito aquilo que foi processado e formalizado dentro de uma das 4 fontes por excelência do Direito (lei, costume, sentença ou contrato – poder legislativo, poder judiciário, poder social e poder negocial). Ainda em oposição ao acadêmico inglês, Reale condena a utilização do termo “fonte material” na Ciência do Direito pois, segundo o ilustre jusfilósofo brasileiro, elas referem-se ao exame do conjunto de fatores sociológicos, econômicos e culturais que condicionam a decisão do poder no ato de edição e formalização do Direito²⁵³.

Além das clássicas fontes material e formais (chamadas por alguns autores de fontes primárias), existem igualmente meios auxiliares e fontes secundárias, dentre as quais

²⁴⁹ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados** (Viena, 23 de maio de 1969). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 14 de maio de 2023. “Artigo 26: Pacta sunt servanda. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”.

²⁵⁰ TIBÚRCIO, Carmem. **Temas de Direito Internacional**. Ed. Renovar, 2006, p. 5.

²⁵¹ SCALLE, George. Essai sur les sources formelles du droit international. In: **Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 400. No original “La source n'est pas l'origine de l'eau ; elle est sa manifestation extérieure, le fait perçu et probant, l'élément capable et utilisable”.

²⁵² BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 13.

²⁵³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. Ed. Saraiva, 2001, pp. 129-131.

destacam-se a jurisprudência, doutrina, analogia e equidade, atos unilaterais dos Estados, decisões de organismos internacionais e os famigerados *soft law* e *ius cogens*^{254 255}.

Finalmente, cabe destacar o caráter sistematizador trazido pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça ao elencar os elementos aplicáveis pelos árbitros na solução de controvérsias internacionais²⁵⁶. Algumas críticas populares à redação deste dispositivo são: manutenção da expressão “nações civilizadas”^{257 258}; ausência de distinção entre as fontes materiais e formais e inclusão das fontes secundárias ou acessórias²⁵⁹; falta de clareza quanto à existência de hierarquia.

²⁵⁴ Muito se produz sobre essas duas fontes. O *ius cogens*, apesar de amplamente reconhecido como norma imperativa *erga omnes*, não logrou uma definição consensual da doutrina e jurisprudência, o que limita consideravelmente sua força prática. Já o *soft law* seria um tipo de protocolo de intenções, flexível e sem caráter jurídico, essa modalidade nem mesmo é considerada fonte de direito internacional por alguns autores.

²⁵⁵ Além da reputada sistematização das fontes de Direito Internacional como formal x material e fontes primárias x secundárias, cabe destacar que no âmbito da governança global e do pluralismo jurídico, Gunther Teubner discrimina as fontes como centrais e periféricas. Haveria, portanto, uma tendência à descentralização da força criadora do direito que, antes notadamente estatal, passa a ser gradativamente produzido de maneira periférica, por muitos setores da sociedade civil e com alta natureza especializada e técnica. TEUBNER, op. cit., p. 18.

²⁵⁶ Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça

“1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar;

2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;

4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.

6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**, 1945b.

Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em 23/02/2022.

²⁵⁷ Nesse sentido, defende-se o termo “nações civilizadas” como reflexo do colonialismo e imperialismo, presentes nas fundações do direito internacional moderno. Ele teria, portanto, a função evidente de afastar as culturas não europeias do Direito Internacional, através de uma lógica maniqueísta excludente pois dizer “civilizado” implica em negar seu antônimo: não civilizado, bárbaro, grosseiro, subversivo, selvagem. SILVA JÚNIOR, Airton Ribeiro da. *Direito Internacional para Nações Civilizadas: Crítica à redação do artigo 38 (1) (c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. In: MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valeska Raizer Borges. (Org.). **Direito Internacional**. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 274-291.

²⁵⁸ Existe na própria CIJ discurso nessa postura, conforme demonstra opinião exposta pelo Juiz libanês da Corte Internacional de Justiça, Fouad Ammoun em Opinião em Separado do Caso da Plataforma Continental (1969) “The discrimination between civilized nations and uncivilized nations, which was unknown to the founding fathers of international law, the protagonists of a universal law of nations, Vittoria, Suarez, Gentilis, Pufendorf, Vattel, is the legacy of the period, now passed away, of colonialism, and of the time long-past when a limited number of Powers established the rules, of custom or of treaty-law, of a European law applied in relation to the whole community of nations” INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**. Judgment of 20 February 1969. Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, p. 132-133. Disponível em <https://www.icj-cij.org/case/52/judgments>. Acesso em 4 de agosto de 2023.

²⁵⁹ SUR, Serge. **Relations internationales**. Ed. Montchrestien, Paris, 2011, p. 236.

Sobre a última crítica, embora o artigo não estabeleça uma hierarquia e a doutrina defenda majoritariamente que não existe prevalência entre elas²⁶⁰, a leitura dos *Procés-Verbaux* de elaboração do Estatuto da CPJI²⁶¹ nos leva a acreditar que a ordem prescrita no dispositivo não é fortuita e a Corte deve, preferencialmente, observar as fontes sucessivamente de (a) a (d)²⁶². Lembra-se, entretanto, que o artigo 38 do Estatuto é uma das fontes que a doutrina aponta como basilar para o direito internacional, mas não é a única. Notadamente o artigo não tinha, no momento de sua formulação, a intenção de servir como mecanismo de determinação de fontes, mas de base jurídica para as decisões da Corte. Certamente foi elaborado em um período no qual a ordem jurídica não tinha a dimensão e heterogeneidade que permeiam hoje as relações internacionais. De qualquer forma, nunca foi a pretensão dos legisladores elaborar uma enumeração exaustiva e *numerus clausus* das fontes de direito internacional, ou seja, o direito internacional pode ser elaborado por outros instrumentos silentes ao artigo 38²⁶³.

Tendo isto em mente, talvez se possa concordar com a sugestão de que, ao invés de se classificar abstratamente as modalidades de fontes, mais apropriado seria examinar o *corpus* global de “autoridade juridicamente significativa para uma determinada decisão”; o artigo 38 do Estatuto da CIJ representaria, pois, ao invés de enumeração exaustiva das “fontes”, provavelmente nada mais do que “um catálogo descritivo com razoável grau de exatidão histórica”²⁶⁴.

Finalmente, importa ressaltar que, conforme aponta Cançado Trindade, as fontes do Direito Internacional são categorias em “constante e dinâmica interação, não se exaurindo em classificações teóricas que refletem tão somente os meios de manifestação do direito internacional prevalentes em determinado momento histórico”²⁶⁵.

²⁶⁰ Nesse sentido, Celso de Albuquerque Mello argumenta não haver hierarquia entre tratado e costume, havendo possibilidade de tratado mais recente derogar ou modificar um costume, e vice-versa. MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, v. 1, 12a edição, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 284.

²⁶¹ "The PRESIDENT [Baron Descamps] remarked however, that there was a natural classification. If two States concluded a treaty in which the solution of the dispute could be found, the Court must not apply international custom and neglect the treaty. If a well-known custom exists, there is no occasion to a general principle of law. We shall indicate an order of natural precellence, without requiring in a given case the agreement of several sources." LEAGUE OF NATIONS. **Advisory Committee of Jurists Procés-Verbaux of the Committee**. June 16th-July 24th 1920, with Annexes. The Hague: Van Langenhuysen. 1920, p. 337.

²⁶² PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSCHAT, Christian; OELLERS-FRAHM, Karin; TAMS, Christian J. (Orgs.). **The Statue of the International Court of Justice: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 841.

²⁶³ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Curso de Direito Internacional**, volume 1. Ed CEDIN, 2020. p. 172 e 173.

²⁶⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2. ed., Brasília: FUNAG, 2017, p. 61.

²⁶⁵ Idem.

2.1.3.6 Relação entre atores não estatais e as fontes

Após o discorrido, propõe-se analisar a relação dos atores não estatais a partir da seguinte lista de fontes de Direito Internacional: tratados internacionais, costume internacional, princípios gerais de direito, atos unilaterais dos Estados, decisões de organizações internacionais, obrigações *erga omnes*, normas de *jus cogens* e *soft law*. As três primeiras fontes estão elencadas no texto do artigo 38 do ECIJ, sendo as restantes comumente apontadas pela doutrina ora como fontes secundárias ora como meios auxiliares. Escolheu-se não abordar alguns itens como jurisprudência internacional, entendimento doutrinário, analogia e equidade pois considera-se que os dois primeiros são meios auxiliares de averiguação de fontes e os dois últimos "pseudo-fontes", utilizados em casos de vazio normativa²⁶⁶.

2.1.3.6.1 Das fontes constantes no artigo 38 do ECIJ: tratados, costumes e princípios

Independente da hierarquia ou taxatividade do artigo 38 do ECIJ, após uma simples leitura das fontes existentes pode-se constatar que os tratados são, incontestavelmente, a principal e mais concreta fonte de Direito Internacional. Esse instrumento possibilita o aporte de segurança, estabilidade e força normativa às relações internacionais, além de considerar as vontades estatais e valorizar o princípio *do pacta sunt servanda*. Ao estudo da teoria dos tratados dá-se o nome de Direito dos Tratados que, de acordo com Tiburcio, "[é temática] das mais ricas no Direito Internacional, não se tendo chegado, até hoje, a um consenso sobre a maior parte dos seus objetos de estudo. Em especial, a questão dos conflitos entre tratados e as fontes internas de cada Estado"²⁶⁷.

²⁶⁶ Segundo MAZZUOLI, op. cit., p. 152 e ss, "tanto a jurisprudência quanto a doutrina não são tecnicamente fontes do direito, pois delas não nasce e não ganha forma nenhum direito; são apenas meios auxiliares para que se determine corretamente o direito alegado em questão". "[A analogia e equidade são] soluções eficientes para enfrentar o problema da falta de norma jurídica regulamentadora a determinado caso concreto, ou mesmo para suprir a inutilidade da norma existente, a fim de se poder solucionar, com um mínimo de justiça, o conflito de interesses. Em ambos os casos - quer na analogia ou na equidade - tanto mais se justifica considerá-las formas ou meios de completude do sistema jurídico do que como fontes (sequer pseudo-fontes) do Direito Internacional Público".

²⁶⁷ TIBURCIO, op. cit., p. 4.

Outro ponto relevante no que se refere à essa fonte é a terminologia adotada já que, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969²⁶⁸, artigo 2º, "tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica". Percebe-se então que este termo uma expressão genérica, havendo menção no Dicionário Jurídico de Oxford "tal acordo pode vir nomeado como convenções, pactos, protocolos, atos finais, arranjos e atos gerais. [...] Constituem o equivalente ao contrato [...] e eventualmente se transformam em direito internacional consuetudinário"²⁶⁹.

As entidades não estatais, entretanto, estão de maneira geral excluídas desse instrumento, conforme comentado no início deste trabalho. A configuração atualmente utilizada permite apenas Estados como partes signatárias e confere, quando muito, às organizações internacionais o papel de organizadora ou mediadora desses acordos.

O costume internacional é a fonte historicamente mais antiga e deveras importante tendo em vista a inexistência de codificação ou centro integrado de produção de normas jurídicas no Direito Internacional. Antes mesmo da formação dos Estados e da construção de qualquer tratado, essa fonte regeu (e rege) campos tais como Direito Marítimo, Direito da Guerra, Direito Comercial e Direito Diplomático. Considerando toda a complexidade na assinatura e ratificação dos tratados (além da lentidão de sua formulação), muitas matérias seguem, até hoje, sendo regulada pelos costumes. A doutrina clássica aponta como elementos formadores do costume a prática internacional e *opinio juris*, características repensadas na modernidade²⁷⁰.

²⁶⁸ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados** (Viena, 23 de maio de 1969). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 14 de maio de 2023.

²⁶⁹ MARTIN, Elizabeth. **Oxford Dictionary of Law**. Oxford University Press, fifth edition, 2002, p. 507. No original "treaty n. An international agreement in writing between two states (a bilateral treaty) or a number of states (a multilateral treaty). Such agreements can also be known as conventions, pacts, protocols, final acts, arrangements, and general acts. Treaties are binding in international law and constitute the equivalent of the municipal-law contract, conveyance, or legislation. Some treaties create law only for those states that are parties to them, some codify pre-existing customary international law, and some propound rules that eventually develop into customary international law, binding upon all states (e.g. the Genocide Convention). Federal states, colonial states, and public international organizations are sometimes also able to enter into treaty obligations. The Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) defines in detail the rules relating to inter-state treaties and is itself generally considered to declare or develop customary international law in this area. Treaties are normally concluded by the process of ratification".

²⁷⁰ D'Aspremont, por exemplo, defende que não existe diferença entre esses dois conceitos, desmentindo a doutrina e jurisprudência bipartida e julgando ambos elementos como duas faces da mesma moeda. D'ASPREMONT, 2020, op. cit., pp. 169 e seguintes. "Custom is known to most legal systems where it refers to an unwritten process whereby normativity is behaviourally generated short of any written instrument. It is well known that, in international law, custom has been systematised through a two-tier process. This is the so-called 'two-element doctrine' of customary international law, which distinguishes between practice and *opinio juris*."

Entre os estudiosos do direito persiste o debate se, havendo discordância entre costume e tratado, qual deveria prevalecer. Entre os autores que defendem a prevalência dos costumes sobre leis e tratados importa destacar Savigny e Mendelson, que advertia sobre os perigos do "enfoque formalista típico do profissional do direito interno"²⁷¹. Visto a inexistência de consenso sobre ordem hierárquica das fontes, àqueles que defendem prevalência dos costumes sobre tratados, cabe apontar clássica crítica da doutrina soviética²⁷² e oriental²⁷³ ao acusar que a suposta prevalência do costume serviria aos interesses hegemônicos dos Estados ocidentais já que os mesmos decidiriam reconhecer valores e práticas de acordo com sua conveniência. Além deles, essa prevalência é criticada em massa pelos estudiosos de “países do 3º mundo” que apontam o direito consuetudinário internacional

This two-element variant of custom has been elevated to one of the fundamental modes of identification of international legal rules as well as a central mode of law-making by virtue of a narrative that derives this two-element doctrine not from the practice of international courts and tribunals, but from the Statute of the Permanent Court of International Justice. [...] The drafting history of article 38 even shows that the drafters did not seriously discuss what was meant by customary international law and certainly not the need to distinguish between practice and *opinio juris*. They simply ‘had no very clear idea as to what constituted international custom’. In other words, they ‘did not have in mind a splitting-up of the definition of custom into two distinct elements’. [...] **It is argued here that, in their hunt for practice, international lawyers have thus espoused lethal all-embracing construction whereby practice and *opinio juris*, behavioural practice and interpretative practice, and declarative and constitutive processes as two elements of the same dialectical process, if not two faces of the same coin.** This conflation between the declarative, the constitutive and the interpretative can only be fatal for the two-element doctrine of customary law in international legal theory and practice. By allowing the constitutive, the declarative and the interpretative to overlap and by accepting that the **practice be constitutive of the *opinio juris* and the *opinio juris* be constitutive of practice**, international lawyers are simply tearing down the two-element construction which they had been so painstakingly and patiently tried to build and improve”, ênfase adicionada.

²⁷¹ MENDELSON, Maurice. The formation of customary international law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1998, t. 272, p. 169.

²⁷² “The doctrine according to which customary norms recognized as such by a considerable number of States are binding upon all the States implies a considerable danger in the epoch of coexistence. This point should be specifically emphasized in view of the fact that this doctrine is widely accepted by western writers, and some judgments of the International Court of Justice may be interpreted in favour of this doctrine. This doctrine may certainly encourage a definite group of States to try to impose upon new States, for instance upon socialist States or newly born States of Asia and Africa. [...] [T]hat tendency may lead to serious international complications”. TUNKIN, Grigory Ivanovic. Co-Existence and International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, v. 95, III, 1958, pp. 20 e 21.

²⁷³ ANAND, Ram Prakash. Sovereign Equality of Estates in International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, 1986, t. 197. Em páginas 63 e 64, critica-se a priorização e confiança na prática dos Estados em detrimento das normas e princípios metafísicos básicos como uma clara regionalização do Direito Internacional que evidencia o eurocentrismo no pensamento jurídico e político. “The practice of States during the eighteenth and nineteenth centuries, clearly at variance with the equality of States, led many a writer, under the influence of positivism, to deny the efficacy and even the existence of this theory in international law. It is pertinent to note that, while the classical jurists — Spanish theologians, Gentilis, Grotius, Pufendorf, and others — in their teachings relied on the law of nature as the basis of the law of nations, with the rise of nationalism in Europe and under the influence of Enlightenment (faith in reason rather than reliance on religious beliefs) the adherence to natural law philosophy gradually declined and positivist philosophy gained more importance. In international law, it meant more reliance on the practice of States and the conduct of international relations as evidenced by customs and treaties, as against the derivation of norms from basic metaphysical principles. International law, according to positivists, was a product of the consent of States, whether presumed, voluntary, or tacit, and was reflected in their practice and agreements, formal or informal. Another important consequence of the positivist philosophy was the development of Eurocentrism in legal and political thinking and regionalization of international law, as we have noted earlier”.

como fruto de um processo pouco democrático, moldado por Estados poderosos em detrimento dos interesses de Estados mais frágeis. O costume seria visto como uma fonte de raízes eurocêntricas, conservadora e incompatível com a heterogeneidade da sociedade internacional atual²⁷⁴. Esse discurso não é de todo incoerente e alimenta o debate sobre o eurocentrismo na historiografia do Direito Internacional e multiculturalismo nos Direitos Humanos²⁷⁵. Outro debate interessante sobre a dinâmica entre tratados e costumes é a possibilidade de aplicação do direito internacional consuetudinário aos novos Estados recém emancipados politicamente²⁷⁶.

Sobre os elementos formadores do costume cabe apontar que o fator tempo, classicamente assentado por Savigny²⁷⁷, perdeu importância, pois "desde que a uniformidade e a generalidade da prática sejam demonstradas, não é exigida qualquer duração específica. [...] A prática do Tribunal Internacional de Justiça não tem dado importância ao elemento temporal"²⁷⁸, como admite Ian Brownlie. O critério temporal foi substituído pela *opinio juris*, já que "em muitos casos, a Corte [Internacional de Justiça] está disposta a presumir a existência de uma *opinio juris* como evidência de uma prática geral, ou um consenso na literatura, ou nas determinações anteriores da Corte ou de outros tribunais internacionais"²⁷⁹. Dessa diminuição da importância do tempo na determinação de uma prática geral prolongada

²⁷⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira e YIP, César. Customary International Law and the Third World: Do Not Step on the Grass. **Chinese Journal of International Law**, Volume 16, Issue 2, June 2017, p. 254. "It seems almost a corollary of this critical attitude that one should criticize not only particular norms, but also the very methods and techniques through which this law comes into being, with a special emphasis on CIL. The main reason to question CIL lies in the fact that recently independent states had to comply with a normative system in which they had no say, that is, rules that were designed during the colonial period from the practice of 'a handful of western States in their own interests and without the participation of the Asian-African States'. As a result of these undemocratic origins of customary rules, international law would be biased in geographic, religious, economic and political terms. It seemed only natural, therefore, that Third World states should question the validity of norms that were created with little or no consideration to their interests".

²⁷⁵ Sobre o último tema, ver ESTELITA, 2015, op. cit., pp. 207-222.

²⁷⁶ Como aponta Cançado Trindade, esse é um problema clássico da época da descolonização. TRINDADE, 2017, op. cit, p. 68. "Surge aqui um problema, próprio da época da descolonização, qual seja, o de se determinar a aplicação ou não do direito internacional costumeiro aos novos Estados, recém-emancipados politicamente. A questão é controversa, circundada de incertezas".

²⁷⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Traducido del alemán por M.Ch. Guenoux, F. Gongora y compañía Editores, 1878, pp. 124-130. "Dícese, en efecto, que los actos propios para servir de base al establecimiento de un derecho consuetudinario deben reunir los caracteres siguientes: 1. Estos actos deben existir en pluralidad [...]; 2. Deben ser uniformes y constantes [...]; 3. Deben haberse repetido durante un largo espacio de tiempo. La cuestión de su duración ha sido muy debatida. Unos exigen cien años, fundándose en un texto donde la palabra *longoeventum* significa centenario. Otros, apoyándose en el derecho canónico, creen que se trata simplemente de una prescripción ordinaria, del *longum tempus*, es decir, diez años".

²⁷⁸ BROWNIE, op. cit., p. 17.

²⁷⁹ Ibid., p. 8.

nasce a expressão inusitada "direito consuetudinário instantâneo"²⁸⁰ consagrada por Bin Cheng.

Como o direito internacional é um sistema jurídico horizontal no qual os Estados são tanto os *lawmakers* quanto sujeitos do sistema jurídico, a *opinio juris* pode surgir ou mudar instantaneamente.²⁸¹ [...] A análise acima mostra que o costume internacional, longe de ser atrasado ou lento, é uma fonte dinâmica e viva do direito internacional geral: na verdade, ele representa o próprio direito internacional em sua evolução constante (tradução nossa)²⁸².

Essa relativização do critério material do costume, para Bruno Simma e Philip Alston, faria com que meras declarações oficiais possam ser interpretadas como práticas estatais em detrimento do comportamento efetivo dos Estados. Os autores anunciam, dessa maneira, significativa aproximação entre princípios gerais de direito e costumes internacionais, na medida em que a norma consuetudinária passa a prescindir da conduta efetiva dos Estados. O direito consuetudinário enfrentaria, portanto, uma “crise de identidade”²⁸³, abandonando atos concretos e repetidos para apoiar-se em “declarações mais ou menos oficiais dos Estados, manuais doutrinários e opinião pública”²⁸⁴, saindo do costume sábio e adentrando em um tipo de costume selvagem. A consequência dessa mutação, adverte Henzelin com agudo senso crítico, seria de que, ao menos no que concerne o direito penal internacional, o costume irá refletir tão somente a *opinio juris* e que “essa *opinio juris* não precisará ser a dos Estados, mas a de alguma comissão que talvez sequer tenha concluído seus trabalhos ou de alguns gurus, de preferência falando a língua certa na parte certa do mundo” (tradução nossa)²⁸⁵.

²⁸⁰ Esse termo é polêmico e sofreu forte crítica de Trindade. “A despeito de sua originalidade, tal construção veio a ser alvo de críticas. Segundo estas, resoluções da Assembleia Geral da ONU (como as supracitadas) não poderiam per se constituir -se em direito internacional costumeiro, pois, dado seu caráter recomendatório, não poderiam tornar -se obrigatórias aos Estados -membros da ONU. Assim, a expressão ‘direito costumeiro imediato’ mostrar-se-ia contraditória, e melhor seria concentrar em outros meios para explicar a influência de tais resoluções da ONU do que ‘falsificar o costume’ para esse propósito”. TRINDADE, 2017, op. cit, p. 72.

²⁸¹ CHENG, Bin. Custom: The Future of General State Practice in a Divided World. In: MACDONALD, Ronald St J e JOHNSTON, Douglas M. (eds). **The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory**. The Hague: Martinus Nijhoff, 1983, p. 532. Original “As international law is a horizontal legal system in which states are both the law-makers and the subjects of the legal system, *opinio juris* can arise or change instantaneously”.

²⁸² Ibid., p. 550. No idioma original “The above analysis shows that international custom, far from being backward or sluggish, is a dynamic and living source of general international law: in fact it represents international law itself in its constant evolution”.

²⁸³ SIMMA, Bruno e ALSTON, Philip. The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles. **The Australian Year Book of International Law**, vol 12, 1992, p. 88.

²⁸⁴ SIMMA, Bruno e PAULUS, Andreas. Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit). In: **Droit International Pénal / Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre, CEDIN Paris X**. ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (orgs.). Paris Editions A. Pedone, 2000, p 61.

²⁸⁵ HENZELIN, Marc. Droit international pénal et droits pénaux étatiques. In: **Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation**. HENZELIN, Marc e ROTH, Robert (orgs.). Paris, LGDJ, Genebra, E. Georg, Bruxelas, Bruylant, 2002, p. 92. No original: Et cette “*opinio juris*” n’a, semble-t-il, même plus besoin d’être celle des

Concernente ao envolvimento dos atores não estatais e o direito consuetudinário, após os esclarecimentos acima, percebe-se que os mesmos são formadores de *opinio juris* e conseqüentemente de costumes²⁸⁶. Além disso, se partimos da lógica de Brownlie e Cheng de que o fator tempo deixa de ser primordial para formação de costumes e *opinio juris*, podemos encarar as modernas evoluções do ordenamento jurídico internacional como clara adaptação à multilateralidade do cenário mundial. Nessa mesma lógica, D’Aspremont, após defender o colapso da dicotomia prática e *opinio juris* na formação do direito consuetudinário internacional, afirma serem os atores não estatais sujeitos e objetos, formadores e formados por essa fonte²⁸⁷. Todavia, mesmo reconhecendo a importância desses personagens, o jurista entende como contraproducente incluir esses atores no estudo da referida fonte tendo em vista sua já existente complexidade e incerteza²⁸⁸.

A prática internacional demonstra que a terceira fonte, os princípios gerais de direito, são historicamente mais recentes e utilizados principalmente nas situações não regidas pelas duas primeiras fontes, os tratados e os costumes²⁸⁹. Tampouco há consenso sobre a classificação dessa fonte: alguns autores a consideram como fonte formal, admitindo-se sua vaguidão e difícil caracterização; outros consideram trata-se de aspecto do costume internacional; e alguns, finalmente, definem os princípios como fonte real norteador para consolidação e a interpretação das normas²⁹⁰. De qualquer maneira, completa, "uma vez

Etats, mais celle de quelque commission, si possible n’ayant pas encore achevé ses travaux, ou de quelques gourous, de préférence parlant dans la bonne langue à partir de la bonne partie du globe.

²⁸⁶ Afirma Cançado Trindade que já em 1937 ressaltava-se a “relevância da criação do direito por meio do costume (particularmente no caso do direito internacional), lançava uma pertinente advertência: embora no passado se acreditasse que tão somente os órgãos estatais contribuíssem para a formação do costume por sua prática internacional, chegaria a época em que a atuação de órgãos internacionais (e.g., de organizações internacionais) também devesse ser levada em conta. Kopelmanas chegou mesmo a afirmar que ‘a análise do direito positivo nos permite concluir que todos os sujeitos de direito que se encontram em contato próximo ou mesmo distante com as relações internacionais contribuem para a formação do costume internacional’”.

TRINDADE, 2017, op. cit., p. 105 e 106.

²⁸⁷ “[...] There equally seems to be nothing extravagant in the idea that non-State actors can generate practice and *opinio juris* for the formation of customary norms specifically binding on non-State actors themselves. Indeed, if one understands custom as a behaviorally self-generated norm-forming process, which constitutes the dominant approach since the abandonment of voluntaristic understandings of custom at the end of the nineteenth century, there does not seem to be any conceptual obstacle against the recognition that non-State actors can generate customary rules for themselves”. D’ASPREMONT, 2020, op. cit., pp. 168.

²⁸⁸ “In that sense, the inclusive conceptualization of customary law-making defended by many authors may actually run against some of the motives behind it and prove very counter-productive. This is one of the reasons why the present author does not share the enthusiasm of most legal scholars for an inclusive theory of customary international law. Above all, my reservations come from the fact that customary international law theory is itself already plagued by a great deal of indeterminacy, for it often rests on an illusion of formalism. The involvement of non-state actors in the making of international customary rules would only multiply these problems”.

D’ASPREMONT, 2011, op. cit., p. 430.

²⁸⁹ GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l’histoire des sources du droit des gens. **Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye**, v. 94, 1958, pp. 80-81.

²⁹⁰ ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto, CASELLA, Paulo Borba e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. Saraiva, 2012, p. 135.

aceitos pela *opinio juris*, os princípios gerais de direito assumem as características de costume".

O Direito Internacional moderno, entretanto, passa a depender cada vez menos de tais princípios, tendo em vista que o grande número de normas deles derivadas já se encontram codificadas em tratados internacionais ou fazendo parte do direito costumeiro. [...] De qualquer forma, ainda prevalece a posição de que os princípios gerais de direito são aqueles aceitos por todos os ordenamentos jurídicos, a exemplo dos princípios da boa-fé, da proteção da confiança, do respeito à coisa julgada, do direito adquirido, da responsabilidade do Estado por ações ou omissões que infrinjam os direitos fundamentais, do *ex injuria jus non oritur*, além do *pacta sunt servanda*²⁹¹.

Nos reputados cursos da Academia de Direito Internacional em Haia, essa fonte já foi tratada como "princípios fundamentais da vida internacional"²⁹² e "consciência jurídica internacional"²⁹³. Tunkin ao comentar sobre os princípios do direito como fontes apresenta uma interessante crítica soviética. Segundo o jurista russo, a existência de princípios gerais em direito internacional seria uma falácia doutrinária tendo em vista a diferença de natureza jurídica das leis de Estados em sistemas econômicos diametralmente opostos como o capitalismo e o socialismo. Não haveria, portanto, princípios gerais comuns a todos os Estados²⁹⁴. Para Cançado, resta salientar, seria um equívoco apresentar essa crítica russa como soviética ou socialista pois o mesmo debate não persistia em países como a China, Hungria e Iugoslávia²⁹⁵.

Nesse sentido, os princípios de direito mantêm uma relação débil com os atores não estatais, relações quando muito de influência e formação de *opinio juris*, visto que eles são formados internamente por cada Estados e depois são alçados à esfera internacional. Vale frisar que os princípios fontes de Direito Internacional são os princípios de direito, não princípios do direito, conforme diferencia Mazzuoli ²⁹⁶

²⁹¹ MAZZUOLI, op. cit., p. 149. Aponta-se que o *pacta sunt servanda* ora se coloca como costume, ora como princípio geral de direito, acreditando-se que nasceu como princípio geral de direito e evoluiu à condição de costume internacional.

²⁹² WALSH, Edmund A. Les principes fondamentaux de la vie internationale. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1935, t. 53.

²⁹³ TASSITCH, Georges. La conscience juridique internationale. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1938, t. 65.

²⁹⁴ "The fallacy of the doctrine indicated becomes especially striking in the light of the co-existence of States belonging to two diametrically different economic systems. General principles of law which may be found in the legal systems of States belonging to those two systems, though sometimes containing technically similar rules, are of different juridical and class nature, i.e., are different as legal norms. There are therefore no general principles 'common to all States'". TUNKIN, op. cit., pp. 25 e seguintes.

²⁹⁵ TRINDADE, 2017, op. cit., p. 89.

²⁹⁶ MAZZUOLI, op. cit., p. 150.

Perceba-se que o Estatuto faz referência aos "princípios gerais de direito" e não aos "princípios gerais do direito". Aqueles nascem de uma convicção jurídica generalizada (quase universal) contida nos principais sistemas jurídicos das diversas nações, ao passo que estes últimos provêm, direta e originariamente, da própria prática internacional (v.g., dos tratados, dos costumes etc.), pertencendo com exclusividade à ordem jurídica internacional. Como costumamos dizer, os princípios gerais de direito provêm de baixo (da ordem estatal) e ascendem à ordem superior (internacional) quando de sua aplicação pela CIJ num caso concreto, ao passo que os segundos - os princípios gerais do direito - já nascem da ordem de cima (da ordem internacional) e são diretamente aplicados por ela.

2.1.3.6.2 Das fontes silentes ao artigo 38 do ECIJ: atos, decisões, obrigações *erga omnes*, *jus cogens* e *soft law*

Considerando a idade da redação do artigo 38 do ECIJ e a dinamicidade das Relações Internacionais, compreensivelmente foram excluídos desse dispositivo os chamados "meios auxiliares" (atos unilaterais dos Estados e decisões de organizações internacionais) e as "novas fontes" do Direito Internacional Público (as obrigações *erga omnes*, as normas de *jus cogens* e a *soft law*).

Os atos unilaterais dos Estados que são relevantes ao estudo das fontes são aquelas manifestações estatais que, além do plano político, têm como finalidade a produção de efeitos jurídicos capazes de criar direitos e obrigações no plano internacional²⁹⁷. Sua forma, seu conteúdo e seus objetivos são variados, sendo essa diversidade um fenômeno natural da sociedade internacional atual, composta por diversos Estados soberanos²⁹⁸. Na realidade, todavia existe debate doutrinário sobre a possibilidade de enquadrar os atos como fonte²⁹⁹. Por razões óbvias, entidades não estatais não são capazes de emanar essa modalidade de fonte.

²⁹⁷ Guggenheim aponta que esse ato deve ser emanado por um agente com competência de representar internacionalmente o Estado em questão. "Un acte est inexistant lorsqu'un sujet capable dépasse ses compétences sans être en mesure de produire une effectivité quelconque". GUGGENHEIM, Paul. La validité et la nullité des actes juridiques internationaux, **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1949-I, t. 74, p. 213.

²⁹⁸ SKUBISZEWSKI, Krzysztof. Les actes unilatéraux des états. In : **Droit international : bilan et perspectives**, BEDJAOU, Mohammed. Paris: Pédone : UNESCO, 1991, p. 231. "Les actes unilatéraux des États, en effet, ont toujours une valeur politique" porém, continua o autor, "les actes unilatéraux des États ne constituent pas une source de ce droit [international]."

²⁹⁹ "Há autores que são categóricos em afirmar que o ato unilateral pode gerar costume e de fato constitui -se em fonte do direito internacional, assim como há os que concordam com tal assertiva, mas com certas reservas". TRINDADE, 2017, op. cit., p. 100.

As decisões ou resoluções das organizações internacionais (um dos ANE mais importantes da atualidade) foram provavelmente ignoradas pelo artigo 38 pela época da redação do mesmo pois era inimaginável o aumento da importância das organizações internacionais como fonte importante de produção do direito das gentes³⁰⁰. Tal como os atos estatais, essas manifestações são unilaterais (emanadas de um único órgão ou instituição), internacionais e vinculantes. Devem manifestar-se obrigatoriamente com efeitos *externa corporis*, porém, diferentemente dos atos unilaterais dos Estados, são votados (não assinados e ratificados). A relação entre as decisões das organizações e os atos unilaterais é que, conforme aponta Thierry³⁰¹, esse tipo de decisão exerce certa pressão política sobre os Estados e cria *opinio juris*, que dará origem ao costume internacional. Por essas razões, parte da doutrina defende fortemente a inclusão dessa fonte no rol do artigo 38 do ECIJ

Ainda que se lhes negasse o caráter de “nova fonte” do direito internacional, ter-se-ia, no entanto pelo menos que se admitir que contribuem elas para a formação ou cristalização do direito consuetudinário, e possivelmente mesmo dos “princípios gerais do direito”, além de fornecerem indicações sobre a *opinio juris* da comunidade jurídica internacional [...]. As incertezas que ainda pairam sobre as resoluções das organizações internacionais não nos parecem, portanto, suficientemente fortes de modo a justificar sua continuada exclusão do artigo 38 do Estatuto da CIJ. Tais resoluções não mais podem ser ignoradas ou negligenciadas. E não há aparentemente obstáculo lógico algum à inserção de uma cláusula detalhada reconhecendo-as como “fonte” distinta do direito internacional contemporâneo, ao menos limitativamente alguns tipos de resoluções sob determinadas condições e circunstâncias³⁰².

Já as obrigações *erga omnes* como fonte apontam, como o próprio conceito infere, um conjunto de deveres à toda sociedade internacional, independentemente de aceitação e sem possibilidade de objeção. Conforme disciplina Simma³⁰³, existe uma estreita vinculação entre as obrigações *erga omnes* e as normas de *jus cogens* já que ambas buscam a preservação dos referidos “valores fundamentais” da sociedade internacional. A diferença entre elas consistiria no fato de que o caráter *erga omnes* de uma obrigação, porém, concerne sua amplitude, não à sua hierarquia; já as normas de *jus cogens* seriam hierarquicamente superiores e, numa visão contemporânea, possuem uma noção mais ampla que a das obrigações *erga omnes*, visto que seriam imperativas e inderrogáveis. Desta maneira, todas as normas de *jus cogens* contêm

³⁰⁰ TAMMES, Arnold Jan Pieter. Decisions of international organs as a source of international law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1958, v. 94, pp. 267-271.

³⁰¹ THIERRY, Huber. Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice. **Recueil des cours - Académie de droit international de La Haye**, 1980, t. 167, capítulo III, seção 2.

³⁰² TRINDADE, 2017, op. cit., pp. 112-117.

³⁰³ SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, 1994, v. 250, pp. 300 e seguintes. “It is hard to think of an example of an obligation *erga omnes* which is not at the same time to be considered to derive from *jus cogens*”.

obrigações *erga omnes*, mas nem todas as obrigações desta categoria podem ser contidas como *jus cogens*.

Conforme já enunciado acima, as normas de *jus cogens* seriam normas imperativas e inderrogáveis de Direito Internacional³⁰⁴. Os cursos e manuais de Direito Internacional frequentemente diferem na apresentação dessa fonte, estudando-a em separado por entender que o *jus cogens* é uma "qualidade" particular (imperativa) de certas normas, que podem ser de origem costumeira ou convencional, não propriamente uma fonte³⁰⁵.

Essas normas representam uma inovação relevante do direito internacional pós-moderno e sua aceitação representa marco na evolução da disciplina. Todavia, seu conceito encontra resistência por parte de alguns Estados. Preleciona Dupuy que esse *droit impératif* encontra mais resistência nos campos político e doutrinário havendo, por parte dos órgãos judiciários e arbitrais, considerável reconhecimento e qualificação de algumas regras como imperativas e irrevogáveis³⁰⁶. Deferentemente das normas obrigatórias cujo descumprimento gera responsabilidade estatal, a violação de uma norma de *jus cogens* teria o efeito de nulificar as normas que a contrariam. Finalmente, cabe apontar que não há exemplos de normas *jus cogens* na Convenção de Viena nem tampouco especificação de seu conteúdo, havendo apenas o reconhecimento de sua existência e a sugestão de que as mesmas são análogas às de ordem pública em Direito Internacional. Entretanto, apesar de não constar no artigo 38, "o seu reconhecimento pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de

³⁰⁴ Conforme redação da Convenção sobre o Direito dos Tratados "Artigo 53 Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza". BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados** (Viena, 23 de maio de 1969). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 14 de maio de 2023.

³⁰⁵ "Muitos autores que justificam o seu estudo em separado do estudo das fontes assim o fazem por entender que o *jus cogens* não é propriamente uma nova fonte do Direito Internacional, mas uma 'qualidade' particular (imperativa) de certas normas, que podem ser de origem costumeira ou convencional." MAZZUOLI, op. cit., p. 178.

³⁰⁶ DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 2002, t. 297, 3ª parte, Cap. III, "Le jus cogens, une révolution?", pp. 270 à 273. "En réalité, si le débat doctrinal sur le droit impératif a trop souvent pris un caractère polémique, c'est que beaucoup veulent voir en lui le retour d'une querelle ancestrale: celle opposant les positivistes à leurs meilleurs ennemis, les jusnaturalistes ! [...] Or, que nous dit la pratique ? Que, loin de se confirmer comme l'expression d'une saison vite flétrie du discours politique ou doctrinal, l'affirmation d'un corps de droit international impératif, et pas seulement d'une théorie sans contenu, s'est consolidée au cours des années, particulièrement dans la dernière décennie du XXe siècle".

1969 representou mais um fator de crise do voluntarismo, além de um fortalecimento da fundamentação do Direito Internacional Público"³⁰⁷.

De qualquer maneira, existem fortes argumentos sobre a relevância jurídica prática desses atores na formação das normas *jus cogens*. Liesa afirma que eles teriam uma "relevância secundária no processo monogênico de identificação de normas *jus cogens*, provavelmente para verificação da prática e opinião jurídica"³⁰⁸. D'Aspremont segue esse discurso destacando, todavia (como vimos anteriormente), existir uma subjetividade, mas nunca sua capacidade de *lawmaker*. Na verdade, em temas ainda indeterminados e repletos de "ilusões de formalismo", o jurista franco-belga aponta como contraproducente envolver os atores em estudo³⁰⁹.

Por fim, a famigerada *soft law* seria uma espécie de conjunto de normas diretivas e não obrigatórias com uma margem de apreciação concernente ao cumprimento e conteúdo. Essas normas são um produto recente do Direito Internacional e têm como característica principal sua flexibilidade, tendo sua natureza jurídica negada por parte da doutrina³¹⁰. O início do debate³¹¹ foi no *Institut de Droit International* onde, sob a relatoria de Michel Virally, preocupou-se em diferenciar textos internacionais de caráter jurídico e textos majoritariamente políticos e morais. Buscava-se esmiuçar a cinzenta zona entre o universo do direito normativo e como classificá-lo. Virally aponta em suas conclusões a insuficiência de

³⁰⁷ MAZZUOLI, op. cit., p. 183. Em página anterior, esclarece o autor que " parece haver consenso que uma norma que permita o genocídio, o tráfico de escravos, o uso da força nas relações entre potências, a guerra de agressão, a tortura ou a pirataria, como proíbe a Carta das Nações Unidas, por exemplo, deva ser considerada nula por contrariar o *jus cogens*. Da mesma forma, integrariam também o *jus cogens* internacional as normas proibitivas da discriminação, as que asseguram a autodeterminação dos povos, bem assim os princípios de Direito Internacional Humanitário. O exemplo mais claro que se tem de norma de *jus cogens*, que não se pode contestar, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cuja formação e conteúdo têm enquadramento perfeito no conceito do artigo 53 da Convenção de Viena de 1969".

³⁰⁸ LIESA, op. cit., p. 113.

³⁰⁹ D'ASPREMONT, 2011, op. cit., p. 430. "This is one of the reasons why the present author does not share the enthusiasm of most legal scholars for an inclusive theory of customary international law. Above all, my reservations come from the fact that customary international law theory is itself already plagued by a great deal of indeterminacy, for it often rests on an illusion of formalism. The involvement of non-state actors in the making of international customary rules would only multiply these problems".

³¹⁰ MAZZUOLI, op. cit., p. 184. " Apesar de não se ter ainda, na doutrina internacionalista, uma conceituação adequada do que seja *soft law* - que, em português, pode ser traduzida por direito plástico, direito flexível ou direito maleável -, pode-se afirmar que na sua moderna acepção ela compreende todas aquelas regras cujo valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais, seja porque os instrumentos que as abrigam não detêm o *status* de 'normas jurídicas', seja porque os seus dispositivos, ainda que insertos no quadro de instrumentos vinculantes, não criam obrigações de direito positivo aos Estados, ou não criam senão obrigações pouco constringentes. Portanto, um dos maiores problemas desse tipo de norma se encontra na falta de elementos que garantam a sua efetiva aplicação".

³¹¹ Apesar de sua popularização ocorrer no fim da década de 90, Peller afirma que historicamente a preferência pelo *droit souple* começou possivelmente em 1919 e foi incentivada pela guerra fria e ascensão de novos Estados que minaram o consenso global. PELLET, Alain. Les raisons du développement du *soft law* en droit international: choix ou nécessité?. In: **Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international**. DEUMIER, Pascale; e SOREL, Jean-Marc (org). LGDJ, 2018, pp. 188 e 189.

uma classificação binária de textos normativos para descrever a realidade e alguns fatores que explicariam a proliferação de tais arranjos. Em seu relatório o pesquisador aponta primordialmente a intensificação das relações internacionais contemporâneas e a rapidez extrema das mudanças na sociedade internacional; este último fator seria causado por uma conjuntura econômica internacional exageradamente flutuante, pelo progresso técnico galopante e instabilidade política de certas regiões³¹². Interessante perceber que o fenômeno de crescimento desse tipo de texto não é atributo exclusivo do direito internacional vide a adoção massiva de regras de pesquisas científicas e diretrizes éticas em legislações domésticas sem os contornos de lei ou instrumentos *hard* congêneres³¹³.

A utilização do *soft* em detrimento do *hard law* é voluntária e, por vezes, benéfica. Como explica Pellet, a determinação das vantagens e inconvenientes depende “*du bon sens*”³¹⁴. Devido à natureza própria do direito internacional (i.e., ausência de mecanismo legal capaz de garantir a executabilidade das normas), uma norma *hard* não será necessariamente mais eficaz que uma norma *soft*. Mais importante que prever sanções, as normas devem ser aceitas, ter adesão massiva da sociedade internacional. Idealmente a utilização desses mecanismos mais flexíveis deveria evoluir para um endurecimento progressivo e definição clara dos valores e objetivos da norma bem como estabelecimento de sanções. Infelizmente, essa sequência lógica é interrompida e alguns temas são eternamente regulados de maneira frouxa. Um exemplo desse desande é o Direito Ambiental Internacional, como teremos a

³¹² VIRALLY, Michel. La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. **Annuaire de l'Institut de Droit International**, vol. 60, t. I. Editora A. Pedone, Paris, 1984, pp. 189-191.

³¹³ DUPUY, Pierre-Marie. Soft law and the international law of environment. **Michigan Journal of International Law**, vol. 12, 1991, n° 2, p. 422.

³¹⁴ PELLET, 2018, op. cit., entre pp. 181 e 187, “La détermination des avantages et des inconvénients respectifs du *soft* et du *hard law* relève, à vrai dire, de l'évidence ou, en tout cas, du bon sens. [...] Et ce n'est pas tout si l'on va un peu plus au fond des choses. La norme internationale « dure » est certes obligatoire, mais elle n'est certainement pas exécutoire. Et, si on la compare à la norme interne, son obligatorité même est mal assurée. Je ne parle plus ici des règles matériellement molles mais bien des plus dures, de celles dont la violation entraîne sans conteste la responsabilité de son auteur. Cela, c'est la théorie ; mais, en pratique, concrètement, qu'en est-il? [...] Mais, dans ces conditions, les avantages comparatifs du *hard law* par rapport au *soft law* s'estompent quelque peu. Les normes « dures » sont respectées non pas parce que leur violation entraîne une sanction, mais parce que leurs destinataires ont la conviction qu'ils doivent s'y plier et alors même que, la plupart du temps, rien ne se passe s'ils ne le font pas. Il peut parfaitement en aller de même s'agissant des normes de droit souple: assurément, elles ne sont pas obligatoires mais leur mise en œuvre par leurs destinataires témoigne d'une adhésion plus libre et, peut-on penser, dans certains cas au moins, plus profonde. Au surplus, et paradoxalement, l'adoption de règles de *soft law* s'accompagne aujourd'hui de plus en plus fréquemment de la mise en place de mécanismes de contrôle, voire de pression, en vue de leur exécution. [...] La question se pose: faut-il préférer un traité en bonne et due forme, prévoyant des obligations « dures » mais ne les assortissant d'aucun mécanisme de contrôle de leur exécution ou de règlement des différends concernant son interprétation, ou son application à un texte de *soft law* (aussi bien d'ailleurs de droit matériellement que formellement mou) assorti, lui, d'un dispositif de suivi de son exécution?”

possibilidade de debater ao tratar de empresas transnacionais e das modalidades de regulação^{315 316}.

Os *non-state actors* utilizam-se primordialmente dessa fonte por duas razões principais. A primeira é repetidamente comentada neste trabalho: o sistema internacional exclui esses personagens dos cenários tradicionais, impossibilitando sua participação ativa nos mecanismos clássicos e relegando-os à uma atuação coadjuvante. O segundo motivo é que, para alguns atores, essa atividade “por trás das cortinas” é deveras atraente. É o caso dos grupos armados e empresas multinacionais que, como será abordado oportunamente, possuem interesse na flexibilização de normas para adaptar seus discursos à conjuntura político-econômica e, ao mesmo tempo, eximir-se de responsabilidade direta.

³¹⁵ Nesse sentido, Pellet julga como positiva a preponderância de *soft law* no direito ambiental. Em virtude da complexidade de interesses, espera-se que esse consenso elástico evolua e gere um tratado com regras jurídicas obrigatórias. PELLET, 2018, op. cit., pp. 189-190.

³¹⁶ Em sentido contrário ao ilustre jurista, *data venia*, “a atuação preventiva das grandes corporações está reforçando gestão neoliberal da organização da política internacional. O comprometimento voluntário das grandes corporações (que seria positivo de forma complementar) está progressivamente minando o processo de criação de mecanismos objetivos de responsabilização ambiental, desviando o discurso inicialmente proposto pelas ONGs e encaminhando o Direito Internacional a estabelecer normas brandas e pouco contundentes nas questões ambientais”. ESTELITA, Thyanne Borges. Desempenho de atores não estatais no direito internacional do meio ambiente. **Anais do Congresso Nacional de Pesquisadores em Políticas Públicas**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2019, pp. 201-2015.

2.2 Necessidade e possibilidade de marco normativo-jurídico

2.2.1 Razões para criação de um marco normativo-jurídico

Santarelli defende que, tendo em vista a centralidade da dignidade humana e a urgência em propor respostas à impunidade das violações por parte dos ANE, necessita-se criar um mecanismo ou procedimento internacional de responsabilidade, ao menos para crimes graves³¹⁷. No que tange a responsabilidade dos atores não estatais, existe um debate cíclico desafiador: deveríamos adaptar o direito internacional para que o mesmo molde as capacidades conferidas aos atores? Ou primeiramente deveríamos avaliar a pertinência, necessidade e legitimidade das capacidades (e, principalmente, se existe um sistema de proteção para violação) e, a partir desse ponto, realizar as mudanças necessárias? Seguindo essa segunda lógica (“*prior logical step*”), Santarelli, baseando-se no princípio *pro homine*, considera essencial repensar o sistema de proteção dos direitos humanos de forma que essa defesa não seja “falaciosa e propagandística”³¹⁸.

O jurista colombiano argumenta que as violações graves tem relevância internacional e mais precisamente global³¹⁹, afetando bens e interesses globais e agentes não necessariamente estatais independente da natureza do conflito. Ele cita duas considerações principais que justificam a necessidade de um mecanismo internacional de resposta às violações: a insustentabilidade do argumento de que a defesa de direitos humanos são assuntos domésticos e a percepção de que a ameaça a esses direitos põe em perigo bens jurídicos globais (mesmo que os efeitos da violação sejam locais, eles ameaçam a paz e segurança internacional).

³¹⁷ SANTARELLI, 2017, op. cit., define, entre p. 198 e 201, quais violações deveriam ser consideradas graves. Elas possuem quatro características, como veremos em seguida em ponto 2.2.4.4.

³¹⁸ Ibid., p. 193. “But before analyzing if they can be effective, a prior logical step is finding out if such obligations and other legal capacities can be created under international law and are legitimate and necessary or pertinent from the point of view of the protection of victims. In other words, it is important to ascertain if non-state obligations would have prospects of addressing pressing legal and social problems, as abuses of power. If so, questions of effectiveness should not be construed as conditions but rather as imperatives: instead of asking if a capacity is effective, one should wonder how to make a necessary or pertinent capacity effective, since it seeks to contribute to the protection of human dignity. At this point, one should investigate what persuasion or enforcement strategies would help. That being said, capacities of non-state actors in the field under examination must be designed to protect human rights fully in a way that is neither fallacious nor simply propagandistic”.

³¹⁹ Global significa mundial ou universal, aplicando-se a todo o mundo. Por outro lado, internacional se aplica a dois ou mais países

Paralelamente, apontam-se duas barreiras principais para a criação de um sistema legal internacional: a fraqueza ou incapacidade dos Estados em controlar os ANE devido ao poder destes últimos e as limitações de soberania dos primeiros; e a priorização de interesses estatais tais como maximização de lucro e sedução de investimentos devido aos padrões flexíveis, supervisão maleável ou mesmo ausência de restrições domésticas. A inexistência de sistema internacional e a ineficácia da legislação moderna em regular os ANE, somadas às características próprias desses atores geram impunidades reiteradas.

Resumidamente, o Santarelli defende um controle de direito internacional em casos de violação grave de direitos humanos nos quais o ANE tem autoridade e poder análogos aos de um Estado-nação e que ocorra sob a jurisdição de um Estado incapaz de proteger por razões factuais (interesse econômico ou social em ignorar a vulneração) ou formais (ausência de institutos/instrumentos de defesa). Ele defende que além das atualmente reconhecidas dimensões vertical, horizontal e lateral de proteção de direitos humanos, deveria existir uma proteção transversal³²⁰.

A combinação de proteções e ações lateral, horizontal e vertical – ou seja, contra o Estado – podem conduzir, quando combinados, ao que chamo de proteção transversal ou integral dos direitos humanos, abrangendo todas as esferas das relações, sejam elas individuais ou coletivas, formais ou informais, públicas ou privadas, em diferentes situações, relações e papéis. [...] A abordagem transversal ou abrangente funciona como uma estrutura que inclui os efeitos horizontais, verticais e laterais do direito humanitário (e não apenas do DIH) em todos os níveis de governança e sistemas jurídicos, com o objetivo de oferecer proteção efetiva a todos vítimas e responder adequadamente às ameaças ou violações considerando sua gravidade e as necessidades dos seres humanos e levando em conta critérios sobre recursos e outros aspectos (tradução nossa).

Urge, ante essa realidade, aperfeiçoar o direito internacional e suprir essa lacuna de regulamentação concernente aos atores não estatais para possibilitar a proteção substancial e procedimental de direitos humanos. A inércia atual em repensar o paradigma internacional sinaliza um encolhimento dos direitos humanos ao nível internacional, a ineficaz internalização de garantias outrora pensadas globalmente e a permissividade sem fim diante dos interesses do mercado.

³²⁰ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 183 e seguintes. No original: The combination of lateral, horizontal and vertical - i.e. against the State - remedies and actions can lead, when combined, to what I call a transversal or full protection of human rights, covering all spheres of relations, be them with individuals or collective, formal or informal, public or private entities, in different situations, relations and roles. [...] The transversal or comprehensive approach operates as a framework that includes horizontal, vertical and lateral effects of humanitarian (not just IHL) law across levels of governance and legal systems, with the aim of offering effective protection to all victims and properly responding to threats or violations considering their seriousness and the needs of human beings and taking into account criteria on resources and other aspects.

Pariotti ressalta que as teorias de governança global e direito administrativo internacional apontam uma mudança no foco da proteção dos direitos humanos. Considerando as novas realidades, importa sobretudo pensar em governança antes de governo ou formalismos institucionais. Isso significa que, na impossibilidade de realizar o controle de forma direta, o controle indireto deve ser encorajado desde que o mesmo ocorra sem detrimento da legalidade. Deveríamos sempre considerar, por exemplo, que Estados podem ser manipulados por ANE ou simplesmente serem mais frágeis que esses atores e essa situação pode ser perpetuada pela incapacidade de responsabilizar diretamente o ator violador.

O envolvimento dos ANE na proteção e promoção dos direitos humanos é parte de uma mudança mais selvagem de uma abordagem baseada no governo para uma abordagem baseada em governança que caracteriza não apenas a ordem doméstica, mas também a construção da ordem internacional e global. O modelo de governança baseia-se muito na ideia de responsabilidade difusa e prestação de contas, incluindo responsabilidade e prestação de contas pelos direitos humanos, que se expressa pelo papel que as ferramentas internacionais dão às ONGs e às transnacionais (tradução nossa)³²¹.

Considerando a consolidação do princípio *pro homine* no arcabouço jurídico internacional³²², seja na interpretação de normas, seja na escolha normativa, deve-se buscar assegurar maior proteção à pessoa humana. Além do mais, ousando fazer um hiato científico

³²¹ PARIOTTI, Elena. Non-State Actors, International Law, and Human Rights, in: SILVERBURG, Sanford R. (ed.). **International Law: Contemporary Issues and Future Developments**. Routledge, 2011, p. 105. No original “The involvement of NSAs [non-state actors] in human rights protection and promotion is part of a wider shift from a government-based to a governance-based approach that characterizes not only the domestic order but also the construction of the international and global order. The model of governance rests gratefully on the idea of diffused responsibility and accountability, including responsibility and accountability for human rights, which is expressed by the role international legal tools give to NGOs [non-governmental organizations] and TNCs [transnational corporations]”.

³²² Alguns exemplos de cristalização deste princípio:

1) Artigo 27 da Convenção de Viena de 1969

“Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, *op. cit.*;

2) Artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

“Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”, ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.

Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 25 de janeiro de 2023;

3) Artigo 4º Protocolo de San Salvador, adicional à CADH

“Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau”. *Ibid.*

nesta pesquisa, comenta-se o que Santarelli divertidamente aponta como “criação e interpretação emotivas do direito internacional”³²³. Ele alerta que obras artísticas tal como “O Processo” de Kafka, ao descrever juízes e operadores do Direito sem interesse no sofrimento do personagem Josef K. e perdidos em uma quantidade incontável de mecanismos jurídicos³²⁴, reflete uma realidade apavorante e demonstra a forma como a sociedade enxerga o Direito. Precisamente, uma adequada análise emocional e artística do conteúdo e da prática do direito internacional pode facilitar a identificação de suas deficiências e lacunas, além de inspirar iniciativas concretas e ativismo que aludem às necessidades de sofrimento e proteção dos seres humanos. Uma influência emocional empática e prática seria bem-vinda porque ela não ignoraria o sofrimento nem permaneceria em um mero sentimentalismo que não se traduz em uma ajuda concreta necessária. Seria reducionista conceber a ação do direito internacional limitada apenas à sua regulação de relações internacionais (principalmente se apenas voltado para Estados), uma vez que existem muitas outras formas em que o direito internacional é utilizado por diversos atores ou operadores, que na prática muitas vezes atuam em busca de determinados objetivos e processos, que podem muito bem ser motivados por emoções.

Os processos formadores do direito internacional incluem a criação, conclusão e modificação de normas e princípios que certamente são inspirados pela percepção de injustiça e necessidade de combatê-la. Isso pode ser palpável no processo de deliberação sobre a adoção de novos padrões, onde os debates ou argumentos apresentados podem ter uma clara carga emocional. Há uma gama de emoções – raiva, tristeza, amor, prazer, medo, vergonha – que irão incidir no processo de tomada de decisões e julgamentos de casos complexos que irão interagir com o direito internacional em sua interpretação, modificação, criação ou aplicação.

Comenta-se ainda que entre as razões que permitem uma possível influência das emoções na interpretação do direito internacional, pode-se mencionar o fato da regra geral de interpretação incluir o critério teleológico (que exige levar em conta considerações finalistas e possibilitam uma certa flexibilidade), que pode ter conotações naturalistas ou emocionais quando o intérprete identifica determinadas finalidades-meta ou extralegais como coincidentes com as finalidades das normas que examina, ou ainda quando o interprete possui preferência emocional por determinado objetivo que coincide com aqueles que supostamente possuem a norma interpretada. Seria impossível ainda nos dias de hoje reproduzir o que foi

³²³ SANTARELLI, Nicolás Carrillo. La influencia “artística” de las emociones y la empatía en el contenido, la interpretación y la efectividad del derecho internacional. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. Volume 17, 2017, pp. 65-111.

³²⁴ KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

sugerido pela Revolução Francesa e o Iluminismo e acreditar que o trabalho interpretativo é uma tarefa completamente automatizada; há, certamente, uma influência das emoções, sejam elas conscientes ou não, sendo de nosso interesse possibilitar um gerenciamento estratégico das mesmas³²⁵. Não se advoga com isso que a metodologia analítica deve ser excluída, porém é preciso indicar que uma análise não formalista e desagregada evidenciará que o direito opera por meio de seres humanos que incutirão uma “subjetividade” à realidade internacional³²⁶. Essas emoções poderiam incluso ser inspiração de uma fonte material ou mesmo formal de direito internacional e teriam um papel decisivo na aplicação de normas³²⁷.

Por fim, defende-se que a influência das emoções na interpretação do direito pode ser facilitadora nos contextos nos quais seja necessário realizar uma interpretação evolutiva ou de mudança de paradigma e fortalecedora da ideia de que o direito internacional não se limita, necessariamente, a proibir ou permitir, pois pode indicar que algo é tolerado ou mesmo

³²⁵ SANTARELLI, Nicolás Carrillo. La influencia “artística” de las emociones y la empatía en el contenido, la interpretación y la efectividad del derecho internacional. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. Volume 17, 2017, p. 83 “La posible influencia de las emociones en la labor interpretativa, que no es una tarea completamente ‘automatizada’ (a diferencia de lo sugerido por algunos en la Revolución francesa y sus consecuencias) oficial o no, puede presentarse de forma consciente o inconsciente, y llevar tanto a un manejo ‘estratégico’ de las emociones (que busca dar más solidez o efectividad a una opción ya elegida racionalmente o de otra manera), por ejemplo, para generar confianza (incluso con formalismos como los ropajes de los jueces) como a una influencia en qué interpretación se elige”.

³²⁶ Ibid., p. 84 “Es preciso indicar que un análisis no formalista y desagregado - que no excluya otras metodologías analíticas - permite observar que en la práctica no son sólo los agentes de los Estados y las autoridades internacionales quienes de hecho emplean y forman el derecho internacional, sino que además hay actores no estatales y subestatales - como el juez o abogado que busque su aplicación -, que en últimas operan por medio de seres humanos, que interactúan con el mismo, invocándolo o promoviendo su cambio, en ocasiones por fuera de los cauces formales, por ejemplo mediante campañas mediáticas o de otra índole, e incluso sin tener capacidades, cargas o derechos en aquel ordenamiento jurídico. Al depender la interacción del derecho en la práctica y en últimas por seres humanos, con un componente o dimensión emocional, no cabe pensar que ella carecerá de todo influjo, no necesariamente decisivo; es decir, incluso sin que se les reconozca “subjetividad” internacional de forma amplia o en absoluto - corroborando que la noción de subjetividad muchas veces se queda corta frente a la realidad internacional-. La idea de que es posible una interacción indirecta de actores no estatales en procesos jurídicos internacionales, o, en otras palabras, su participación informal, ha sido confirmada por la *International Law Association*, que la identifica como una posible fuente “material” de aquellos procesos, lo que acontece cuando sus opiniones y acciones sirven de inspiración para los cambios y resultados de los procesos jurídicos”.

³²⁷ Ibid., pp. 86 e 87, “La influencia subestatal y no estatal cuando se apela a las emociones no tiene por qué limitarse a la creación normativa ni tiene por qué suponer una creación novedosa. Por ejemplo, en el ámbito estatal algunos jueces y abogados han promovido la protección de intereses internacionales comunitarios en escenarios de litigación transnacional o jurisdicción universal, en parte guiados por solidaridad y aprovechándose de las posibilidades que ofrece el derecho, motivados por un ánimo de luchar contra injusticias y de socorrer a las víctimas, incluso cuando un caso no guarda relación alguna con sus Estados. En estos casos puede jugar un papel importante la indignación frente a comportamientos que hayan sido reconocidos, precisamente por su gravedad, como crímenes internacionales, pues en caso contrario las víctimas permanecerían indefensas y los abusos impunes. [...] Ello confirma que las emociones pueden ser determinantes para que una iniciativa pueda erigirse como fuente material o, lo que es lo mismo, inspiración de las fuentes formales del derecho internacional. Después de todo, puede que las razones que lleven a quienes detentan la capacidad formal de crear directamente el derecho internacional sean de índole emotiva. Como se apunta atrás, además de influir en el proceso de creación del derecho, las emociones pueden jugar un papel en otros procesos, como el de su implementación. Así, es posible que haya argumentos emotivos que determinen en qué sentido se interpreta o aplica una norma”.

promovido, entre outras possibilidades, como sugere o juiz Simma³²⁸. Se reduzirmos o direito internacional a esse ponto, teremos efeitos simbólicos ou expressivos importantes além de um impacto nas percepções culturais e emocionais de quão positivo o que é "promovido" e até mesmo gerar reações emocionais ou mudanças de crenças e atitudes.

2.2.2 Tipos de obrigações incidentes

O debate sobre a responsabilidade jurídica deve ser logicamente precedido do estabelecimento de conceitos-chaves, tais como capacidade/personalidade jurídica (abordados anteriormente) e obrigação. Esta última ideia, por si só, é altamente problemática no direito internacional³²⁹. Uma simples busca da definição de obrigação internacional nos leva a conceitos estritamente estatais, levando a acreditar *prima facie* que a responsabilidade internacional repousa tão somente nesses atores. O dicionário jurídico define obrigação internacional como:

Obrigação internacional. *Lato sensu*. vínculo jurídico pelo qual um sujeito de direito internacional terá um encargo com um ou vários atores, de adotar um comportamento determinado ou de abster-se. [...] Assim definida, a obrigação internacional possui uma pluralidade de qualificações: segundo o conteúdo de seu comportamento (dar, fazer, não fazer, tolerar), segundo o número de sujeitos ligados (unilateral, bilateral, multilateral) e segundo a fonte (consuetudinária, convencional, ato unilateral e comportamento ilícito percebido) (tradução nossa)³³⁰.

³²⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo**. Advisory Opinion of 22 July 2010. Declaration of Judge Simma. Disponível em <https://www.icj-cij.org/case/141/advisory-opinions>. Acesso em 4 de outubro de 2023. Em páginas 480 e 481, “That an act might be ‘tolerated’ would not necessarily mean that it is ‘legal’, but rather that it is ‘not illegal’. In this sense, I am concerned that the narrowness of the Court’s approach might constitute a weakness, going forward, in its ability to deal with the great shades of nuance that permeate international law. **Furthermore, that the international legal order might be consciously silent or neutral on a specific fact or act has nothing to do with *non liquet*, which concerns a judicial institution being unable to pronounce itself on a point of law because it concludes that the law is not clear. The neutrality of international law on a certain point simply suggests that there are areas where international law has not yet come to regulate, or indeed, will never come to regulate. There would be no wider conceptual problem relating to the coherence of the international legal order** (ênfase adicionada)”.

³²⁹ A definição de obrigação internacional, por si só, segue sendo debatida pela comunidade internacional há anos. A Comissão de Direito Internacional começou a definir o que abarcaria essa obrigação e, nessa conceituação, ela não inclui outros sujeitos além dos Estados. Em seu projeto de 2001, a CDI propõe a defini-la como consequência direta de todo ato internacionalmente indevido e tendo como elementos constitutivos o ato ilícito, atribuição a um sujeito e percepção de dano. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries**, 2001, p. 55. Disponível em https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Acesso em 7 de junho de 2023.

³³⁰ SALMON, Jean. **Dictionnaire de Droit International Public**. Bruylant: Bruxelles, 2001, p. 765. No original “Obligation Internationale. *Lato sensu*. Lien juridique par lequel un sujet de droit international est tenu envers

Como mencionado por Pariotti, existem duas objeções principais ao estabelecimento de obrigações de direitos humanos aos atores não estatais. A primeira é de que as obrigações de respeito não poderiam derivar do sistema horizontal de direitos humanos pois careceriam eternamente de um paradigma jurídico-normativo; e a segunda objeção (mais popular) diz respeito à uma possível contribuição para a retirada do Estado de suas responsabilidades³³¹. Essa última réplica é uma objeção comum às obrigações não estatais de direitos humanos, e, mais uma vez, deve-se lembrar que as obrigações do Estado não são eliminadas quando existem obrigações não estatais.

As diversas possibilidades de fontes capazes de originar obrigações não alteram o fato de que uma responsabilidade emerge de cada direito, independente do mesmo ter sua procedência de um princípio de direito, *jus cogens* ou tratado. A responsabilidade é um conceito unitário no direito internacional.

Não há espaço no direito internacional para uma distinção, como é traçada por alguns ordenamentos jurídicos, entre o regime de responsabilidade por violação de um tratado e por violação de alguma outra regra, i.e., por responsabilidade decorrente *ex contractu* ou *ex delicto*. [...] Tampouco existe distinção entre a responsabilidade “civil” e a “criminosa” como é o caso nos sistemas jurídicos internos (tradução nossa)³³².

um ou plusieurs autres, d’adopter un comportement déterminé ou de s’en abstenir [...]. Ainsi définie, l’obligation connaît une pluralité de qualifications; couramment, selon le contenu du comportement (donner, faire, ne pas faire, tolérer), selon le nombre de sujets ainsi liés (unilatérale, bilatérale, multilatérale) et selon la source (coutumière, conventionnelle, acte unilatéral et comportement illicite réalisé)”.

³³¹ PARIOTTI, op. cit., p. 105, “some view protection and promotion as undue tasks for nonstate entities, and they view them thus for two reasons: first, because such obligations cannot rest on the horizontal effect of rights and therefore lack any legal basis, and second, because this way of depicting TNCs’ role contributes to the retreat of the state and to the takeover of the state by corporations. [...] The first line of reasoning is well founded, and this is why, in order to ground private actors’ positive obligations to protect and, specifically, to promote human rights, at the international level quasi-legal or ethical means and paths have been sought. In no sense does this necessarily mean that such solutions cannot be even more effective than legally binding ones. On the contrary, they might become highly effective; therefore, the above-mentioned second order of reasons should be addressed because it tends to reject not only the formal and legal ascription of proactive responsibility to TNCs but also their more informal and even ethical accountability for decisions and matters traditionally involved with governmental action. Among the alleged reasons is the possibility that corporate intervention in welfare and social issues may be unstable and may cause conflict among different local communities or that private or sectorial interests bias the definition of the aims to be pursued.”.

³³² INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries**, 2001, p 55. Disponível em https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Acesso em 7 de junho de 2023. No original “Thus, there is no room in international law for a distinction, such as is drawn by some legal systems, between the regime of responsibility for breach of a treaty and for breach of some other rule, i.e. for responsibility arising *ex contractu* or *ex delicto*. [...] Nor does any distinction exist between the ‘civil’ and ‘criminal’ responsibility as is the case in internal legal systems”.

Nesse sentido, há consenso literário de que os elementos normativos corroboram a ideia de que o direito internacional não permite brechas nas obrigações estatais, incluindo nesses vazios provisões gerais de proibições de violações de direitos humanos, seja de maneira direta ou indireta, para atores públicos ou privados. Essas provisões evidenciam um fundamento genérico de proibição de vulnerações minimamente implícito no Direito Internacional.

Conforme estudos documentados sobre deveres de direitos humanos de corporações privadas, a maioria dos instrumentos modernos de direitos humanos cria deveres privados expressamente ou por implicação. Vários instrumentos reconhecem ou criam deveres privados em disposições preambulares e em artigos particulares, e em muitos artigos, deveres e proibições não se limitam a tipos específicos de atores. Muitos instrumentos de direitos humanos negam expressamente o direito de qualquer grupo ou pessoa a se envolver em conduta destinada à destruição de direitos de outrem ou à sua limitação, reconhecendo assim necessariamente deveres de todos os grupos ou pessoas (tradução nossa)³³³.

Na tentativa de estender essa lógica estatal, em seu livro “Direct International Human Rights Obligations of Non-State Actors: a Legal and Ethical Necessity”, Santarelli classifica as obrigações diretas de direitos humanos dos atores não estatais em:

- a) gerais ou específicas,
- b) expressas ou implícitas
- c) negativas ou positivas.

O primeiro ponto refere-se ao fato de a obrigação estar direcionada a todos os atores internacionais (como, por exemplo, as de natureza *erga omnes*) ou apenas à um grupo específico de atores ou público. A classificação expressa ou implícita diz respeito à exteriorização de obrigação clara no momento do reconhecimento de um direito. Finalmente, esse dever pode significar uma obrigação positiva (de agir) ou negativa (abstenção). Começaremos pela obrigação geral implícita negativa que, segundo o autor, seria a mais elemental das obrigações diretas de direitos humanos.

No direito internacional há uma correlação “onipresente e penetrante”³³⁴ entre direitos e obrigações, especialmente para os deveres *erga omnes*, já que eles reforçam os direitos

³³³ PRAUST, Jordan J. The Reality of Private Rights, Duties, and Participation in the International Legal Process. *Michigan Journal of International Law*, Volume 25 Issue 4, 2004, p. 1243. No original “As documented in a study of human rights duties of private corporations, most modern human rights instruments create private duties expressly or by implication. Several instruments recognize or create private duties in preambular provisions and in particular articles, and in many articles duties and prohibitions are not limited to particular types of actors. Many human rights instruments expressly deny the right of any group or person to engage in conduct aimed at the destruction of rights of others or at their limitation, thereby necessarily recognizing duties of all groups or persons”.

³³⁴ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 296.

humanos. No caso das obrigações internacionais *erga omnes*, por exemplo, seriam gerados automaticamente de maneira implícita obrigações gerais também *erga omnes*. Nesse mesmo sentido, Cançado Trindade assevera a existência de deveres dessa natureza que, conforme preleciona o ilustre brasileiro, possuem dimensões complementares horizontal e vertical³³⁵. Logicamente, essa mesma linha de raciocínio deve ser usada com *jus cogens*, reforçando a ideia de universalidade de proibição de violar. Interessante colocação de Santarelli ao afirmar que esse conceito de dimensões complementares, ao alimentar-se dos vocábulos vertical e horizontal, é notadamente moldado pela sua relação com o Estado. Por esse motivo, o colombiano prefere o conceito de dimensão transversal³³⁶.

Farta produção textual corrobora o entendimento de que o reconhecimento de um direito pressupõe, minimamente, a existência de obrigação geral implícita negativa, i.e., uma abstenção, um dever de não violar direitos. Essa convicção de que o reconhecimento de um direito pressupõe uma obrigação de não vulneração já foi reconhecido em alguns textos do sistema legal internacional, como estudaremos posteriormente no tópico referente aos instrumentos atuais. Sem adentrar longamente no tema, citam-se o artigo 30 da Declaração Universal de Direitos Humanos³³⁷, o princípio 15 dos Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Graves Violações do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Graves Violações do Direito Internacional Humanitário³³⁸ e a sentença arbitral do ICSID no caso *Urbaser versus Argentina*³³⁹.

³³⁵ “Passando à questão do que identifico como o amplo alcance das obrigações *erga omnes* de proteção, em meu Voto Concordante no Parecer Consultivo n. 18 da Corte Interamericana sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados (de 17.09.2003), permiti-me recordar que tais obrigações *erga omnes*, caracterizadas pelo *jus cogens* (do qual emanam) como dotadas de um caráter necessariamente objetivo, abarcam, portanto, todos os destinatários das normas jurídicas (*omnes*), tanto os integrantes dos órgãos do poder público estatal como os particulares (par. 76). [...] A doutrina jurídica contemporânea, em mostra de miopia, ao abordar as obrigações *erga omnes*, tem-se concentrado quase que exclusivamente na dimensão horizontal (obrigações devidas à comunidade internacional como um todo), esquecendo-se de distingui-la precisamente desta outra dimensão, a vertical, e lamentavelmente se descuidando inteiramente desta última, tão importante para o Direito Internacional dos Direitos Humanos”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O regime jurídico autônomo das medidas provisórias de proteção**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017, pp. 84 e 85.

³³⁶ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 299. “[...] rather than using the expression ‘vertical’ dimension of *erga omnes* obligations, I prefer to speak of a ‘transversal’ or comprehensive subjective scope of human rights”.

³³⁷ “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer **Estado, agrupamento ou indivíduo** o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum acto destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados (ênfase adicionada)”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 3 de agosto de 2023.

³³⁸ No final deste princípio “In cases where **a person, a legal person, or other entity** is found liable for reparation to a victim, such party should provide reparation to the victim or compensate the State if the State has already provided reparation to the victim (ênfase adicionada)”. UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law**.

Além do prelúdio de uma obrigação geral implícita negativa, essa correlação entre direitos e obrigações pode ser desenvolvida e vir a ser operacionalizada de maneira explícita genérica quando o direito internacional reconhecer uma sinalização de proibição de violar; ou ainda de maneira explícita específica apontando quais pessoas e direitos são mais vulneráveis. Ademais, o texto internacional pode não simplesmente apontar uma abstenção de violar, mas também uma imposição de ação ao ator internacional (de dar ou de fazer algo para evitar, reparar ou compensar a vulneração).

As obrigações expressas, por conseguinte, estão explicitamente localizadas no sistema internacional e são importantes por duas razões principais: elas complementam obrigações gerais implícitas e podem alcançar e cobrir abusos não defendidos pelas obrigações implícitas. Elas diferem dos deveres implícitos na medida em que os direitos defendidos merecem atenção detalhada. Essa escolha por regulamentação através de obrigações expressas confirma que a subjetividade jurídica é dinâmica e pode mudar tanto à luz das mudanças nas condições quanto nas necessidades da sociedade.

Santarelli relembra que, dada a natureza abrangente dos atores não estatais e sua “capacidade inerente de violar direitos humanos”³⁴⁰, uma análise sistêmica e teleológica dos direitos humanos exige admitir a existência de uma obrigação de não violar, minimamente implícita geral e negativa, de não vulneração de direitos humanos.

A meu ver, a correlação entre direitos e deveres e seus desdobramentos sugerem que um princípio geral de direito já gera um dever implícito que proíbe violações não estatais em geral. Na verdade, tal dever é consistente com a opinião de Hersch Lauterpacht segundo a qual a efetividade da proteção internacional dos indivíduos repousa na evolução da moralidade internacional, que por sua vez, para mim,

A/RES/60/147 de 16/12/2005. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-08/N0549642.pdf>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

³³⁹ “[I]nternational law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. [...] it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law [...] The focus must be, therefore, on contextualizing a corporation’s specific activities as they relate to the human right at issue in order to determine whether any international law obligations attach to the non-State individual [...] Nevertheless, in order to ensure that such rights be enjoyed by each person, **it must necessarily also be ensured that no other individual or entity, public or private, may act in disregard of such rights, which then implies a corresponding obligation**, as stated in Article 30 of the [Universal] Declaration [of Human Rights] (ênfase adicionada)”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Case No. ARB/07/26**, Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs The Argentine Republic, p. 317.

³⁴⁰ SANTARELLI, 2017, op. cit, p. 318. E ainda “The fact that non-state entities can participate in violations of human rights in different ways –as direct, beneficial or silent accomplices or perpetrators, or else explains why they must refrain from doing so, especially in relation to peremptory norms, given their utter effectiveness. Hence, since actors have the inherent capacity of violating human rights, they must be understood as having the correlative inherent duty to refrain from doing so”.

depende de não enviar uma mensagem de que alguns atores estão isentos das obrigações de respeitar os direitos humanos (tradução nossa)³⁴¹.

Essa ideia de uma obrigação geral implícita negativa é de fácil percepção e aceitação substantiva encontrando, entretanto, dificuldades em sua prática, ou seja, ausência de mecanismos processuais de supervisão internacional. Desponta-se, nesse ínterim, a importância da prática das Cortes domésticas pois as mesmas podem ter sua jurisdição utilizada como inspiração para mecanismos internacionais ou gênese de princípios gerais do direito. Além de exercer essa influência no cenário internacional, essas Cortes podem utilizar-se da extraterritorialidade para julgar seus nacionais que violam direitos no exterior (assunto que será melhor debatido posteriormente, nos tópicos que seguirão).

Reconhecer e propagar uma cultura de responsabilidade para os ANE é importante pois, além de permitir um reforço à proteção de direitos humanos, possibilita expressivos efeitos educativos, moldando as expectativas sociais e atitudes, desencorajando violações e conscientizando possíveis vítimas na construção de uma comunidade internacional mais saudável.

2.2.2.1 Atores não estatais como portadores de direitos humanos

Uma pequena observação faz-se necessária antes de adentrarmos o próximo tópico e darmos por encerrado o debate sobre tipos de deveres incidentes nas relações internacionais envolvendo um ator não estatal: trata-se da possibilidade de conferir direitos humanos³⁴² à essas entidades. Sem adentrar profundamente na diferença entre pessoa humana e pessoa jurídica, cabe diferenciá-las e refletir se ambas gozariam de direitos.

O conceito pessoa, sob a perspectiva filosófica de Kant e seu célebre imperativo prático, indica como tal o ser dotado de valor em si mesmo (valor que mais adiante será identificado como dignidade humana): “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na

³⁴¹ Ibid., p. 300. No original “To my mind, the correlation between rights and duties and these considerations suggest that a general principle of law already generates an implied duty that prohibits non-state violations generally. Such duty is actually consistent with the opinion of Hersch Lauterpacht according to which the effectiveness of the international protection of individuals rests upon the ‘evolution of international morality’, which in turn, for me, depends on not sending a message that some actors are exempted from obligations to respect human rights”.

³⁴² Importa lembrar que alguns direitos fundamentais já são indubitavelmente consagrados a esses atores. Aqui discutimos a possibilidade de que eles sejam também portadores de Direitos Humanos.

tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”³⁴³. Assim sendo, toda pessoa humana, sendo dotada de razão e liberdade, nunca será ou poderá ser tratada como meio. Segundo Fábio Konder Comparato, dessa separação kantiana entre pessoa e coisa decorre o valor relativo das coisas e, mais importante, o valor absoluto da dignidade humana.

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita³⁴⁴.

Entende-se que, nascendo a pessoa jurídica da necessidade de assegurar a plenitude dessa dignidade, essas instituições, na busca desse objetivo maior, necessitam gozar de alguns direitos da área de direitos humanos. Mesmo que esse campo não se dirija às pessoas jurídicas³⁴⁵, para a instrumentalização desse propósito haveríamos que conferir-lhes alguns direitos humanos tais como o direito à igualdade e à não discriminação, à liberdade de associação, à intimidade e à vida privada e à propriedade privada³⁴⁶.

Frise-se ainda que o assunto pode ser dificultado pois uma conceptualização mais abrangente dos ANE incluiria indivíduos e estes obviamente são portadores de Direitos Humanos.

[Um ponto importante] relativo aos direitos humanos e à esfera privada, e este será meu ponto final, é que a parte complicada de impor obrigações de direitos humanos a atores privados é que alguns desses atores também podem ter direitos humanos. Nós então temos um verdadeiro choque de direitos. Exemplos bem conhecidos incluem os casos de shopping center: O direito de manifestação (ou liberdade de assembleia) esbarra no direito de propriedade proprietário ao usufruto pacífico dos bens. Os mais conhecidos exemplos no Reino Unido são agora talvez os chamados

³⁴³ KANT, op. cit., p 69. “Os **seres** cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam **coisas**, ao passo que os seres racionais se chamam **pessoas**, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio” (ênfase no original).

³⁴⁴ KONDER COMPARATO, Fábio. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 2010, p. 34.

³⁴⁵ SAYEG, Ricardo Hasson e BALERA, Wagner. A Pessoa Jurídica como Sujeito de Direitos Humanos. **Revista Jurídica Unicritiba**. Curitiba. V.03, n.53, jul-set. 2019. “Mas, cumpre manter em retentiva, que os Direitos Humanos não pertencem à pessoa jurídica. São fruíveis individual ou coletivamente pelas pessoas humanas e tão somente por estas. Cooperam, destarte, as pessoas jurídicas para conferir máxima efetividade aos Direitos Humanos de cada um dos integrantes do gênero humano que as conformaram segundo a modelagem normativa”, p. 485.

³⁴⁶ SAYEG e BALERA, op. cit., p 493. “Temos que, com fundamento no Artigo 16, da Convenção [Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica de 1969], as pessoas jurídicas possuem direito à igualdade e à não discriminação, estampados nos artigos 1 e 24, da Convenção; à liberdade de associação, de que cuida o artigo 16; à intimidade e à vida privada, nos termos do Artigo 11; à propriedade privada, qualificada pelo Artigo 21, todos do Pacto de San Jose”.

casos “bed and breakfast”. Um casal se recusa a ter casais não casados dormir sob o teto deles enquanto administram uma pousada alegando que isso é uma afronta à sua religião. Em uma época em que casais do mesmo sexo não podem se casar, isso se transforma em discriminação em razão da orientação sexual (tradução nossa)³⁴⁷.

Santarelli argumenta que, por mais que os atores não estatais gozem de direitos humanos de natureza fundamental, esses direitos não são ontologicamente direitos humanos porque seus beneficiários não têm identidade nem dignidade humana. Portanto, enquanto algumas jurisdições e normas consideram que alguns direitos como os civis ou fundamentais podem ser usufruídos por pessoas jurídicas, em termos teóricos e ontológicos, direitos humanos são apenas aqueles usufruídos por indivíduos com base na sua dignidade havendo, entretanto, o gozo de direitos com natureza ou conteúdo semelhante por outras entidades³⁴⁸.

2.2.3 Condições substantivas para esses encargos legais

Segundo a lógica de deveres gerais implícitos defendidos por Santarelli, essas obrigações mínimas decorrentes do entendimento teleológico do sistema internacional de direitos humanos devem respeitar algumas condições essenciais, tais como advirem de fontes do Direito Internacional, serem conforme o princípio da legalidade e respeitarem o sistema internacional de direitos humanos. Tendo o tema das fontes sido abordado em seção 2.1.3.6, passa-se, nos itens a seguir, ao comento das duas outras condições.

³⁴⁷ CLAPHAM, Andrew. **The Changing Character of Human Rights**. Based on a European lecture originally delivered at the Nissan Lecture Theatre, St Antony's College, Oxford on 12th November 2015. Published by the Europaeum, Oxford, 2016. No original, p. 20, “The second point under human rights and the private sphere, and this will be my final point, is that the complicated part of imposing human rights obligations on private actors is that some of those actors may also have human rights too. We then have a real clash of rights. Well known examples include the shopping mall cases: The right to demonstrate (or freedom of assembly) comes smack up against the right of the property owner to peaceful enjoyment of possessions. The best-known examples in the UK are now perhaps the so-called ‘bed and breakfast’ cases. A couple refuse to have unmarried couples sleep under their roof while they are running a bed and breakfast on the grounds that this is an affront to their religion. In an era when same sex-couples cannot get married this turns into discrimination on grounds of sexual orientation”.

³⁴⁸ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 262. “Yet, considering that not all non-state entities are individuals, is it proper to say that non-state actors different from human beings have fundamental rights? While non-state entities can enjoy rights that have a fundamental nature, even if those rights have a content that is similar or equal to that of human rights, they are not ontologically human rights because their beneficiaries do not have that identity and their rights thus do not protect human dignity [...]. Therefore, while some jurisdictions and norms consider that some rights, e.g., civil or fundamental rights, can be enjoyed by individuals and other actors, as legal persons, in theoretical and ontological terms human rights are those enjoyed by individuals that are based on their dignity. Other entities can sometimes enjoy othertypes of rights that have a similar or equal content”.

2.2.3.1 Princípio da legalidade

Quando pensamos na gênese de deveres e execução de uma punição, a primeira condição lógica é, independente da obrigação ou destinatário em questão, a legalidade. Ela significa conformidade à lei, genitora da responsabilidade³⁴⁹ e, pelo princípio da legalidade, há interdição de responsabilização por violação de normas que não tenham sido devidamente criadas por fontes de Direito Internacional e sejam previsíveis e acessíveis.

Em poucas palavras, pode-se dizer que as obrigações não estatais e os encargos legais a) devem ser previsíveis e acessíveis (condição de legalidade), e b) não podem ser contrários à dignidade humana ou aos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, no que diz respeito ao princípio da legalidade, os intervenientes não estatais não podem ser mantidos responsável por violações de normas que não foram devidamente criadas através das fontes do direito internacional. Isto significa que as autoridades não podem confundir as diferenças entre a *lex lata* e as normas morais ou outras normas extrajurídicas em detrimento dos intervenientes não estatais. Assim, tais intervenientes terão responsabilidade legal e deveres de reparação apenas quando violarem as obrigações legais que os vinculam, desde que essas obrigações cumpram as condições de legalidade (tradução nossa)³⁵⁰.

Japiassú e Souza apontam que, sob a vertente latitudinal, esse princípio pode ser encontrado em todos os sistemas jurídicos existentes no mundo (Códigos Penais e em Constituições), bem como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na 3ª Convenção de Genebra e em seus Protocolos Adicionais, além de diversos tratados de proteção aos direitos humanos. Ele é associado à defesa dos direitos individuais, tendo sido desenvolvido por filósofos como Locke, Montesquieu e Rousseau e cristalizando-se de maneira definitiva com o surgimento do opúsculo de Beccaria “Dos delitos e das penas”^{351 352}. Celso Antônio

³⁴⁹ SALMON, op. cit., p. 639 e 640. Salmon, em seu dicionário jurídico de direito internacional, comenta que, nessa ciência, o termo legalidade significaria conformidade apenas ao direito internacional positivo. Dessa maneira, o termo licitude seria mais apropriado para designar a conformidade de um ato ao direito internacional. Henzelin posiciona-se no mesmo sentido, vide HENZELIN, op. cit., p. 84.

³⁵⁰ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 252. No original “In a few words, it can be said that non-state obligations and legal burdens a) must be foreseeable and accessible (condition of legality), and b) cannot be contrary to human dignity or fundamental rights. Firstly, as to the principle of legality, non-state actors cannot be held responsible for breaches of standards that have not been properly created through the sources of international law. This means that authorities cannot blur the differences between *lex lata* and moral or other extra-legal standards to the detriment of non-state actors. Hence, such actors will have legal responsibility and duties to repair only when they breach legal obligations that bind them, provided that those obligations comply with the conditions of legality”.

³⁵¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. EDIPRO, 2013. Nesta obra clássica, em pp. 22-24, “Ninguém faz gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente o bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. [...] A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as

Bandeira de Melo comenta que o princípio da legalidade foi elaborado a partir da instauração do Estado de Direito, sendo justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria³⁵³. Supostamente a origem deste princípio foi o artigo 39 da Carta Magna Inglesa, assinada pelo rei João Sem Terra em 1215, que prelecionava

Artigo 39. Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País (tradução nossa)^{354 355}.

Os entornos modernos vieram com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em especial os artigos 7º, 8º e 9º³⁵⁶, que levaram Eduardo García de Enterría a afirmar que "o princípio da legalidade dos delitos e das penas, intuído pela Ilustração e concretado no grande livro [Dos Delitos e Das Penas] de Beccaria, teve sua entrada solene na história através destes artigos da Declaração"³⁵⁷.

Importa frisar que esse princípio da legalidade internacional é diferente da legalidade interna. Enquanto este último, mais estrito, é regido pelo *nullum crimen nulla poena sine lege*,

penas de cada delito e que o direito de fazer as leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda sociedade unida por um contrato social”.

³⁵² JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano e SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral. Ed. Elsevier, 2012, p.76 e 77.

³⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 99 e 100.

³⁵⁴ INGLATERRA. **Magna Carta**, 1215. Disponível em

<https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/british-library-magna-carta-1215-runnyede/>. Acesso em 16 de novembro de 2022. No texto original: No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.

³⁵⁵ Japiassú comenta que, no que concerne o princípio da reserva legal, a Magna Carta de 1215 trouxe mais uma garantia processual que um direito substantivo. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal**. Editora Lumen Juris, 2004, p. 145.

³⁵⁶ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem E do Cidadão**, 1789. Disponível em <https://pt.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

“Artigo 7.º - Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Artigo 8.º - A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Artigo 9.º - Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

³⁵⁷ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos - La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Real Academia Española, 1994, p. 177.

já o princípio da legalidade internacional advoga o *nullum crimen nulla poena sine jus/jure*³⁵⁸. De maneira geral, internamente existiriam quatro funções fundamentais para esse princípio: proibir a retroatividade; a criação de crimes e de penas pelos costumes; o emprego de analogia na criação de crimes, para fundamentar ou agravar penas; e, finalmente, proibir as incriminações vagas e indeterminadas³⁵⁹. Entretanto, a natureza própria do Direito Internacional dificulta o estabelecimento de uma hierarquia clara e a codificação do ramo, sendo o costume uma fonte de inestimável valor. Por essa razão, está consolidado o entendimento de que, mesmo no direito penal internacional, a legalidade poderá estar baseada em costumes³⁶⁰.

A previsibilidade das normas internacionais pode ser definida como a convergência entre uma norma de comportamento e uma punição. Cada pessoa deve ser capaz de prever o risco de infringir a lei e agir de maneira contrária à uma norma de comportamento descrita (previsibilidade concreta) e, igualmente, ser capaz de calcular com clareza o risco incorrido ao cometer o ato proibido (previsibilidade concreta)³⁶¹. Nesse sentido, Henzelin denuncia uma irremediável dificuldade do direito internacional em definir clara e analiticamente os tipos e punições penais bem como o comportamento a ser seguido.

O problema da legalidade em matéria de infrações de DPI teria mais acuidade se admitimos, [...] que a noção de infração internacional não tem valor constante, imutável. Ao contrário, como o direito internacional evolui continuamente e seu conteúdo aumenta a cada dia, deve-se necessariamente admitir que a mesma evolução se aplica à noção de infração internacional: o que não era uma exigência do direito das gentes ontem, pode sê-lo hoje, e com a passagem do tempo aumentam constantemente os encargos impostos pelo direito das gentes. Tal afirmação obviamente causa arrepios nos criminalistas apegados ao princípio da previsibilidade das normas penais (tradução nossa)³⁶².

³⁵⁸ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 260. “On the other hand, when the criminal responsibility of non-state actors is regulated, it is worth considering that the principle of legality under international criminal law is not necessarily as stringent as the one found in domestic criminal law. In this regard, a distinction is often drawn by considering that while some domestic criminal laws emphasize the criterion *nullum crimen/nulla poena sine lege*, international law enshrines the principle *nullum crimen/nulla poena sine jus/jure*, insofar as customary law can be the basis of criminal responsibility absent written law –however, some authors consider that the principle is stricter nowadays than when the International Military Tribunal applied it in the Trial of German Major War Criminals”.

³⁵⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral, Volume 1. Ed. Impetus, 17a edição, 2015, p. 146.

³⁶⁰ HENZELIN, op. cit., p. 112, “Il (le droit international) reste dénéralement coutumier, même si certains de ces droits coutumiers sont incorporés dans ces traités”.

³⁶¹ HENZELIN, op. cit., p. 81

³⁶² Ibid., p. 82. Trecho completo no original “Pinochet et Hissène Habré, qui n’ont finalement pas été poursuivis et jugés pour des actes pouvant être qualifiés de torture, sont peut-être des exemples extrêmes. Mais le problème de la légalité en matière d’infractions de droit international pénal apparaît avec d’autant plus d’acuité si l’on admet, comme Glaser, que ‘la notion de l’infraction internationale n’est pas une valeur constante, immuable. (Que) tout au contraire, comme le droit international évolue continuellement et comme son contenu augmente de jour en jour, il faut forcément admettre que la même évolution s’applique à la notion d’infraction internationale : ce qui n’était pas exigence du droit des gens hier, a pu le devenir aujourd’hui, et le temps qui passe ajoute sans

Existe, portanto, um imperativo de que um indivíduo possa determinar com precisão suficiente a pena que ele arrisca em caso de infração. Entretanto, como vimos, essa exigência de legalidade formal e visibilidade da pena é raramente respeitada no direito internacional³⁶³ e, ainda que essa ideia de previsibilidade exija uma noção correlata de clareza e acessibilidade, admite-se no direito internacional que o desenvolvimento do direito consuetudinário pode, às vezes, produzir condenações por atos pelos quais não houve condenações no passado. Porém, tal fato apenas é aceitável se o ator puder razoavelmente prever que o ato seria considerado criminoso de acordo com o estatuto vigente, direito consuetudinário ou direito internacional no momento do ato. A essência do princípio da legalidade internacional, portanto, é de que um indivíduo só pode ser processado por conduta que sabia ser punível e, ainda, que a lei seja tão clara que torne suas consequências previsíveis³⁶⁴.

Embora haja uma necessidade de ajuste do Direito Internacional ao princípio da legalidade no intuito de evitar condenações injustas, o mesmo motivo (isto é, dificuldade de adaptação deste princípio à esfera mundial) não deve possibilitar a subtração dos culpados ao julgamento. A polêmica entorno desse princípio na esfera internacional é tanta que levou parte da doutrina a afirmar que ele não deve existir nesse âmbito pois ele faria com que a proteção particular se convertesse em proteção do Estado e, conseqüentemente, esse princípio perderia seu conteúdo original³⁶⁵.

Acalorado debate faz-se no campo do direito penal internacional pois haveria nessa seara um receio de que as autoridades confundam a *lex data* e os padrões morais ou de natureza extralegal. Henzelin com razão comenta que a mera designação “atos contra a humanidade” invocam, por si só, algo terrível. No entanto, ao Direito cabe estabelecer o permitido e o proibido, sem adentrar no campo da moral e estabelecer os limites entre o bem e o mal. Ele acusa a corrente moderna dos direitos humanos de, ao acolher todo o raciocínio naturalista, reforçar um entendimento de extensão da *mala prohibita* internacional aos limites da *mala in se*.

cesse aux charges imposées par le droit des gens'. Une telle affirmation donne évidemment froid dans le dos aux pénalistes attachés au principe de la prévisibilité des normes pénales”.

³⁶³Ibid., p. 97

³⁶⁴ GALLANT, Kenneth. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Cambridge University Press, 2009, pp. 5-8

³⁶⁵ “Quintano Ripollés afirma que o princípio de legalidade não é aplicável no âmbito internacional, a que neste particular a proteção individual se converte em proteção do Estado, o que faz perder seu conteúdo liberal original”. JAPIASSU, 2004, op. cit., p. 153.

Antes da lei penal, pode haver atos imorais, mas só a lei os transforma em crimes. Os essencialistas, como Durkheim, Garofalo ou Carrara, admitem que se o crime pode preexistir à sua incriminação pela lei penal, mas é somente esta que consagra oficialmente o delito, especificando-o e atribuindo-lhe uma sanção. [...] Ao classicismo sucederia um (re)novo barroco: derrota do pensamento lógico e retorno ao obscurantismo? [...] Afora da lei, o direito penal está fora da lei. Em particular, a injustiça de um caso por si só não pode motivar a criação de um “direito” feito sob medida, que seria um direito de exceção ao mesmo tempo que um direito de exceção (tradução nossa)³⁶⁶.

Ainda no que tange o direito penal internacional, a maior crítica enfrentada é justamente a acusação de não priorização do princípio em debate e, ainda que essas acusações tenham sido atenuadas com o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, existem três principais correntes doutrinárias a respeito da existência do princípio da legalidade³⁶⁷ no que concerne à justiça penal internacional. A primeira das teorias defende que o direito aplicado pelos Tribunais já existia anteriormente e, por isso, há uma necessidade de se interpretar e adaptar o princípio à lógica do Direito Internacional. Essa corrente é encabeçada por Bassiouni³⁶⁸ que sustenta que, mesmo se os documentos base para as acusações não tivessem proibições penais explícitas e previsão de sanção (o que não é correto, pois considera-se que os Pactos de Briand-Kellog, Ribbentrop-Molotov e as Convenções de Haia e Genebra já trazem tipificações importantes), houve uma condenação moral forte que justificaria a superação do rigor técnico deste princípio. Em sentido contrário, a segunda corrente afirma a inaplicabilidade do princípio da legalidade no âmbito do direito internacional por ser este último um direito majoritariamente consuetudinário. Esta tese, defendida por Quintano Ripollés³⁶⁹, afirma que a proteção individual seria convertida em proteção do Estado. Essa inaplicabilidade seria sanada com o surgimento de uma codificação do direito internacional. Japiassú frisa que “tal assertiva ganhou contornos de realidade com o advento do Tribunal Penal Internacional e o Estatuto de Roma”³⁷⁰. A terceira e última teoria, defendida por ninguém menos que Kelsen, aponta que no direito internacional, em alguns

³⁶⁶ HENZELIN, op. cit., pp. 86 à 88. No original “Avant la loi pénale, il peut bien y avoir des action immorales mais seule la loi les transforme en crimes. Et les essentialistes, tels Durkheim, Garofalo ou Carrara, admettent que si le crime peut préexister à son incrimination par le droit pénal, c’est celui-ci qui consacre officiellement l’infraction en la précisant et en lui attachant une sanction. [...] Au classicisme succéderait un (re)nouveau baroque : défaire de la pensée logique et retour à l’obscurantisme ? [...] En dehors de la loi, le droit pénal est hors la loi. En particulier, l’injustice d’un cas ne peut à elle seule motiver la création d’un « droit » sur mesure, qui serait droit d’exception en même temps que droit de l’exception”.

³⁶⁷ Japiassú aponta que essas teorias estão relacionadas em particular ao princípio da reserva legal. JAPIASSÚ, 2012, op. cit., p. 318.

³⁶⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity in international criminal law**. 2 ed., Haia: Kluwer, 1999, pp. 129 e 130 APUD JAPIASSU, 2004, op. cit., pp. 143 à 160.

³⁶⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Tratado de derecho penal internacional e internacional penal**. tomo I, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto “Francisco de Vitoria”, 1955, p. 95 e seguintes APUD JAPIASSU, 2004, op. cit., pp. 143 à 160.

³⁷⁰ JAPIASSU, 2004, op. cit., p. 153.

casos³⁷¹ ocorrem um choque de princípios, devendo prevalecer o de maior valor, que garanta a segurança de toda sociedade internacional. Sendo os crimes internacionais tão graves a ponto de vulnerar bens jurídicos supraindividuais e ultrapassar a esfera dos Estados Nacionais, deve-se sopesar os valores em jogo e o princípio de justiça prevaleceria sobre o princípio da legalidade³⁷².

Santarelli argumenta que os deveres implícitos expostos no ponto anterior respeitam essas condições de acessibilidade e previsibilidade do princípio de legalidade

Uma questão importante é saber se as condições de previsibilidade e acessibilidade das obrigações, abrangidas, no princípio da legalidade, são respeitadas por deveres implícitos ou inerentes. Nesse sentido, é útil ter em mente que atores não estatais podem ser responsáveis por violações de direitos humanos internacionais, os quais podem ser protegidos por deveres implícitos de potenciais infratores de não os violar, tornando assim as violações ilegais. [...] Conforme exigido pela legalidade, proibições ou comandos internacionais que visam vincular atores não estatais devem ser suficientemente acessíveis e previsíveis para seus destinatários. A esse respeito, não se pode acreditar que, quando a legislação interna nada diz e um ator tem ônus jurídicos internacionais, o princípio da legalidade é violado. Isso porque o direito internacional é em si uma base normativa suficiente e autônoma de obrigações de entidades não estatais destinadas a proteger dignidade humana. Quando essas entidades podem perceber, ao comportarem-se diligentemente, que sua conduta potencial contraria direitos e os expõe a responsabilidades, não se pode dizer que não haja acessibilidade (tradução nossa)³⁷³.

³⁷¹ Ao comentar sobre o respeito do Tribunal de Nuremberg ao princípio da legalidade, Kelsen aponta a inexistência de qualquer legislação, nacional ou internacional, que estabelecesse a responsabilidade individual de agentes de uma guerra. Ele concordou com a tese de que violações ao Pacto Briand-Kellogg previam somente responsabilidade estatal, ao contrário das previsões da Convenção de Haia, estas sim passíveis de violação por um indivíduo. Kelsen concluiu que o Tribunal, ao declarar a responsabilidade penal individual, estaria baseada no Acordo de Londres, o que implicaria na aplicação de lei *ex post facto*, fato que feria indubitavelmente o princípio da legalidade.

³⁷² KELSEN, Hans. Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? **The International Law Quarterly**, Vol. 1, No. 2 (Summer, 1947). Published by: Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, p. 165. “Since the internationally illegal acts for which the London Agreement established individual criminal responsibility were certainly also morally most objectionable, and the persons who committed these acts were certainly aware of their immoral character, the retroactivity of the law applied to them can hardly be considered as absolutely incompatible with justice. Justice required the punishment of these men, in spite of the fact that under positive law they were not punishable at the time they performed the acts made punishable with retroactive force. In case two postulates of justice are in conflict with each other, the higher one prevails; and to punish those who were morally responsible for the international crime of the second World War may certainly be considered as more important than to comply with the rather relative rule against *ex post facto* laws, open to so many exceptions.”

³⁷³ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 255 à 257. No texto original “an important question is whether the conditions of foreseeability and accessibility of obligations, encompassed in the principle of legality, are respected by implicit or inherent duties. In that regard, it is useful to bear in mind that non-state actors can be responsible for violating international human rights, which can be protected by implicit duties of potential offenders to not violate them, thus rendering violations unlawful [...]. As required by legality, international prohibitions or commands that seek to bind non-state actors must be sufficiently accessible and foreseeable to their addressees. Concerning this, it cannot be believed that when domestic legislation says nothing and an actor has international legal burdens the principle of legality is violated This is because international law is in itself a sufficient and autonomous normative basis of obligations of non-state entities designed to protect human dignity. When those entities can figure out, if behaving diligently, that potential conduct of theirs contradicts rights and exposes them to liability, it cannot be said that there is no accessibility”.

O autor segue no sentido de que o direito internacional já admite a possibilidade de existirem capacidades jurídicas implícitas, conforme consta no Parecer Consultivo sobre a reparação de danos sofridos pelo serviço das Nações Unidas da Corte Internacional de Justiça³⁷⁴. Esta lógica seria também confirmada nos artigos 7º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais³⁷⁵ e 15º da Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, segundo os quais o princípio da legalidade é respeitado quando as pessoas são julgadas e punidas por qualquer ato ou omissão que, no momento em que foi cometido, sejam contra os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações³⁷⁶.

Os atores que participam de graves violações dos direitos humanos, sejam eles Estados ou não, devem ter consciência de que seus atos e omissões são contrários aos princípios jurídicos e direitos humanos internacionalmente protegidos. O nascimento de um direito gera, portanto, um dever implícito em salvaguardá-lo que, sendo acessível e previsível, autorizam o nascimento da responsabilidade internacional.

2.2.3.2 Vertente horizontal dos deveres

³⁷⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Advisory Opinion of 11 April 1949. **Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

³⁷⁵ “ARTIGO 7º- Princípio da legalidade

1. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida.
2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.” TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Council of Europe. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 20 de novembro de 2022.

³⁷⁶ “ARTIGO 15

1. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-a impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.
2. Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia-Geral das Nações Unidas. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 20 de novembro de 2022.

Partindo do pressuposto que os deveres de direitos humanos, tais como os direitos decorrentes desse ramo, podem possuir vertente horizontal ou vertical, cabe pensar qual delas seriam mais adequadas aos atores não estatais. Knox comenta que, durante anos e de forma convencional, o sistema internacional de direitos humanos aloca os deveres e obrigações nos Estados, restando aos atores privados tais como corporações e indivíduos pouca ou quase nenhuma obrigação. Considerava-se, à princípio, que as violações de direitos humanos são cometidas pelos Estados ou delegatários, pessoas agindo em nome do Estado³⁷⁷; essa mentalidade aponta um alinhamento vertical dos DIDH, não condizente com a realidade do cenário internacional. A modernização do sistema internacional vem evoluindo em dois eixos principais: a horizontalização dos DIDH e a criação de tantos deveres quanto direitos de direitos humanos. Esses deveres, ainda segundo Knox, podem ser de 2 categorias: deveres inversos ou deveres correlativos.

A primeira categoria abarcaria deveres devidos pelos Estados ou por indivíduos para com a sociedade em geral de obedecer ao sistema legal ao qual estão submetidos. Knox argumenta que, por mais que esses deveres pareçam horizontais pois tanto o devedor quanto o credor são a sociedade, na prática eles são verticais pois são garantidos pelo Estado em nome da sociedade e dependem dele para sua execução. Esses foram os primeiros deveres de direitos humanos dos tempos modernos e podem ser exemplificados pela Declaração Americana de Direitos e Deveres de 1948³⁷⁸. Eles são chamados de deveres inversos porque esses deveres correspondem na realidade aos direitos que o Estado tem o dever de garantir e, nas palavras do antigo Relator da ONU, “as pessoas têm o dever de exercer o que foi anteriormente descrito como um direito”. Na Declaração mencionada por exemplo, trabalho e

³⁷⁷ KNOX, Jonh H., Horizontal Human Rights. **American Journal of International Law**, volume 102, issue 1. Cambridge University Press: 27 February 2017, p 1. Nesse mesmo sentido, TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights: Between Idealism and Realism**. Oxford University Press, 2008, p 375. “Given the absence of rules of international law outside special treaty systems, the victim of a human rights violation seeking redress for the injury he/she has suffered must as a rule rely on the domestic law of a given state. Since human rights violations can, in principle, be committed only by states and/or the persons acting on behalf of the state, it is the law regulating state responsibility for tortious action which is applicable”.

³⁷⁸ KNOX, op. cit., p. 3. “The effort to incorporate private duties into human rights law is not new. From the inception of the modern human rights movement, some advocates have urged adoption of human duties as well as rights. Those duties have fallen into two categories, which raise very different concerns. The first category comprises duties owed by the individual to the society or state, such as a duty to obey the laws of the state. Although these duties may appear to be horizontal, in the sense that they are owed to others in the duty-holder’s society, in practice they are vertical, enforced by the government acting on behalf of the society. They run conversely to the vertical duties of the government to promote and protect the individual’s human rights. [T]hese converse duties have the potential to undermine human rights because the government may rely on them to offset the duties it owes to the individual under human rights law. To cabin this danger, human rights law generally refuses to list converse duties and restricts the authority of governments to use such duties to limit human rights”.

educação³⁷⁹ estão listados como direitos que devem ser garantidos pelo Estado e também como deveres que devem ser exercidos pelos indivíduos. Esses deveres inversos são uma ameaça ao sistema internacional de direitos humanos pois, em certas ocasiões, o Estado pode manipulá-los para diminuir a carga de obrigações que deve aos indivíduos, minando todo o sistema³⁸⁰.

Já a segunda categoria, os deveres chamados correlatos, apontada por Knox como verdadeiramente horizontais, são as obrigações privadas de respeito aos direitos humanos de outras pessoas. A relação credor-devedor ocorre entre atores no mesmo plano legal, podendo aumentar e não minar o gozo de direitos humanos³⁸¹. Por razões práticas e políticas, o sistema internacional apresenta, para esse tipo de dever, um escalonamento em pirâmide de 4 etapas.

De base, o direito internacional não costuma impor esses direitos diretamente, apenas pondera que os governos devem proteger as relações privadas, cabendo ao regulamento interno proteger possíveis vulnerações. Ou seja, por mais que esteja inferido a necessidade de ações afirmativas para assegurar o gozo de direitos, a obrigação dos governos é meramente exercer a “devida diligência” para proteger os direitos humanos da interferência privada; existe um dever estatal de conduta, não de resultado³⁸². No nível posterior, especifica-se alguns deveres de especial atenção deixando ainda ao governo a liberdade de impor uma vigilância e aplicação de punição. Esses deveres privados são pormenorizados por meio de acordos e (mais frequentemente) por meio de instituições internacionais com autoridade para

³⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 27 de novembro de 2022. No que concerne o direito e dever à educação “Artigo XII. Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana. [...] Artigo XXXI. Toda pessoa tem o dever de adquirir, pelo menos, a instrução primária”. Já sobre o direito e dever ao trabalho “Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. [...] Artigo XXXVII. Toda pessoa tem o dever de trabalhar, dentro das suas capacidades e possibilidades, a fim de obter os recursos para a sua subsistência ou em benefício da coletividade”.

³⁸⁰ KNOX, op. cit., p. 20. “Using international human rights law to establish private duties poses real dangers to the protection of human rights. Oppressive governments have regularly sought language setting out duties on individuals in order to have excuses to restrict their rights. Any effort to incorporate correlative duties in human rights instruments must therefore be careful not to open the door to converse duties that would allow governments to restrict rights and undermine the entire corpus of human rights law”.

³⁸¹ Ibid., p. 2, “he second category of private duties comprises correlative duties – that is, private duties to respect the human rights of others. These duties are truly horizontal, in the sense that they run between actors on the same legal plane, and, unlike converse duties, they appear to further, rather than undermine, the enjoyment of human rights. But for practical and political reasons, human rights law does not impose many correlative duties directly. With respect to many correlative duties, it merely contemplates that governments should protect human rights from violation by private actors and leaves the specification and enforcement of the duties to the governments themselves. Human rights law specifies a smaller, but still large, number of private duties, again leaving their enforcement to governments. Through international criminal law, it directly places a few duties, such as the duty not to commit genocide, and through institutions like the International Criminal Court, it enforces those duties under limited circumstances”.

³⁸² Ibid., p. 22.

interpretá-los. Os deveres são mais susceptíveis de serem detalhados quanto mais são susceptíveis de serem violados e quanto mais a lei interna é incapaz de abordá-los satisfatoriamente. Entretanto, o Estado ainda tem autoridade (e responsabilidade) para incluir esses deveres no âmbito domésticos e aplicá-los. Nessas duas primeiras fases da pirâmide, os deveres privados são indiretos, havendo para os atores não estatais apenas efeitos secundários de uma obrigação diretamente estatal.

Na terceira etapa dessa pirâmide estariam os deveres atribuídos diretamente aos atores privados e normalmente regulados pelo direito penal internacional para os quais impõe-se um comportamento e punição, admitindo-se ainda que o direito interno estatal as execute. Por fim, no ápice, estariam deveres tão valorados que necessitam ter sua aplicação garantida ao nível internacional por Tribunais, Cortes ou Organizações Internacionais. Knox relembra que dar às instituições internacionais um papel na aplicação direta de deveres privados, inclusive por meio de sanções criminais, é o papel mais intrusivo possível que a lei de direitos humanos pode desempenhar com relação à jurisdição doméstica e, portanto, não é de estranhar que essa possibilidade exista apenas para algumas poucas condutas em situações específicas³⁸³.

Alguns internacionalistas afirmam que apenas os deveres deste patamar, que não apenas foram especificados e definidos diretamente pelo direito internacional, mas que também são executados e julgados por instituições internacionais, podem existir no que se refere aos ANE. Vasquez sugere que uma norma de direito internacional somente pode ser aplicada diretamente a um ANE quando e somente quando há um mecanismo internacional que defenda essa regulação ou linguagem que indique vontade futura de regulá-lo diretamente³⁸⁴.

³⁸³ Ibid., p. 31 cita o Estatuto de Roma que considera o TPI competente em quatro hipóteses: crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes de guerra. “Article 5 La compétence de la Cour est limitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. En vertu du présent Statut, la Cour a compétence à l'égard des crimes suivants :

a) Le crime de génocide ;
 b) Les crimes contre l'humanité ;
 c) Les crimes de guerre ;
 d) Le crime d'agression.” COUR PENALE INTERNATIONALE. **Statut de Rome de la Cour pénale internationale**. Rome le 17 juillet 1998. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Statut-de-Rome.pdf>. Acesso em 4 de agosto de 2023.

³⁸⁴ VASQUEZ, Carlos Manuel. Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under International Law. **Columbia Journal of Transnational Law**, vol 43, 2005, pp. 927-959. Nas páginas 940 e 941 “If an international mechanism is established for enforcing na international norm against a non-state actor, then it may clearly be said that the international norm applies directly to non-state actors. Scholars have stressed, however, that the absence of such a mechanism does not necessarily establish the opposite. A rule of international law imposing obligations directly on individuals and non-state actors, not backed by an international enforcement mechanism, could later become enforceable, for example, through the subsequent creation of an international tribunal with the power to impose criminal penalties, as occurred with the establishment of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. [...] An intent to make the obligations directly applicable could be shown by language indicating an intent to subject corporations to international enforcement

Essa pirâmide é resultado de duas pressões transversais: a necessidade prática e política de servir-se das instituições e aparatos domésticos sempre que possível e a urgência em usar o Direito Internacional onde esses aparatos e instituições doméstica são insuficientes ou inadequados.

Politicamente, os indivíduos e outros atores privados são mais propensos a aceitar a legitimidade das normas internacionais quando elas são incorporadas ao direito doméstico. Os indivíduos aceitam que seus governos tenham jurisdição para determinar e fazer valer seus direitos e deveres; eles são menos propensos a aceitar que organismos internacionais controlados por governos estrangeiros tenham tal jurisdição. Além disso, há o problema prático de aplicação. Pouquíssimas instituições internacionais têm o poder de impor proibições diretamente contra atores privados, embora uma vez que uma obrigação seja imposta pelo direito internacional, haja um argumento muito mais forte para o uso de instituições internacionais para garantir que ela seja cumprida.

Como resultado dessas pressões, parece haver uma presunção muito forte na prática dos Estados de que quase todos os deveres jurídicos internacionais de atores privados serão mediados por meio do direito doméstico: que a colocação e a execução, mesmo de deveres específicos, geralmente serão feitas por meio de procedimentos domésticos, e não através dos internacionais. Para superar essa presunção, não basta que uma violação seja particularmente hedionda, uma vez que mesmo crimes internacionais abomináveis como tortura e escravidão não se enquadram nessa categoria. Para justificar a imposição direta pelo direito internacional, as violações devem ser consideradas de extraordinária importância internacional e extraordinariamente inadequadas para aplicação doméstica (tradução nossa)³⁸⁵.

Algumas justificativas sustentam esse tipo de organização que mescla obrigações diretas com deveres indiretamente impostos pelos Estados, construindo um sistema de obrigações internacionais amorfo, entre encargos verticais e horizontais. O primeiro fator apontado como razão desse tratamento piramidal de deveres de direitos humanos para atores privados é a de que, de maneira geral, os Estados ainda são os atores internacionais mais poderosos e capazes de violar direitos humanos. Knox não concorda com essa afirmativa pois

mechanisms in the future. In the light of international law's general prohibition of retroactive legislation, future enforcement mechanisms can be applied to private corporate activity only if the norms themselves directly applied to corporations at the time of the conduct”.

³⁸⁵ KNOX, op. cit., p. 30. No original “Politically, individuals and other private actors are more likely to accept the legitimacy of international norms when they have been incorporated into domestic law. Individuals accept that their governments have jurisdiction to determine and enforce their rights and duties; they are less likely to accept that international bodies controlled by foreign governments have such jurisdiction. In addition, there is the practical problem of enforcement. Very few international institutions have the power to enforce prohibitions directly against private actors, even though once an obligation is placed by international law, there is a much stronger argument for using international institutions to ensure that it is met.

As a result of these pressures, there seems to be a very strong presumption in the practice of states that almost all international legal duties on private actors will be mediated through domestic law: that placement and enforcement even of specific duties will usually be through domestic procedures, not through international ones. To overcome this presumption, it is not enough that a violation be particularly heinous, since even such abhorrent international crimes as torture and slavery do not fall within this category. To warrant direct imposition by international law, violations must be considered both of extraordinary international significance and extraordinarily ill-suited for domestic enforcement”.

considera que atualmente existem corporações multinacionais cujo poder ultrapassa em muito os Estados. A segunda motivação, que também encontra forte crítica não só de Knox, mas de grande parte de doutrina (como vimos em pontos anteriores) é a impossibilidade de responsabilizar outros agentes que o Estado pela falta de personalidade jurídica dos primeiros. A terceira e última explicação para o sistema atual é a impossibilidade prática e política de um sistema diferente. Na prática, seria inviável replicar os recursos domésticos devotados à regulação de violações entre atores privados ao Direito Internacional. Além disso, politicamente impossível seria a aceitação, pelos governos, dessa invasão de autoridade que é a utilização de recursos internacionais em assuntos nos quais já existem instrumentos nacionais para regulação.

Knox parabeniza essa abordagem piramidal por utilizar-se do sistema doméstico sem permitir ao Estado de regular a limitação do dever de acordo com seu interesse político e, ao mesmo tempo, permitir certa autonomia doméstica sem depender da existência de um sistema legal interno eficaz para a execução completa dos deveres mais importantes. Na realidade, o ex-Relator Especial da ONU teme que incorporar deveres correlatos nos instrumentos já existentes de DIDH poderia abrir uma brecha para a criação de deveres reversos que, como abordado supra, podem ser perigosos em virtude da possibilidade dos governos em diminuir direitos para modificar o paradigma de obrigações devidas e minar o corpo doméstico de direitos humanos.

2.2.4 Componentes chaves para nova abordagem

Os atores não estatais têm desempenhado um papel importante de influência e impacto no cenário internacional e indubitavelmente essa atuação será ainda mais contundente no futuro. Por consequência, importa não somente sistematizar o estudo desses agentes como também propor soluções e reabordagens que afiem o horizonte das relações internacionais. Tentando criar uma estratégia para os desafios da agenda de direitos humanos, Andreopoulos, Arat e Juviler propõem na conclusão de seu livro “Atores Não Estatais no Universo dos Direitos Humanos” alguns componentes chave para uma nova abordagem de defesa do

DIDH³⁸⁶ que abordaremos aqui. Utilizaremos igualmente sugestões de vários autores como Santarelli, Alston, Smith, Miyawa, Yeşiltaş e Kardaş perpassando a doutrina dos continentes americano, europeu e africano, bem como a região do Oriente-Médio.

³⁸⁶ ANDREPOULOS, George; ARAT, Zehra F.; JUVILER, Peter. Rethinking the Human Rights Universe. In: ANDREPOULOS, George; ARAT, Zehra F.; JUVILER, Peter (orgs). **Non-State Actors in the Human Rights Universe**. Kumarian Press Inc. 2006, pp. 331-338.

2.2.4.1 Abandono da classificação binária atual

Como já dito algumas vezes na Parte I deste trabalho, a falsa dicotomia entre atores estatais e não estatais (ou simplesmente entre público e privado) e a visão da relação estanque desses atores como uma batalha por influência e busca de seus próprios e diametralmente opostos interesses é o primeiro ponto a ser abandonado na busca de um marco regulatório eficaz para os atores não estatais.

A linha divisória da atuação dos agentes internacionais pode ser facilmente dissipada não apenas em momentos de colaboração ou coalizão (parcerias público-privadas) mas também na rotina e desenvolvimento de suas funções.

Até o significado do termo sociedade civil vem mudando. Enquanto antigamente (séculos XVIII e XIX na Europa) o termo sociedade civil se referia ao domínio da atividade privada que sustentava a ascensão da classe média, hoje em dia ela é vista como o *locus* da “contra-hegemonia emancipatória”. Tal construção tem variadas implicações conceituais e políticas. A sociedade civil pode ser vista como o terreno para resistência e protestos e, de forma mais ambiciosa, como a arena na qual os movimentos sociais transnacionais buscam restringir a conduta hegemônica [...] e no processo reconstruir a autoridade política de uma forma mais equitativa e maneira inclusiva (tradução nossa)³⁸⁷.

Podemos dizer, portanto, que existe um problema moderno clássico nessa interação entre atores internacionais: atualmente os atores não estatais têm sua atuação demarcada negativamente por referência às ações estatais, conceito graciosamente apelidado por Alston como “síndrome do não-é-um-gato”³⁸⁸. Porém, como manter essa demarcação hermética em um cenário mundial constantemente negociável, de um fluxo interminável de possibilidades e pressões? Grande parte dos atores não estatais (à exemplo das organizações internacionais, empresas privadas com funções públicas e grupos armados separatistas) estão relacionados com o Estado através da recepção de alguma assistência ou pela adaptação aos procedimentos e estrutura normativa domésticos. Ou ainda além, mesmo que esses ANE (em muitos estudos chamados de atores privados pelos motivos que explicamos) não se dirijam ou não estejam centrados em um Estado, o processo de interação (participação na tomada de decisões e

³⁸⁷ ANDREPOULOS, ARAT et JUVILER, op. cit., p. 332. No original “Even the meaning of the term civil society has been changing. While in an earlier period (eighteenth and nineteenth centuries in Europe) the term civil society referred to the domain of private activity that sustained the rising middle class, nowadays it is viewed as the locus of ‘emancipatory counter hegemony’. Such a construction has varied conceptual and policy implications. Civil society can be viewed as the terrain for resistance and protests, and, more ambitiously, as the arena in which transnational social movements seek to restrain hegemonic conduct [...] and in the process reconstruct political authority in a more equitable and inclusive manner”.

³⁸⁸ ALSTON, 2005, op. cit.

negociação de políticas públicas) gera uma dinâmica própria construtora de uma consciência supraestatal que transcende o paradigma estadocêntrico e cujos expoentes não podem ser confinados à esfera civil ou privada.

Fenômenos como a globalização, a internacionalização dos Estados e a natureza própria da humanidade de constante metamorfose geram uma série de questões e coalisões complexas antes inimagináveis que exigem adaptação do modelo atual de reconhecimento internacional, abertura de espaço para participação e, principalmente, responsabilidade internacional face às violações ao sistema internacional de direitos humanos.

Proposição interessante é feita pelas internacionalistas brasileiras Odete Maria de Oliveira e Andréia Rosenir da Silva ao propor uma mudança de perspectiva na tipologia de atores internacionais com o aporte do parâmetro eclético. Elas comentam que uma maneira eficiente de classificar os atores internacionais na atualidade seria dividi-los em atores tradicionais, novos atores e atores emergentes³⁸⁹. Essa tipologia seria capaz de abordar a amplitude dos fluxos fluidos e voláteis originados pelo novo mundo virtual no qual os atores adquiriram um protagonismo transpessoal que fogem do controle estatal e transcendem limites e fronteiras, desconhecendo nacionalidades. Eles propõem, nesse contexto, três modalidades:

- a) atores tradicionais, compreendendo todos os Estados e seus desmembramentos estadocêntricos;
- b) um segundo grupo de novos atores que abrange as organizações internacionais, organizações não governamentais e empresas transnacionais, pois os mesmos seriam “atores detentores de interessante protagonismo”³⁹⁰;
- c) finalmente, um último grupo composto pelos chamados atores emergentes entendidos como aqueles que exercem papéis diversificados e podem ser considerados como representantes dos presentes tempos modernos.

Elas comentam ainda que essa última categoria poderia abarcar atores tais como os movimentos sociais, os movimentos sociais globais, grupos privados, grupos sociais, indivíduo, opinião pública, partidos políticos, associações religiosas, sindicatos, igrejas, movimentos de liberação nacional, crime organizado, grupos terroristas, mídia, gênero, redes transnacionais e coalisões transnacionais e poderes erráticos. Eles não seriam capazes de

³⁸⁹ OLIVEIRA, Odete Maria de; SILVA, Andréia Rosenir da. Gênero como possível ator das Relações Internacionais. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais: a questão de gênero**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, pp. 41-45.

³⁹⁰ Idem.

chegar a um consenso doutrinário quanto seu grau de protagonismo e importância na sociedade internacional³⁹¹.

Outro debate interessante, mesmo se próprio da ciência das Relações Internacionais, é a utilização do conceito de *actorness* como ferramenta analítica para identificação e classificação dos atores internacionais. A literatura internacionalista discute esse conceito desde 1970, sendo o mesmo considerado um sucesso pela sua aceitação acadêmica e um fracasso pela sua incapacidade em alcançar um consenso em sua aplicação³⁹². É evidente que ser considerado um ator internacional deveria resultar de uma caracterização pormenorizada, com requisitos e capacidades objetivas e reunidas que tornem possível a qualquer entidade que as possui alcançar ao *status* de ator internacional, evidenciando que tal estatuto não pertence tão somente aos Estados. A ideia central e relativamente consensual na doutrina, entretanto, seria a caracterização um tanto simplista de que um ator internacional é aquele que age como tal³⁹³. Os requisitos mais apresentados para identificação e classificação de comportamento do ator em geral são relacionados com a autonomia (e não soberania), reconhecimento pela sociedade internacional, coesão interna (ou capacidade de representar a sociedade civil) e seu impacto ou presença³⁹⁴.

As críticas comuns a esse conceito são de que ele seria incapaz de desprender-se da lógica vesfeliana por suas constantes comparações com os Estados soberanos, a fragilidade

³⁹¹ Ibid., especificamente em página 44, “Em suma, observa-se na presente abordagem classificatória a existência dos mais diferenciados atores atuando na sociedade internacional contemporânea – enquanto uns mobilizam-se de modo integrado, outros o fazem de forma agregada. Notadamente, enquanto alguns apresentam caráter de permanência e poder de decisão – atores tradicionais e novos atores -, outros apenas se conduzem de maneira ocasional e até efêmera, - atores emergentes-, desconhecendo vínculos de integração e centralidade. Em sentido mais amplo, a presente classificação – critério eclético – conforma-se de forma aberta e abrangente, abrangendo os denominados atores potenciais, emergindo e evoluindo ao lado dos demais e já consagrados atores, que atuando com destacado protagonismo e mobilidade, causam impactos na arena internacional, em virtude de sua efetiva atuação, demonstrando forte protagonismo relacional”.

³⁹² DRIESKENS, Edith. Golden or gilded jubilee? A research agenda for actorness. **Journal of European Public Policy**. Volume 24, number 10, 2017, p. 1536. A autora, logo após discutir a evolução histórica dos principais conceitos, comenta que “[It] illustrated that scholars and practitioners received with admiration the emerging European integration process in the mid-1970s, while also raising questions about its nature and direction”.

³⁹³ Idem, “The actor capability is, in principle, a measure of the autonomous unit’s capacity to behave actively and deliberately in relation to other actors in the international system”. E ainda, nesse mesmo sentido, GROENLEER, Martijn and VAN SCHAİK, Louise. United We Stand? The European Union’s International Actorness in the Cases of the International Criminal Court and the Kyoto Protocol. **Journal of Common Market Studies**. Volume 45. Number 5, 12 November 2007, pp. 969–998. Em página 972, especificamente sobre a União Europeia: We broadly define EU international actorness as the EU’s ability to function actively and deliberately in relation to other actors in the international system.

³⁹⁴ KAUNERT, Christian. Europol and EU Counterterrorism: International Security Actorness in the External Dimension. **Studies in Conflict & Terrorism**. Volume 33, issue 7, 2010, pp. 652-671. Especialmente em p. 658, “They outline four criteria by which ‘actorness’ can be measured: (1) a shared commitment to a set of overarching values and principles; (2) domestic legitimation of decision processes, and priorities, relating to external policy; (3) the ability to identify policy priorities and to formulate coherent policies; and (4) the availability of, and the capacity to utilise, policy instruments. In addition to these requirements, Dryburgh suggests a further criterion: third party perceptions that the EU is an actor in a specific area”.

dos enquadramentos teóricos propostos e seus requisitos e sua incapacidade em mostrar sua eficácia. Esses fatores apontam a necessidade de repensar o conceito de *actorness* e sua utilidade enquanto ferramenta metodológica cujo propósito seja entender o nível de capacidade de atuação de uma entidade³⁹⁵.

Finalizando esse componente chave para construção de um paradigma pós estadocêntrico, cumpre apontar indagação da *International Law Association*, em seu quarto e último relatório sobre os ANE, sobre a necessidade de ter uma classificação para esses atores³⁹⁶. Eles comentam que muitos estudiosos propuseram classificar esses agentes, sendo a grande maioria dessas propostas, por razões óbvias, atreladas à sua relação com o Estado. Eles comentam, entre as tentativas de encontrar critérios de classificação, a classificação implícita e maniqueísta presente na literatura entre ANE “bons” e “maus” ou ainda a classificação em violentos ou não violentos, de acordo com meios que os ANE utilizam suas atividades para atingir seus objetivos³⁹⁷. Outra forma de classificação que vêm ganhando destaque é a agrupação com base na função que eles desempenham nas relações internacionais e/ou na área substantiva do direito internacional na qual eles teriam maior impacto. Apesar de falha no sentido de que alguns atores não atuarem exclusivamente em um único domínio ou mesmo

³⁹⁵ DRIESKENS, op. cit., *passim*, “The conceptual history of actorness is relevant beyond traditional scene-setting. Revisiting the past gives a first indication of how difficult or easy it is to repair the notion’s gilded reputation by following recommendations defined in the literature. [...] The bad news is that the variety in operationalization goes to the heart of the notion: the notion of actorness is derived from actor and there has been no academic consensus on the generic qualities that constitute an international actor. Despite this lack of consensus, the nation-state has been the benchmark unit in actorness research, symbolizing its influence in international relations. [...] This conceptual fog clouds the clarity of actorness by association: actorness measures the degree to which an entity qualifies as an international actor, so the lack of a universally accepted definition of the latter complicates a universally acceptable definition of the former. Importantly, this confusion has not decreased the popularity of actorness; to the contrary. In fact, the first question raised in the introduction of this article (i.e., ‘What accounts for the enduring appeal and utility of actorness?’) cannot be fully answered by referring to (the academic interest in) the EU’s promise and practice of being an international actor. The notion’s seemingly endless and largely accepted flexibility represents a second answer. [...] More generally, while scholars do not always make their choices explicit, they seem principally driven by empirics rather than theory. As a result, some kind of cottage industry has flourished around actorness, generating a multitude and variety of criteria and frameworks. Mixing and matching may serve individual scholars well. It comes, however, at the detriment of the field of study”.

³⁹⁶ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Final Report of the Committee on Non-State Actors of the International Law Association (ILA)**. 77th Biannual Conference of the International Law Association (ILA) at Johannesburg, South Africa. August 2016, p. 6.

³⁹⁷ Essa classificação, conforme apontado no relatório, é altamente problemática pois em geral identifica como ator internacional violentos àqueles cujo uso da força ainda não foi justificado ou definido como legítimo; o Estado utiliza sua força de maneira legítima então (mesmo em regimes com incidentes de violações de direitos humanos) não seria considerado violento. *Ibid.*, em p. 7, “Similarly, as with the definition of non-state actors and the very term used to denote them, the classification also serves as a template which not only helps describe the complex reality but also, in a certain way, forms and re-forms this reality. Characterizing some NSAs as good and others as bad conventionally suggests the need for a differentiated treatment of such entities under international law. Ranking some NSAs among the violent ones usually entails questioning their legitimacy”.

devido à transversalidade de alguns ANE, essa corrente vem ganhando destaque em virtude da crescente fragmentação do direito internacional e especialização dos internacionalistas³⁹⁸.

Apesar de não pretender abraçar nenhuma das classificações que enumera e não pretender propor uma nova classificação, eles apontam como tipologia mais completa a proposta por Gustaaf Geeraerts³⁹⁹. Ele aponta que os ANE podem ser classificados inicialmente em dois grupos principais: as organizações intergovernamentais (OIGs) e as organizações não governamentais (ONGs). Por considerar o rótulo ONG problemático e ultrapassado devido à sua proximidade com as OIGs, ele preferiu adotar, para essa primeira camada de classificação, dois grupos de ANE: OIGs e as organizações transnacionais (OTN)⁴⁰⁰.

O primeiro grupo (OIGs) podem ser ainda classificados como genuínos ou híbridos. Ambos seriam criados por tratado entre dois ou mais governos a diferença entre eles se sua constituição for mista (participação privada) ou puramente pública⁴⁰¹. Já o segundo grupo dessa classificação, as OTN, poderiam bifurcar-se em organizações transnacionais

³⁹⁸ Idem, “NSAs are often classified – or rather grouped together – based upon the function they have in international relations and/or upon the substantive area of international law where they have the largest impact. Thus, for instance, authors writing about the law of the sea would have a particular interest in pirate groups, while those researching international humanitarian law would focus on AOGs or the ICRC and other humanitarian NGOs. Of course, many NSAs are not exclusively active in one field only; so the groups have large overlaps. Yet, with the increasing fragmentation of international law and the growing specialization of international lawyers, the division of actors along functional lines has gained increasing relevance”.

³⁹⁹ GEERAERTS, Gustaaf. **Analyzing Non-State Actors in World Politics**. Pole Paper Series, Vol. 1, No. 4. Centrum voor Polemologie, Vrije Universiteit Brussel, 1995.

⁴⁰⁰ Ibid., entre páginas 13 e 17, “Both IGOs and INGOs are alike in having participants from more than one state. An IGO is defined as an ‘institutional structure created by agreement among two or more sovereign states for the conduct of regular political interactions’. IGO’s constituent members are states and its representatives are governmental agents. [...] INGOs also have states as their constituent members, but the state representatives are non-governmental agents. Furthermore, these organizations are non-profit making entities whose members range from private associations to individuals. Like IGOs, they have a permanent secretariat, regular scheduled meetings of representatives of the membership, and specified procedures for decision making. The distinction between IGOs and INGOs, however, is not always clear because a number of international organizations allow for both governmental and non-governmental representation. [...] To overcome this classification problem, many authors choose to follow the conventional practice of using a UN decision whereby IGOs are defined as organizations established by intergovernmental treaty and INGOs are defined as ‘any international organization which has not been established by an inter-governmental agreement’ including those which accept governmental agencies or ministries as members. [...] Two main problems have been encountered in the above overview of typologies of non-state actors. First, the widely used UN distinction between IGOs and INGOs hides important membership characteristics and clearly overlooks an important category of mixed non-state actors. Second, there is confusion and disagreement over the definition of a transnational organization. In view of the importance of a clear working definition for the analysis of non-state actors, this article sets forth a typology of actors based on a broad definition of transnational organizations and differentiating between mixed and pure types of non-state actors”.

⁴⁰¹ Ibid., p. 20, “On the basis of the argument brought forward, classification can be improved by categorizing those organizations with mixed membership which have been established by governmental treaty as ‘hybrid IGOs’ (HIGOs). Such classification would indicate that these organizations are governmental by foundation but at the same time constitute a mixture of public and private organizations if types of members are taken into consideration. Hybrid IGOs (i.e. ILO) would then come close to the category of transnational organizations as they involve at least one actor that is not governmental”.

corporativas, não corporativas, não governamentais (ONGs que, como as IGOs, podem ser genuínas ou híbridas) e, finalmente, organizações transgovernamentais. Dentre o emaranhado de organizações internacionais apresentadas, a maior parte delas já foi alvo de grande produção acadêmica anterior mais aprofundada que este trabalho e, por essa razão, não serão apresentadas. Não tentarei conceituar ou exemplificar as organizações intergovernamentais, as transnacionais corporativas e as organizações não-governamentais. Sobre as organizações transnacionais não corporativas explica-se tratar das organizações privadas sem fins lucrativos tais como igrejas, partidos políticos e (surpreendentemente) grupos armados⁴⁰². Já as organizações transgovernamentais seriam subunidades governamentais (coletividades territoriais) com atividades fora das fronteiras estatais⁴⁰³.

2.2.4.2 Estabelecimento de nexos de capacidade e responsabilidade

No paradigma tradicional dos direitos humanos, os atores não estatais são dotados de capacidades limitadas, tanto em termos de proteção quanto de abuso, enquanto o ônus de garantir a responsabilidade face à violação recai sobre o Estado. De acordo com o direito internacional, o Estado deve assumir a responsabilidade pela conduta abusiva perpetrada por atores não estatais em seu território por meio de diligências e investigações. Os Tribunais e Cortes internacionais de direitos humanos têm assegurado decisões enfatizando a necessidade de que os Estados averiguem acuradamente as violações desses atores porém, a despeito do reforço benéfico à responsabilidade estatal, há de se enxergar a tendência de crescimento do poder corporativo, concentração de riqueza e propriedade, colapso das fronteiras governamentais, coligações que fusionam o público e privado e intenso ativismo político global que demonstram uma mudança de poder em favor desses não estatais. Esse aumento

⁴⁰² Idem, “Finally we have the category of the transnational non-corporate organization (TNCO). This is in fact a residual division consisting of private voluntary associations which on the one hand are clearly distinguishable from corporations, and on the other do not fit in the class of INGOs. Examples would include the churches, transnationally organized political parties or political movements, international trade secretariats, transnational terrorist networks, and internationally supported insurgent groups”.

⁴⁰³ Idem, “A transgovernmental organization results from the 'interactions between governmental subunits across state boundaries' when the governmental actors are 'not controlled by the central foreign policy organs of their governments'. Because of the latter characteristic transgovernmental organizations have a strong non-governmental flavour, and as such we deem it plausible to place them within the category of transnational organizations. Although contacts between governmental bureaucracies may often remain non-institutionalized, a number of such organizations have been created. A prime example is the International Union of Local Authorities (IULA) which is an association of the local government authorities of the European Union”.

das capacidades dos ANE está estritamente relacionado com as expectativas e anseios de sujeição de suas atividades a um maior e melhor escrutínio global⁴⁰⁴.

Estabelecer uma correlação entre a capacidade e a responsabilidade de atores não estatais seria um grande avanço para uma melhor promoção e execução dos direitos humanos no contexto atual. A expansão do espaço de prestação de contas precisa ser debatida, tendo em vista a vasta gama de modelos de controle existentes tais como mecanismos de adesão voluntária, marcos regulatórios, sistemas legais ou normativos, dentre outros. Porém o primeiro passo definitivamente é olhar além da abordagem centrada no Estado como promotor e violador e fornecimento de um sistema quantitativo e sustentável de responsabilidade, na qual cada ator (Estatal ou não) responderia de acordo com o peso de suas ações e sua capacidade de percebê-lo.

No entanto, apontar a correlação positiva entre as capacidades dos ANE e a prestação de contas é apenas o primeiro passo. O alargamento do espaço de prestação de contas exigirá mais trabalho sobre as fontes da prestação de contas (quadro normativo, jurídico e não jurídico), sobre os mecanismos de prestação de contas (regulamentares, voluntários), bem como sobre os principais desafios contra esta expansão. Entre os obstáculos mais importantes, frisa-se a definição das responsabilidades respectivas nas interações entre o Estado e os ANE, reforçando a sua capacidade de respeitar os direitos humanos e/ou responsabilizar os perpetradores. Um primeiro passo nesta direção seria adotar uma abordagem centrada nas violações e fornecer uma prestação de contas séria, quantitativa e viável das violações (tradução nossa)⁴⁰⁵.

Conforme discutido nos pontos anteriores, este trabalho defende, com base das ideias de Santarelli e Knox, haver uma demanda visível da sociedade internacional em reconhecer a existência do lastro de obrigação (um dever minimamente implícito e genérico de não vulneração de direitos humanos). Admite-se igualmente, concordando com Alston entre

⁴⁰⁴ ANDREPOULOS, ARAT et JUVILER, op. cit., p. 334. “What are the implications of the rise in NSA expectations for the capacities/accountability nexus? In the traditional human rights paradigm, NSAs have been perceived as endowed with limited capacities, protective or abusive, while the burden of ensuring accountability fell upon the state. Accountability, of course, refers to the responsibilities incurred by an actor vis-a-vis all entities with whom it interacts in whatever capacity in a particular situation. Under international human rights law, states bear responsibility for abusive conduct perpetrated by non-state entities within their territory (due diligence). Regional human rights courts (European, Inter-American) have issued decisions emphasizing the need for states to exercise due diligence in dealing with human rights violations perpetrated by these entities.”.

⁴⁰⁵ Idem. No original “Yet pointing to the positive correlation between NSA capacities and accountability is simply the first step. The broadening of the accountability space will necessitate more work on the sources of accountability (normative framework, legal as well as non-legal), on the mechanisms of accountability (regulatory, voluntary), as well as on the main challenges confronting this expansion. Among the most important challenges would be sorting out the respective responsibilities in state and NSA interactions, enhancing their capacity to abide by human rights laws and/or holding perpetrators accountable. A first step in this direction would be to take a violation-centered approach and provide sound quantitative and sustainable accounting of violations”.

outros autores apresentados nos tópicos sobre relação jurídica⁴⁰⁶, que o fato de não haver, até o presente momento, o reconhecimento de personalidade jurídica a esses agentes não pode desonerá-los de responder às violações que eles cometerem. Há de se refletir sobre a função social e teleológica das noções de personalidade jurídica internacional e sua relação com os bens jurídicos, objetivos e desenvolvimento do Direito Internacional.

Assim como o surgimento de entidades políticas poderosas fez Leibniz perceber a importância de submetê-las à lei, tanto para dar-lhes capacidades positivas (como direitos) quanto negativas (como deveres ou responsabilidades), o poder dos atores não estatais em uma era globalizada (e antes), e seu poder de violar ou promover direitos (ou seja, poderes para fazer algo), exigem que sua conduta seja devidamente regulada pelo direito internacional, que deve tratar a sociedade internacional como ela é: não apenas composta por Estados (tradução nossa)⁴⁰⁷.

2.2.4.3 Estratégias proativas e preventivas

Na vasta literatura produzida sobre a promoção e defesa de direitos humanos, há surpreendentemente poucos textos com menção às estratégias preventivas, sendo este um “território ainda inexplorado” da doutrina.

Uma vasta literatura em numerosas línguas detalha os direitos humanos internacionais e regionais, porém surpreendentemente poucos destes textos mencionam estratégias preventivas. Em contrapartida, a “prevenção” é sempre mencionada quando se discute a corrupção, que deve ser sempre combatida. [...] Há poucas evidências de que os acadêmicos considerem a prevenção como uma questão de direitos humanos, preferindo, em vez disso, focar na promoção e proteção (há, é claro, um argumento convincente a ser feito de que a prevenção de violações é inerente aos objetivos de “promoção e proteção” dos direitos humanos) (tradução nossa)⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Ver seção 2.1.3.4.2, sobre personalidade jurídica. Atualmente a noção de personalidade não é encontrada em norma jurídica internacional geral, mas é empregada pela doutrina e jurisprudência, não havendo consenso sobre os atores não estatais serem portadores de subjetividade, personalidade (plena ou escalonada) ou capacidade. Desponta-se ainda, sobre esse tema, a noção desses atores como participantes do Direito Internacional.

⁴⁰⁷ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 234 e 235, em texto original “Just as the emergence of powerful political entities made Leibniz realize the importance of subjecting them to law, both to give them positive capacities (as entitlements) or negative ones (as duties or responsibility), the power of non-state actors in a globalized era (and before), and their power to violate or promote rights (i.e. powers to do something), demand that their legally relevant conduct is properly regulated by international law, which ought to treat international society as it is: not only composed of States”.

⁴⁰⁸ SMITH, Rhona K.M. Prevention and human rights. In: MIHR, Anja e GIBNEY, Mark. **The SAGE Handbook of Human Rights**, volume 2. SAGE Publications Ltd, 2014, p. 857. “A vast literature in numerous languages details international and regional human rights, but surprisingly few of these texts mention preventive strategies. In contrast, ‘prevention’ is always mentioned when discussing corruption, which should always be

Outro ponto de destaque é que o atual sistema de prevenção de violações de direitos humanos é qualificado e pensado para a ciência do Direito. Ele é elaborado por juristas e advogados, empenhados em consagrar suas ideias em textos normativos ou jurídicos e na tentativa de atribuir-lhes efeitos legais. As terminologias utilizadas, segundo Smith, são legalistas, acadêmicas e, infelizmente, possuem pouca utilidade prática e fracassam em sua missão de aproximar-se do público que tenta proteger⁴⁰⁹.

Andreopoulos, Arat e Juviler acusam a atual abordagem de direitos humanos de, além do foco estadocêntrico, possuir um regime predominantemente reativo e retrospectivo. A consideração de todos os agentes do cenário internacional seria de vital importância para equilibrar essa balança entre ações proativas e retrospectivas e, com essa harmonia encontrar finalmente uma maior quantidade de medidas sem foco no *ex-post-facto* e que considerem finalmente o monitoramento, os relatórios e comunicados da atuação de campo e a prevenção de condutas abusivas. Eles apontam duas iniciativas que caminham nesse sentido: Pacto Global⁴¹⁰ (para corporações transnacionais) e, de maneira geral, os manuais de boas práticas e engajamento com o Direito Humanitário (para grupos armados). Infelizmente, em sentido contrário à essas medidas preventivas para os ANE, despontam-se o cada vez vultuoso *budget* da justiça criminal internacional que demonstra um excesso de confiança no modelo punitivo atual. Os internacionalistas argumentam que se deveria aproveitar o momento de construção do novo paradigma e garantir que, no tocante à proteção dos direitos humanos, a antecipação da violação seja mais importante que a identidade e a natureza estatal (ou não) do agressor.

Não se argumenta contra o uso do modelo de justiça penal internacional, que, afinal, tem se tornado cada vez mais sensível à criminalização de violações de direitos humanos cometidas por atores não estatais. Em vez disso, argumenta-se a favor de aproveitar o momento dado desse espaço normativo atual com caráter aberto e negociável para garantir que, quando se trata da proteção dos direitos humanos, é a prevenção de vulnerações que importa e não a identidade de suas fontes potenciais de violação (tradução nossa)⁴¹¹.

combated. [...] There is a little evidence that academic consider prevention as a human right issue, preferring instead to focus on promotion and protection (there is, of course, a cogent argument to be made that prevention of violations is inherent in the aims of ‘promoting and protection’ of human rights)”.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 858, “Even the terminology employed is quasi-legalistic, albeit perhaps in a quintessentially unique international law style Such a traditional legal approach is, unfortunately, still failing to adequately protect people”.

⁴¹⁰ UNITED NATIONS. **Ten Principles of the UN Global Compact**, de 26 de julho de 2000. Disponível em <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em 4 de dezembro de 2022.

⁴¹¹ ANDREPOULOS, ARAT et JUVILER, op. cit., p. 334 e 335. Na versão original “This is not an argument against the use of the international criminal justice model, which, after all, has become increasingly sensitive to the criminalization of human rights violations committed by NSAs. Instead, it is an argument in favor of seizing the moment provided by the open-ended, negotiable character of the relevant normative space to ensure that when it

Eles defendem que a eficácia de instrumentos de *soft law* como os códigos de conduta evidenciam que a defesa efetiva dos direitos humanos se baseia na contextualização do cenário e compreensão dos eventos que causaram ou podem vir a causar uma violação de direitos humanos, necessitando haver um diálogo contínuo com os atores não estatais tanto para reagir às ofensas quanto para preveni-las. Nesta medida, sugere-se que as organizações de direitos humanos revisitem a ênfase exagerada em nomear e envergonhar os autores de conduta abusiva e também o uso desproporcional de recursos na abordagem de litígios. Apesar das consideráveis conquistas obtidas, essas estratégias dominaram o universo dos direitos humanos, enquanto o aprimoramento deve residir no cumprimento da lei (menos do que na punição). Apela-se que a responsabilidade por violações é apenas parte da história dos movimentos de direitos humanos.

Como ponto de partida, tão crucial quanto o debate sobre os atores não estatais, é necessário que as organizações de direitos humanos revejam a ênfase esmagadora colocada no *naming and shaming* dos perpetradores de conduta abusiva [...]. Essas estratégias passaram a dominar o cenário dos direitos humanos em detrimento de iniciativas de mobilizações de base que no passado contribuíram para muitos dos avanços que hoje são merecidamente celebrados⁴¹².

Uma forma tradicional de abordagem realizada na época dos movimentos antiescravidão, anticolonial e antiapartheid e do ativismo antiautoritário gerado pelo Ato Final de Helsinque são lembretes poderosos da capacidade e potência de transformação política dos movimentos engajados aos direitos humanos. Uma agenda qualitativa, em outras palavras, terá mais ênfase no desenvolvimento de raízes e encorajamento de uma base sólida de DIDH.

O perfil abrangente de atores não estatais exige uma melhor compreensão desse universo em evolução, além de diferentes estratégias de promoção e proteção. Esses desafios constituem um apelo à comunidade de direitos humanos para se reconectar com seu potencial transformador. Embora não haja nenhuma solução mágica aqui, levar a sério os atores não estatais exige uma grande reavaliação de suposições e práticas estabelecidas há muito tempo. O que está em jogo é nada menos que a relevância contínua do discurso dos direitos humanos (tradução nossa)⁴¹³.

comes to the protection of human rights, it is the prevention of violations that matters and not the identity of their potential sources”.

⁴¹² Idem. Citação completa no original, “As a starting point, as crucial NSAs, human rights organizations need to revisit the overwhelming emphasis placed on naming and shaming perpetrators of abusive conduct, as well as the disproportionate use of resources for litigation-related approaches. Although their considerable achievements and continuous relevance cannot be denied, those strategies have come to dominate the human rights landscape at the expense of grassroots mobilization initiatives that the past have contributed to many of the advances that are rightly celebrated today”.

⁴¹³ Ibid., p. 337. “The rising profile of NSAs calls for a better understanding of an evolving universe and for different strategies for promotion and protection. These challenges constitute a clarion call to the human rights

Assim sendo, existe um reconhecimento crescente de que a abordagem tradicional *ex-post-facto* deve ser o último recurso, nunca a primeira opção. Por mais que essas medidas sejam de irrefutável importância, elas não são suficientes para uma proteção efetiva de direitos humanos, sendo de vital interesse que as Cortes e Tribunais internacionais sejam complementados por técnicas preventivas. “Uma perspectiva multifacetada é necessária para transformar a retórica dos direitos humanos em realidade”⁴¹⁴.

Smith aponta que o método mais simples de prevenção de violações é deveras utópico: a ratificação e completa internalização de todo o corpo de tratados e instrumentos de Direitos Humanos por todos os Estados. Através da constitucionalização do sistema internacional de direitos humanos por todas as Nações, garantiríamos que os ordenamentos jurídicos domésticos estejam de acordo com os padrões internacionais. Infelizmente, ter tal expectativa é prova de um otimismo irrealista. Defende então, para que a retórica de direitos humanos se aproxime da realidade, considerar integrar a prevenção como componente chave, junto com o monitoramento e cumprimento do DIDH, através de um trabalho conjunto de reforço do compromisso estatal juntamente com atuação da comunidade internacional já que “‘Nós, o povo das Nações Unidas’ é o início do comovente preâmbulo da Carta das Nações Unidas. É hora de ‘nós, o povo’ pressionarmos para que direitos e liberdades universais sejam não apenas promovidos e protegidos, mas também para que violações sejam evitadas”⁴¹⁵

2.2.4.4 Estabelecimento de hipóteses para responsabilidade direta

Saindo do campo conceitual e adentrando um pouco na prática concreta de quais poderiam ser as possibilidades de comprometimento para os atores não estatais, encontramos na doutrina algumas ideias de hipóteses para responsabilização direta desses agentes. Sugere-se atentar sobretudo para a natureza da violação e bens jurídicos envolvidos, não tão somente nos atores em questão.

community to reconnect with its transformative potential. While there are no magic bullets here, taking NSAs seriously necessitates a major rethinking of long-held assumptions and established practices. What is at stake is nothing less than the continuing relevance of the human rights discourse”.

⁴¹⁴ SMITH, op. cit., p. 858, “a multi-faceted approach is necessary to transform the rhetoric of human rights into reality”.

⁴¹⁵ Ibid., p. 871.

Santarelli, por exemplo, argumenta que deve haver um tratamento diferenciado em casos de violações graves de direitos humanos, sendo nesses casos necessário implementar ação internacional complementar à investigação doméstica para assegurar a proteção ou reparação das vítimas. O colombiano propõe quatro limitações nas quais o bem em questão é tão relevante que sua transgressão configura uma violação grave⁴¹⁶:

- a) vulneração de direitos que decorrem do *jus cogens*, ditos direitos inderrogáveis aos quais nenhuma exceção é admitida. Entre esses direitos peremptórios estão a proibição à tortura, desaparecimento forçado e discriminação, entre outros listados no artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1945⁴¹⁷;
- b) ataques generalizados ou sistemáticos, como disposto no artigo 7º do Estatuto de Roma⁴¹⁸;
- c) crimes contrários à dignidade humana, como os tipos constitutivos dos Crimes de Guerra no artigo 8º do Estatuto de Roma⁴¹⁹;

⁴¹⁶ SANTARELLI, 2017, op. cit., pp. 198 e seguintes.

⁴¹⁷ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra**. Disponível em <https://www.icrc.org/pt/document/artigo-3o-comum-quatro-convencoes-de-genebra>. Acesso em 14 de maio de 2023. “Para esse efeito, são e permanecem proibidos, sempre e em toda parte, em relação às pessoas acima mencionadas:

- a) os atentados à vida e à integridade física, em particular o homicídio sob todas as formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, torturas e suplícios;
- b) as tomadas de reféns;

- c) as ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

- d) as condenações proferidas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.”

⁴¹⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em 2 de agosto de 2023. “Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental”.

⁴¹⁹ *Ibid.*, “Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra": a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949; [...] b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional; [...] c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3o comum às quatro Convenções de Genebra; [...] d) A alínea c) do parágrafo 2o do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, [...]”.

- d) atos impeditivos ao gozo dos direitos humanos fundamentais e que possuam reprovação no sistema internacional, à exemplo dos comportamentos reprovados ao longo das convenções de Genebra.

Em suma, as violações graves da dignidade humana devem ser abordadas pela ação internacional, e todos os atores têm o dever de abster-se de cometê-las. A justificativa é que violações graves são abertamente contrárias aos interesses essenciais e legais da comunidade mundial. No entanto, embora violações graves tenham implicações processuais, em minha opinião, toda violação não estatal da dignidade humana deve ser considerada um ato ilícito internacional *lege ferenda*, para garantir que autoridades e atores sejam autorizados (e mesmo obrigados) a enfrentá-los com base no direito internacional; e também para aproveitar os efeitos simbólicos e expressivos de rotular essas violações como ilegais. Esses aspectos não devem ser subestimados [...]. A necessária resposta jurídica processual internacional às graves violações busca responder aos abusos mais chocantes de forma que, por meio da garantia de atuação internacional ou transnacional complementar, não haja espaço para a impunidade e o abandono das vítimas. Esses abusos não podem ser considerados assuntos exclusivamente internos, porque os direitos afetados por eles representam interesses da comunidade mundial –que hoje não é meramente interestatal–; e as ameaças contra a dignidade humana também podem colocar em risco a integridade de outros bens jurídicos globais, como a paz e segurança, mesmo que as violações sejam locais (tradução nossa)⁴²⁰.

Além das violações graves, outras situações merecem atenção internacional especial e/ou ação internacional direta tais como quando os ANE têm poder e autoridade que se assemelha aos do Estado ou ainda quando o Estado não é capaz de assegurar a proteção de direitos humanos. Em ambos os casos, cabe lembrar, há possibilidade (e mesmo prioridade) de respostas domésticas. O que se incentiva aqui é que, tendo em vista a importância de assegurar a defesa de direitos humanos, a ação internacional não esteja condicionada ao esgotamento de recursos internos⁴²¹ ou condições procedimentais de admissibilidade (nos casos de ação das Cortes e Tribunais internacionais).

⁴²⁰ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 201 à 203. No original “In sum, serious breaches of human dignity must be addressed by international action, and all actors have a duty to refrain from committing them. The rationale is that serious violations are openly contrary to essential interests and legal interests of the world community. Nevertheless, while serious violations have procedural implications, in my opinion every non-state violation of human dignity should be regarded as an international wrongful act de lege ferenda, to ensure that authorities and actors are authorized (and sometimes obliged) to tackle them based on international law; and also to take advantage of the symbolic and expressive effects of branding those violations as unlawful. These aspects should not be underestimated. [...] The necessary procedural international legal response to serious violations seeks to respond to the most shocking abuses in ways that, by means of ensuring complementary international or transnational action, leave no room for impunity and abandonment of victims. Those abuses cannot be regarded exclusively domestic affairs, because the rights affected by them represent interests of the world community – which is not merely inter- State nowadays–; and threats against human dignity can also endanger the integrity of other global legal goods, as peace and security, even if violations are local”.

⁴²¹ Em alguns casos seria simplesmente inviável exigir o esgotamento de recursos internos: quando há ocupação de território por grupo armado, quando o Estado privatiza funções públicas que ele não tem a capacidade de vigiar, quando uma corporação transnacional possui imensurável poder e influência, etc.

É conveniente reiterar que, embora seja necessária uma resposta internacional processualmente intensa às violações graves, seu conteúdo exato pode variar se existirem mecanismos [domésticos] alternativos com um nível equivalente de proteção. Por outro lado, nada impede que violações não graves também sejam tratadas por intenso envolvimento jurídico internacional, inclusive processual. Inegavelmente, mesmo diante de abusos graves, a escassez de recursos à disposição das autoridades internacionais, a importância de oferecer aos Estados a chance de enfrentar as ameaças em primeiro lugar e a proximidade das autoridades locais às evidências e aos envolvidos são fatores que tornam aconselhável um envolvimento prioritário de remédios domésticos contra violações não estatais [...] Isso admite que, na prática, as ações de múltiplos atores e níveis de governança protegem bens jurídicos coincidentes e devem funcionar em sinergia. Além disso, diferentes sistemas e regimes normativos, atores e autoridades podem contribuir para proteger e moldar bens jurídicos comuns (tradução nossa)⁴²².

Assim sendo, uma supervisão internacional mais rigorosa que a habitual da conduta não estatal complementar a proteção Estatal ou criaria uma quando a mesma for inexistente. A ação doméstica, justamente por sua proximidade com a vulneração, é a mais competente para averiguar e estabelecer punição, tanto por razões práticas quanto por respeito à soberania e jurisdição. Em algumas situações, entretanto, é aconselhável ou mesmo necessário complementar a proteção vertical com diferentes estratégias de proteção indireta e direta. Isso inclui uma proteção lateral à proteção estatal que poderia completá-la gerando uma defesa transversal de direitos humanos.

Uma vez que o objetivo é a proteção plena e adequada, uma combinação de mecanismos judiciais com outras iniciativas e mecanismos não legais torna-se relevante, dadas as limitações e vantagens de cada estratégia. As normas não obrigatórias, por exemplo, podem ter impacto na cultura não estatal e na percepção do comportamento esperado por terceiros; já as estratégias de *hard law*, baseadas em coerção, por vezes não conseguem gerar efeitos completos de persuasão e flexibilidade ou mudanças graduais de atitude e cultura. Por outro lado, essas normas de *soft law* carecem de aplicabilidade e podem ser adotadas apenas pela aparência de compromisso e evitar padrões vinculantes enquanto as de *hard law* são facilmente invocadas perante Tribunais e propõem soluções mais seguras. Sobre as vantagens

⁴²² Ibid., pp. 202 à 206. “It is convenient to reiterate that, while a procedurally intense international response to serious violations is required, its exact content may vary if no discrimination is generated and alternative mechanisms have an equivalent level of protection and effectiveness. On the other hand, nothing prevents non-serious violations from also being addressed by intense international legal involvement, a procedural one included. Undeniably, even before serious abuses the scarcity of resources available to international authorities, the importance of offering States the chance to address threats in the first place, and the closeness of local authorities to evidence and those involved, are factors that make it advisable for national remedies against non-state violations be prior to international involvement.[...] This admits that in practice the actions of multiple actors and levels of governance protect coincident legal goods and must work in synergy. Furthermore, different normative systems and regimes, actors and authorities may contribute to both protect and shape common legal goods”.

e desvantagens do *hard* e *soft law* falaremos mais adiante neste trabalho, no tópico referentes aos instrumentos existentes.

A complementaridade entre diferentes estratégias também é valiosa porque metodologias puras são insuficientes para enfrentar plenamente as causas e consequências dos conflitos não estatais, próprios do cenário internacional misto e complexo que vivemos. Em suma, diferentes estratégias, baseadas em *hard* ou *soft law*, podem aproveitar dinâmicas de persuasão, socialização, ameaças, aculturação, interiorização, convicção ou pressão social e impactar o comportamento dos atores não estatais⁴²³.

2.2.4.5 Ampliação da noção de responsabilidade: elementos da prestação de contas

Apesar de fartos debates na doutrina sobre a responsabilidade dos ANE, Miyawa aponta que poucos escritores abordaram de maneira uniforme e monolítica o conceito de *accountability* (aqui traduzido como “prestação de contas”): há quem considere que responsabilidade e prestação de contas são sinônimas e outros que sugerem relacionar à essa ideia outros significados como capacidade de resposta, transparência, verificações, escrutínio, monitoramento, vigilância, confiança e *policy making*.

Embora exista uma grande quantidade de textos na literatura sobre este assunto [da prestação de contas], apenas uma quantidade modesta abordou a questão da não-prestação de contas dos intervenientes privados no contexto do direito ao desenvolvimento. Uma análise dos debates atuais revela que a maioria dos escritores se debruçou sobre a questão das obrigações dos atores não estatais em matéria de direitos humanos, mas poucos abordaram o assunto com base numa compreensão uniforme e monolítica do conceito de prestação de contas. Como admite James Crawford, a prestação de contas na sua expressão técnica ainda não possui uma definição concisa nos estudos de direito internacional. O que a prestação de contas pode significar do ponto de vista interdisciplinar? O conceito tem conotações manifestamente diferentes dependendo da orientação profissional e disciplinar daqueles que deram o seu contributo nesta área do conhecimento. Há quem considere prestação de contas e transparência termos sinônimos. Outros veem-no como tendo significados como capacidade de resposta, transparência, controlo, escrutínio, vigilância, confiança, monitorização ou, no sentido político, escolhas eleitorais (tradução nossa)⁴²⁴.

⁴²³ Ibid., p. 218

⁴²⁴ MIYAWA, Maxwell. The International Dimension of the Right to Development: Where is the Gapping Crack of Accountability for Non-State Actors. **The Transnational Human Rights Review** 3, 2016, p. 48. No texto original, “Even though a large body of literature exists on this subject, only a modest amount has addressed the issue of non-accountability of private actors in the context of the right to development. A review of current conversations reveals that most writers have engaged the question of human rights obligations of non-state actors but few have approached the subject on a uniform and monolithic understanding of the concept of accountability.

O internacionalista aponta que, apesar dessa abordagem disforme, aceita-se, através da abordagem inovadora do ramo do Direito ao Desenvolvimento, que a prestação de contas visa garantir um mecanismo de contrapeso face aos abusos de poder e conceder às vítimas a possibilidade de resposta e defesa, além de punir e remediar tais transgressões. Dentro da compreensão teleológica, a prestação de contas é um conceito que aporta a sujeição entre culpabilidade, dever e compensação. Ele comenta que pela filosofia política, a matriz de poder (ideia relacional do governante e do governado) subjaz à noção de prestação de contas como valor central das relações sociais. Assim sendo, quando uma sociedade confere responsabilidade a determinados atores, em virtude de sua condição de depositário desse poder, essa sociedade reserva-se o direito de questionar o exercício deste mesmo poder. Se, neste quadro, houver violação de um código definido, esta sociedade terá a legitimidade de impor sanções a esses atores depositários de poder.

Essa prestação de contas foi primordialmente concebida em duas vertentes: a imposição de uma obrigação dos titulares de cargos públicos de oferecer informações relevantes que expliquem e justifiquem suas escolhas e a imposição de sanções ou punição dos titulares desses cargos do comportamento exigido. A primeira dessas vertentes, *answerability*, refere-se ao dever de informar das decisões tomadas sendo essa informação e explicação elementos-chave para entender claramente a responsabilidade dos atores em questão. Já o segundo aspecto, *enforcement*, pressupõe formas institucionalizadas de impor sanções, legais ou não, por não conformidade com a norma. Essa aplicação de penalidade pode assumir uma dimensão não punitiva (censura ou escrutínio público através mídia, humilhação pública ou férias do cargo). Posteriormente, discutiu-se que a importância do conceito de *responsability* para uma prestação de contas plena de violações de direitos humanos. Essa responsabilidade é definida como o mandato atribuído a uma determinada autoridade com deveres e critérios de desempenho especificados, tais como capacidade ou personalidade jurídica. Como consequência, para falar-se de responsabilidade jurídica, a conduta deve ter sido limitada por deveres específicos ou implícitos, não podendo haver direito de exigir comportamento quando nenhuma responsabilidade foi atribuída.

As James Crawford concedes, accountability in its technical expression has not yet lent itself to a concise definition in international law scholarship. What then may accountability mean from an interdisciplinary standpoint? The concept bears glaringly different connotations depending on the professional and disciplinary orientation of those who have made their contribution in this area of scholarship. There are those who consider accountability and transparency as synonymous terms. Others see it as carrying such meanings as responsiveness, transparency, checks, scrutiny, surveillance, trust, monitoring or, in the political sense, electoral choices”.

Recentemente, ao aprovar o significado de prestação de contas no sentido político e não jurídico, o Gabinete do Alto Comissariado das Nações Unidas adicionou esse terceiro aspecto de *responsability* aos critérios de *answerability* e *enforcement*. De acordo com este endosso, a responsabilidade refere-se à “obrigação daqueles em posição de autoridade de assumir a responsabilidade por suas ações, de responder por eles, explicando-os e justificando-os aos afetados, e de estarem sujeitos a alguma forma de sanção aplicável se sua conduta ou explicação for considerada inadequada”⁴²⁵. Esse quadro analítico resume o *accountability* (prestação de contas) como um conceito caracterizado por três elementos: *responsability* (capacidade ou responsabilidade jurídica), *answerability* (dever de responder e informar) e *enforcement* (aplicação da norma e execução de punição).

O ponto crucial é que no universo de direitos humanos, a prestação de contas ocupa o cerne do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. [...] Argumenta-se que os mecanismos e processos de responsabilização existem, mesmo que não recebam uma denominação semelhante ou tenham diferentes configurações ou procedimentos que não correspondem nitidamente à tipologia tripartida descrita acima (tradução nossa)⁴²⁶.

A inadequação da literatura atual é, portanto, sua incapacidade em definir uma concepção clara e monolítica de prestação de contas, além da atenção insuficiente dada aos três elementos constitutivos da prestação de contas. Os códigos de conduta, por exemplo, possuem apenas *responsability* (reconhecimento de capacidade ou responsabilidade) e propõem uma medida muito modesta de prestação de contas visto que não apresentam *answerability* (solucionabilidade ou dever de informar) e *enforcement* (aplicação da norma e execução de punição).

Infelizmente, esses três elementos de prestação de contas estão longe de serem alcançados em relação instituições econômicas internacionais e corporações transnacionais. Dada a ausência de obrigações substantivas e formais de direitos humanos para atores não estatais, o aspecto da *responsability* permanece insatisfeito. Ainda não há consenso de que os deveres e obrigações de direitos humanos consagrados no Direito Internacional sejam obrigatórios para os ANE, como debatido no ponto anterior por Santarelli (que defende um dever minimamente implícito e genérico de não vulneração de direitos humanos). Igualmente, no concerne o *enforcement*, o direito internacional contempla o monitoramento e vigilância

⁴²⁵ Ibid., p 50.

⁴²⁶ Ibid., pp. 51 e 52. “The crucial point is that in international human rights law, accountability occupies the very core of human rights protection. [...] It is argued that mechanisms and processes of accountability exist, even though they may not be assigned a similar appellation or may take different configurations or procedures that do not neatly correspond to the tripartite tripology described above”.

dos Estados, não existindo um mecanismo de execução bem estruturado para os atores não estatais. Por outro lado, o *answerability*, i.e., o direito de acesso à informação, é gradualmente mais cobrado dos atores privados, o que permitiu aos movimentos de resistência coletar informações e desafiar os abusos de corporações multinacionais em vários estágios. O Banco Mundial e o FMI, no entanto, desenvolveram seus próprios procedimentos e, apesar da cobrança progressiva da sociedade internacional em compreender suas decisões, seguem pouco transparentes.

Discrepantes na abordagem como são, a doutrina de direito internacional abordou apenas a dimensão da responsabilidade na prestação de contas. Uma vez aceito que os princípios e normas de direitos humanos se aplicam à esfera privada, a lógica dos direitos como restrição ao poder do Estado é invertida e acadêmicos precisariam reimaginar toda a arquitetura e base dos direitos humanos. Teremos que pensar em como as instituições não estatais podem ser responsabilizadas; ou seja, como eles podem explicar e comunicar suas decisões ou omissões às pessoas que podem ser afetadas por essas indecisões ou decisões? Presume-se sempre que, uma vez que os atores não estatais estão vinculados por obrigações de direitos humanos, vários procedimentos punitivos que se aplicam aos Estados no direito internacional poderiam ser acionados. Talvez essa suposição seja a razão pela qual o aspecto da punição não tem sido vigorosamente perseguido na maioria dos debates (tradução nossa)⁴²⁷.

O acadêmico queniano propõe pensar na responsabilidade em termos de atores internacionais além dos termos de Estado como atualmente faz-se no Direito Internacional. Além disso, estabelecer uma concepção clara de prestação de contas possibilitaria perceber as brechas de *responsability*, *answerability* ou *enforcement* e construir um mecanismo único para o sistema internacional de direitos humanos que poderia otimizar a prestação de contas e, portanto, a defesa e proteção de desses direitos.

2.2.4.6 Do local ao global: importância do estudo analítico

⁴²⁷ Ibid., p. 57. No original “Discrepant in approach as they are, international law scholarship has addressed only the responsibility dimension of accountability. Once it is accepted that human rights principles and standards apply to the private sphere, the logic of rights as restraint on the power of the state is inverted and scholarship would need to reimagine the entire human rights foundation and architecture. We will have to think of how non-state institutions may be held answerable; i.e. how can they be made to explain and communicate their decisions or omissions to people who may be affected by those indecisions or decisions? It is always assumed that once non-state actors become bound by human rights obligations, various enforceability processes that apply to states in international law will be triggered. Perhaps this assumption is the reason why the enforceability aspect has not been vigorously pursued in a majority of debates”.

No livro “Non-State Armed Actors in the Middle East” autores locais especialistas de Relações Internacionais e Política desmembram a atualidade e contexto histórico dos conflitos no Oriente Médio em um estudo acadêmico abrangente e inovador que busca estabelecer paralelos e lógicas dos conflitos armados do território em questão. Um dos primeiros pontos abordados nesta obra é justamente a falta de interesse ocidental em entender os conflitos orientais buscando-se, quando muito, descrevê-los ou calcular seus efeitos na sua própria zona. Para tal, os editores utilizam-se de uma anedota.

Numa transmissão de rádio em 1939, Winston Churchill definiu a Rússia com famosa piada como sendo “um enigma envolto em um mistério dentro de um enigma”. A cadeia de metáforas dessa famosa máxima de Churchill foi apontar a dificuldade de dar sentido à grande transformação política que a Rússia havia passado. Embora perplexo, Churchill tinha uma chave para resolver o enigma russo: o interesse nacional ou, mais precisamente, os “interesses da vida histórica”. O novo Médio Oriente é um enigma dentro de um enigma enrolado num tapete de quebra-cabeças (tradução nossa).⁴²⁸

Eles apontam ainda que episódios como homens-bomba e financiamento estrangeiro dos conflitos armados foram midiaticizados nas últimas décadas chamando o interesse da comunidade internacional. Esses fenômenos, entretanto, são antigos e conhecidos pelos locais e, se houvesse uma busca em entender as raízes históricas e locais, poderíamos prever alguns conflitos que hoje possuem envergadura global⁴²⁹. Na realidade, a utilização desses ingredientes básicos em uma agenda alarmante e perigosa permitiu a criação de uma imagem do Médio Oriente perante o mundo que, como vimos nos noticiários, tentou legitimar as invasões e ocupações de países dessa região. A existência de tais atores tem sido um grave problema de segurança no Médio Oriente muito antes da Primavera Árabe e, embora

⁴²⁸ YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay. The Phenomenon of Non-state Armed Actors and Patterns of Violent Geopolitics in the Middle East. In: YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay (Editors). **Non-State Armed Actors in the Middle East: Geopolitics, Ideology, and Strategy**. Palgrave Macmillan, 2018, p. 3. No original: In a radio broadcast in 1939, Winston Churchill defined Russia in a famous quip as “a riddle wrapped in a mystery inside an enigma.” The chain of metaphors in Churchill’s famous maxim was to point the difficulty of making sense of the great political transformation Russia had gone through. Though perplexed, Churchill had a key to solve the Russian riddle: the national interest or more precisely “historic-life interests.” The new Middle East is a riddle inside an enigma rolled up in a puzzle mat.

⁴²⁹ YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay. The State of the Non-state Armed Actors in the Middle East. In: YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay (Editors). **Non-State Armed Actors in the Middle East: Geopolitics, Ideology, and Strategy**. Palgrave Macmillan, 2018, p. 262. Após discorrer sobre as principais semelhanças e diferenças dos grupos armados no Oriente Médio, eles concluem o livro explicando como a ascensão desses atores era evidente em alguns Estados. “It is therefore no coincidence that the non-state armed actors stepped in those failed states (Syria, Iraq, Yemen, and Libya) where the state building process was historically incomplete and the need for a social contract was evident”.

desfrutem de ampla cobertura em regiões regionais e mídia global, os ANEs só recentemente receberam interesse substancial dos círculos acadêmicos e políticos⁴³⁰.

No que concerne grupos armados de maneira geral, comenta-se que as práticas autoritárias e a exclusão étnico-sectária conduzem a ataques violentos ao Estado e aos regimes governamentais, tanto dentro territórios nacionais e como estrangeiros (vide 11 de setembro nos Estados Unidos). A importância em estudar e prever esses acontecimentos advém do fato dos ANE estarem presentes na paisagem global em quase todos os níveis. Primeiro, eles penetram no nível intraestatal, desafiando a capacidade e legitimidade do Estado-nação, levando a estruturas estatais em colapso e levantando questões sobre a qualidade dos serviços públicos. Em segundo lugar, eles minam a autoridade e segurança pública, levando à mudança no equilíbrio local de poder. Em terceiro lugar, eles aceleram o “lado negro” da globalização, atacando alvos frágeis através da exploração e vulneração de direitos e normas internacionais. O conflito gerado por esses agentes violentos pode facilmente ultrapassar as barreiras de Estados vizinhos e transformar-se em um conflito maior que a problemática local principalmente quando pensamos que por vezes eles podem ser financiados por Estados estrangeiros ou outro ANE como multinacionais interessadas na instabilidade de um território específico. Esses conflitos armados podem ser definidos como “guerras de terceiro tipo, caracterizadas pela ausência de fronteiras territoriais fixas”⁴³¹.

Yeşiltaş e Kardaş apontam que, apesar do seu forte impacto no mundo real, as pesquisas existentes sobre os ANE limitam-se majoritariamente a estudos sobre as repercussões normativas (por exemplo, desafios ao direito internacional ou política legítima), consequências políticas (tais como o colapso do Estado) ou debates teóricos (debater a sua atuação, estruturas, métodos e abordagens). Eles apontam uma necessidade urgente de pesquisas sistemáticas e análise detalhada da situação organizacional, ideológica e preferências estratégicas destes atores. Defende-se que, “em vez das abordagens existentes do fenômeno a partir de perspectivas principalmente normativas, descritivas ou teóricas, [sua] obra pretende ser informativa e analítica (tradução nossa)”⁴³². Outro fator preocupante é o fato de que os estudos acadêmicos para entender esses atores são escassos, enquanto os relatos jornalísticos abundam de polêmicas, havendo uma necessidade urgente por abordagens alternativas com foco analítico e teórico.

⁴³⁰ YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay. The Phenomenon of Non-state Armed Actors and Patterns of Violent Geopolitics in the Middle East. In: YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay (Editors). **Non-State Armed Actors in the Middle East: Geopolitics, Ideology, and Strategy**. Palgrave Macmillan, 2018, p. 4.

⁴³¹ Ibid., p.6, no original: wars of the third kind, characterized by absence of the fixed territorial boundaries.

⁴³² Ibid., p. 5, no original: Instead of the existing approaches that tackle the phenomenon from mostly normative, descriptive, or theoretical perspectives, the present volume aims to be informative and analytical.

Finalmente, eles frisam que o estudo da política dos ANE poderia estabelecer uma ligação inovadora entre relações internacionais e política comparada⁴³³. Tal como sublinharam os artigos contribuintes dessa coletânea de estudos, a nova dinâmica do conflito a um nível (como o local) quase certamente terão um impacto no outro nível (países fronteiriços ou mesmo em escala global). Cabe, portanto, à comunidade científica produzir pesquisas para especificar e estudar as condições sob as quais as políticas internas de legitimidade e as intervenções regionais/internacionais se reforçam mutuamente. Trabalhos práticos e analiticamente orientados sobre os ANEs, seriam, como argumentam os autores, urgentemente necessários para compreender os códigos ideológicos, operacionais e táticos e é somente através de tais estudos acadêmicos que alcançaremos uma compreensão sólida sobre os conflitos futuros.

Apesar de reconhecer que a pesquisa em questão aborda um ator não estatal específico (grupos armados) em um território específico (Oriente Médio), entende-se que essa lógica poderia facilmente ser universalizada para moldar um novo paradigma que englobe os ANE. Entender as raízes históricas e contexto social do nascimento de um ator internacional é evidentemente essencial para melhor entendê-lo, prever seus atos, visualizar suas limitações e implantar medidas eficazes seja para otimizar suas ações, seja para impedi-lo de vulnerar direitos e normas internacionais. Importa antes de alimentar o lado animalesco da humanidade e o interesse pelo *horror show* e métodos puramente descritivos (ou, como vimos no tópico 2.2.4.3, punitivos), estabelecer uma política de interesse aos acontecimentos locais que culminaram na gênese de um ator global. Não se pretende aqui diminuir a importância de estudos descritivos ou métodos punitivos que, como já se disse, provam seu valor e importância na comunidade internacional. Pretende-se somente advogar para abordagens mais completas que permitam evoluir a forma como tratamos e entendemos os ANE em escala global.

2.2.5 Possíveis abordagens alternativas

⁴³³ YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay. The State of the Non-state Armed Actors in the Middle East. In: YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay (Editors). **Non-State Armed Actors in the Middle East: Geopolitics, Ideology, and Strategy**. Palgrave Macmillan, 2018, p. 265.

A perspectiva teórica tradicional positivista, embora ainda dominante no âmbito internacional, está longe de ser exclusiva. Conforme Relatório da *International Law Association* sobre os ANE, existem várias abordagens alternativas que conceituam o direito internacional de forma diferente e, conseqüentemente, diferem sobre a opinião tradicional sobre o papel desses intervenientes. Apresentam-se neste tópico as perspectivas teóricas que, no âmbito internacional, mais se preocuparam em estudar os ANE, a saber: o pluralismo global, a abordagem do direito transnacional, o constitucionalismo, a abordagem politicamente orientada e a abordagem interdisciplinar do Direito Internacional e Relações Internacionais. O principal objetivo desta apresentação é demonstrar que o papel atribuído ao ANE não é determinado objetivamente; pelo contrário, ele reflete a posição teórica particular que se adota em relação ao direito internacional ou ao Direito de uma maneira geral. Nesse aspecto, somos todos “prisioneiros da teoria”⁴³⁴, o que nos fornece lentes através das quais contemplamos e avaliamos a realidade internacional. A teoria determina quais fatores e atores são considerados relevantes e qual posição lhes é atribuída sendo seu sucesso definido em grande parte da força persuasiva de seus defensores e em que medida eles reúnem o apoio relevante da comunidade epistêmica. Passemos à apresentação das teorias supramencionadas.

2.2.5.1 Pluralismo jurídico

A teoria do pluralismo jurídico parte da premissa de que as pessoas fazem parte de múltiplos grupos e podem ter afiliações que não fazem parte de um sistema oficial estatais como, por exemplo, grupos étnicos subnacionais, instituições religiosas e organizações comerciais. Estas comunidades podem exercer um tremendo poder sobre as ações das pessoas. Assim, a ideia chave da teoria do pluralismo jurídico seria reconhecer que existem múltiplas ordens e tentar localizar a interação dialética entre essas ordens normativas, estudando empiricamente quais declarações de autoridade tendem a ser tratadas como vinculantes na prática real e quem as trata como tal. A teoria do pluralismo jurídico global surgiu principalmente como reação ao processo de globalização e, enquanto alguns a veem como uma mera adaptação do pluralismo jurídico ao novo contexto global, outros acreditam

⁴³⁴ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Final Report of the Committee on Non-State Actors of the International Law Association (ILA)**. 77th Biannual Conference of the International Law Association (ILA) at Johannesburg, South Africa. August 2016, p. 18

que ela constitui um novo paradigma. Assim sendo, o pluralismo jurídico global está interessado na coexistência de diferentes sistemas jurídicos provenientes de diferentes fontes, além de estudar a relação entre os vários intervenientes que participam na criação ou implementação e aplicação de tais sistemas.

Nesse sentido, Teubner argumenta que o “direito global” constitui uma nova ordem jurídica decorrente de intersecções entre múltiplos atores em muitas esferas de atividades. Para compreender suas normas, seria necessário passar dos grupos para os discursos e as redes comunicativas⁴³⁵. Esse paradigma teórico tem sido utilizado para explicar certos desenvolvimentos do direito internacional tais como o processo de fragmentação do mesmo. Ela postula a existência de múltiplas ordens que interagem entre si e que a criação de normas acontece através do entrosamento entre essas ordens. Em tal sistema, há espaço para o ANE, uma vez que o sistema não limita que tipos de intervenientes que criam, implementam e fazem cumprir a lei ou estão vinculados às suas regras. Nessa lógica, Teubner também reconhece a capacidade dos ANE em estabelecer as suas próprias normas como um núcleo de um novo sistema de direito global que até agora tem vindo a desenvolver-se na periferia dos sistemas jurídicos. Assim, os pluralistas jurídicos globais veem os ANE como atores relevantes na construção e aplicação do direito internacional com base nas suas ações normativas que não requerem qualquer aprovação formal por parte dos Estados, sendo os mesmos eficientes o suficiente para produzir consequências relevantes na comunidade. Os sistemas normativos produzidos por vários atores intercomunicam-se embora as regras para tais interações não seja muito claras na literatura, sendo possível constatar que muitas vezes se concede prioridade às normas estabelecidas pelos Estados. Os ANE seriam, portanto, ainda definidos pelo seu carácter diferente do Estado já que as normas que produzem permanecem na periferia⁴³⁶.

2.2.5.2 Direito Transnacional

A abordagem do Direito Transnacional surgiu na década de 1950 como reação ao crescente descontentamento com a corrente positivista internacional. Embora o primeiro uso de termo seja contestado, o “direito transnacional” é convencionalmente associado ao

⁴³⁵ TEUBNER, op. cit., pp. 3-28.

⁴³⁶ Ibid, p. 18.

estudioso norte-americano Phillip C. Jessup, que definiu o direito transnacional como “toda lei que regula ações ou eventos que transcendem as fronteiras nacionais”⁴³⁷. Tais ações e eventos envolvem não apenas Estados, mas também ONGs, indivíduos e vários outros ANE dependendo, entretanto, substancialmente de sua relação com o Estado para definir qual status desse ANE (*subjects of law, norm-makers* ou *norm-takers*)⁴³⁸.

No trabalho do juristas contemporâneos que escrevem sobre o direito transnacional ou, mais tipicamente, sobre o processo jurídico transnacional, combina-se elementos da abordagem politicamente orientada com os dos direito transnacional clássico e define-se o processo jurídico transnacional como “a teoria e a prática de como os atores públicos e privados [...] interagem em uma variedade de fóruns públicos e privados, nacionais e internacionais para fazer, interpretar, aplicar e, em última análise, internalizar regras de direito transnacional”⁴³⁹. Essa abordagem quebra, assim, a distinção entre o público e o privado, fazendo com que os ANE, tradicionalmente relegados à esfera nacional e privada (porém cada vez mais presentes na esfera internacional e pública), sejam reconhecidos como agentes de mudança real nesta área. Entretanto, as mudanças concretas que tal entendimento dos ANE no direito internacional podem trazer permanecem ainda por determinar⁴⁴⁰.

2.2.5.3 Constitucionalismo

O constitucionalismo é frequentemente apresentado como um oposto ao pluralismo jurídico global e salienta a unidade em vez da pluralidade, os valores comuns em vez de ordens normativas separadas, a hierarquia em vez da coordenação. No entanto, essa abordagem une-se com o pluralismo na rejeição da teoria clássica do direito internacional centrada no Estado, o que sugeriria uma abertura aos ANE. O objetivo que a maioria dos

⁴³⁷ JESSUP, Phillip Caryl. **Transnational Law**. Yale University Press, 1956, p. 2. No original, “all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories”.

⁴³⁸ Nesse sentido, ver NOORTMANN, op. cit.

⁴³⁹ KOH, Harold Hongju. Transnational Legal Process. **Nebraska Law Review**, Vol. 75, 1996, pp. 183-184. No original, “What, to begin with, is transnational legal process? Transnational legal process describes the theory and practice of how public and private actors-nation-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals interact in a variety of public and private, domestic and international fora to make, interpret, enforce, and ultimately, internalize rules of transnational law”.

⁴⁴⁰ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Final Report of the Committee on Non-State Actors of the International Law Association (ILA)**. 77th Biannual Conference of the International Law Association (ILA) at Johannesburg, South Africa. August 2016, p. 20.

constitucionalistas parece partilhar é a necessidade de restringir a livre vontade do Estado no que diz respeito tanto à condução das relações internacionais quanto à concepção das ordens constitucionais nacionais e uma das principais ferramentas que provocam para tais restrições é o direito internacional, que limita a liberdade dos Estados no que diz respeito aos níveis doméstico e internacional. Para os constitucionalistas, o direito internacional centra-se cada vez mais na realização dos interesses comunitários e na promoção de bens públicos globais e, para tal, constrói-se como um sistema hierárquico com certas normas superiores colocadas no topo da pirâmide normativa. Conceitos como *jus cogens* ou obrigações *erga omnes* são convencionalmente referidos neste contexto, expressando os interesses comunitários e bens públicos globais que a comunidade internacional deve perseguir. Atualmente, a teoria constitucionalista não prestou muita atenção aos ANE pois, segundo o Relatório da *International Law Association*, a doutrina dos assuntos não desempenha um papel proeminente nos estudos dos constitucionalistas, que são, em geral, bastante focados na doutrina das fontes⁴⁴¹.

Além disso, cumpre apontar que a relação é ambígua pois, por um lado, os ANE assumem funções importantes na promoção dos interesses comunitários e dos bens públicos globais e sua ascensão é percebida como um passo em direção à inclusão e ao empoderamento de outras entidades que não os Estados⁴⁴²; por outro lado, o aumento dos ANE, especialmente quando entidades que não sejam ONGs, é visto como problemático porque ameaça a coerência global da ordem internacional de um ponto de vista normativo. A pluralização de atores dotados não só de direitos e deveres, mas também, potencialmente, de capacidade de estabelecer, aplicar e fazer cumprir regras jurídicas poderia colocar em risco a unidade normativa do direito internacional que os constitucionalistas lutam⁴⁴³.

2.2.5.4 Policy-Oriented Approach

A abordagem politicamente orientada constitui um afastamento mais radical da abordagem tradicional do que as abordagens anteriores, o pluralismo jurídico global e o

⁴⁴¹ Ibid., p. 21.

⁴⁴² KLEINLEIN, Thomas. Non-state actors from an international constitutionalist perspective. In: D'ASPREMONT, Jean (ed.). **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. Routledge, 2011, p. 44.

⁴⁴³ Ibid., p. 45.

constitucionalismo. Em sentido estrito, esse termo geralmente refere-se à Escola de Direito Internacional de New Haven, que apresentamos no tópico no qual debateu-se sobre o estatuto jurídico dos ANE (objeto, sujeito, pessoa ou participante), sendo sua principal contribuição no que concerne esses agentes o aporte do termo “participantes de direito internacional” e, portanto, a rejeição do conceito de personalidade jurídica formal⁴⁴⁴.

Os participantes na tomada de decisões globais, nesse sentido, incluem não somente aqueles dotados formalmente de competência de decisão, mas também todos os outros intervenientes que, embora não sejam dotados de competência formal, podem desempenhar papéis importantes na influência dos resultados das decisões. O círculo de tais ANE é potencialmente aberto e não existe alguma condição *a priori*, apenas seu poder factual⁴⁴⁵.

Ao contrário das abordagens tradicional, do pluralismo jurídico e do constitucionalismo, a Escola de New Haven não pressupõe hierarquia entre atores e não coloca o Estado no centro da ordem jurídica internacional. Esta é uma boa razão pela qual não necessita tentar conceitualizar os atores não estatais. Na ausência de um único participante paradigmático, não faria sentido introduzir uma dicotomia Estado/não-Estado.

2.2.5.5 Interdisciplinaridade entre Direito Internacional e Relações Internacionais

A última abordagem apresentada neste item refere-se à perspectiva interdisciplinar do Direito Internacional (DI) e das Relações Internacionais (RI). Nos últimos anos, as abordagens interdisciplinares tornaram-se populares nas ciências sociais sendo essa abordagem a tentativa em analisar o direito internacional a partir da perspectiva de várias teorias as Relações Internacionais. Apesar do cepticismo, essa visão ganhou muitos apoiadores nas duas ciências, sendo unidos pela metodologia e divididos pelas teorias concretas⁴⁴⁶. Nesse sentido, Noortman sugere que, apesar da sua pluralidade interna, a abordagem interdisciplinar poderia ajudar a compreender e explicar o papel da posição de todos os participantes no processo constitutivo da ordem e da justiça ao nível mundial. Essa falta de inclusão e a posição hegemônica do Estado que tradicionalmente caracterizam o

⁴⁴⁴ Ver McDOUGAL, Myres. *International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception*. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, 1953, pp. 137-144.

⁴⁴⁵ *Idem*.

⁴⁴⁶ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Final Report of the Committee on Non-State Actors of the International Law Association (ILA)**. 77th Biannual Conference of the International Law Association (ILA) at Johannesburg, South Africa. August 2016, p. 23.

Direito Internacional e as Relações Internacionais poderiam ser superados por meio de três possíveis soluções⁴⁴⁷:

- a) elaboração do conceito de transnacionalismo – com a mudança da visão internacional como composta por várias esferas de interação e adoção de uma melhor compreensão do sistema internacional como estrutura gerada a partir de processos decisórios;
- b) revisão e aprofundamento do conceito de participantes tal como proposto pela Escola de New Haven;
- c) concepção de uma nova sociologia que englobe as ciências de Relações Internacionais e Direito Internacional e possam entender o contexto social.

Por sim, aponta-se que embora a maioria das abordagens alternativas ao direito internacional possam rejeitar a perspectiva do direito internacional centrado no Estado e baseado no consentimento, elas possuem poucas características em comum. Elas diferem na sua definição de direito internacional, nas suas funções e em quais seriam os atores relevantes. Elas também discordam sobre a possibilidade desses atores em ser definidos apenas com base na realidade factual (validade a partir de seu impacto nas relações internacionais) ou se ainda deveria existir algum sistema ou requisitos formais de seleção. Outrossim, apesar da sua diversidade, as abordagens alternativas são valiosas na medida em que mostram a natureza não automática dos conceitos e abrem porta para uma possível reconceitualização e, no que concerne o estudo dos atores não estatais, essa abertura é inestimável.

⁴⁴⁷ NOORTMANN, op. cit., pp. 76-79.

3 REGULAÇÕES VIGENTES

Discorridos os debates sobre o paradigma estadocêntrico, seu declínio e a ascensão dos ANE nas relações internacionais bem como as fontes e formas de controle que poderiam incidir sobre essas relações, o último capítulo desse estudo pretende apresentar, de maneira não exaustiva, os instrumentos já existentes.

A primeira parte desde capítulo introduz os debates das regulações existentes trazendo seu contexto. Frisa-se que esses dispositivos de regulação encontram pontos de dificuldades: a natureza multifacetada dos atores não estatais, a ainda presente responsabilização indireta (como o Estado segue sendo a pessoa jurídica e parte legítima das demandas internacionais, o máximo que poderia ser proposto é a acusação do ANE enquanto cúmplice de uma violação de direitos), a utilização de meios não legais de penalização em virtude da inexistência desses dispositivos jurídicos, a fragmentação própria do Direito Internacional, que dificulta (e torna mesmo pouco interessante) o estabelecimento de um tipo de Norma Internacional aplicável à todos os terceiros não estatais. Nesse sentido, aponta-se como atualmente ocorre a dinâmica dos conflitos envolvendo os ANE perante os órgãos jurisdicionais internacionais. Poderia um ANE ser autor de uma demanda? E réu? Participante (como, por exemplo, um *amicus curiae*)? Apresentam-se algumas práticas desses órgãos na tentativa de prover uma resposta e encontrar uma lógica coerente para o tratamento desses terceiros.

Passando finalmente às modalidades de regulação, a segunda parte deste capítulo inicia-se com as classificações possíveis para esses instrumentos internacionais: hetero, auto ou corregulatórios. Comenta-se também que, quanto à sua natureza, eles podem ter caráter de *soft* ou *hard law*. Bem entendido, os dispositivos podem ser classificados tanto a partir de sua natureza quanto a partir de sua lateralidade (ou seja, ele pode ser heterorregulatórios de *hard* ou de *soft law*, por exemplo).

Escolhe-se, entretanto, listar as formas possíveis de regular os atores não estatais com base na primeira classificação, i.e., das pessoas envolvidas na sua criação, assim como àqueles aos quais o instrumento se dirige. Nesse sentido, listam-se como dispositivos de regulação internacional heterorregulatórios a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o jus cogens, as Declarações e Conferências Mundiais da ONU, as Diretrizes da OCDE, o Estatuto de Roma, as Convenções de Genebra, a aplicação extraterritorial do Direito Estatal e a Lista do Conselho de Segurança da ONU. Um ponto em destaque neste capítulo é que o último recurso apontado, o Instrumento Legal Obrigatório, é tão somente um esboço (e

esforço) das Nações Unidas buscando desenhar um Marco Regulatório no que tange às empresas transnacionais. Um debate acirrado e interessante ainda longe de encontrar solução.

Outrossim, listam-se como instrumentos autorregulatórios os códigos de conduta, declarações ou cartas de princípios (tipicamente de *soft law*) e os Acordos Marcos Internacionais, geralmente concebidos para o Direito Internacional do Trabalho. Finalmente, como modalidades de controle corregulatórias, apresentam-se a SA 8000 e a ISO 26000 (nascidos da gestão estratégica da Responsabilidade Social) e a Declaração Tripartida da Organização Internacional do Trabalho.

3.1 Contexto dos instrumentos atuais

Atualmente, como exposto diversas vezes neste trabalho, no que tange a violação de direitos humanos por um ANE, a responsabilidade deve incorrer em:

- a) ações internacionais contra o Estado que permitiu tal vulneração em seu território;
- b) ao nível doméstico, ante um Tribunal ou Corte do Estado onde os crimes foram cometidos;
- c) perante o Estado pátrio do ANE, se esse Estado for proativo em condenar ilícitos de seus nacionais fora de seu território.

A responsabilidade direta desses agentes é assunto ainda subdesenvolvido tanto nos Direitos Humanos quanto no Direito Internacional de maneira geral, apesar de não ser totalmente excluída em algumas hipóteses específicas, como a responsabilidade criminal de indivíduos^{448 449}. Atualmente não existe mecanismo ou sistema internacional estabelecido para responsabilização direta dos ANE por violações de direitos humanos, apesar de reconhecer-se uma consciência crescente da necessidade de vinculação dos mesmos. Como visto no debate sobre personalidade jurídica, parte da doutrina aponta que o consenso entorno da personalidade das organizações internacionais seria um importante avanço para uma possível responsabilidade direta dos agentes não estatais. Entretanto, ao menos atualmente, está personalidade jurídica (que, como já abordado, é conferida indubitavelmente apenas às organizações internacionais) permite considerar essas organizações tão somente como objetos potenciais de querelas de direitos humanos, e não partes de ações internacionais⁴⁵⁰.

Nesse sentido, cabe interrogar se na atual conjuntura internacional ainda há sentido negar essa responsabilidade direta a outros atores além das organizações internacionais com

⁴⁴⁸ Destarte o debate entorno da consideração do indivíduo como ANE, este trabalho, partindo do conceito mais amplo de ANE, inclui este no rol dos atores não estatais. Halliday, entre comentários lúcidos e críticos sobre a revisão necessária dos papéis dos ANE comenta que “a rethinking of the ‘non-state’ can, it may be argued, take us back to the origins of the modern system; arguably Christopher Columbus was a non-state actor, as were Vasco da Gama and Martin Luther, and were the East India Company, the Hudson Bay Company, the French revolutionaries, the nationalist movements of the nineteenth and twentieth centuries and much else besides”. HALLIDAY, Fred. *The Romance of Non-State Actors*. In: JOSSELINE, Daphné e WALLACE, William. **Non-State Actors in world Politics**, New York, Palgrave, 2001, p. 22.

⁴⁴⁹ A responsabilidade individual internacional é assunto hoje felizmente assentado. Sobre o tema, interessa as extensas contribuições do ilustre Caçado Trindade ao exortar sobre as responsabilidades tanto estatal quanto individual, que existem de maneira complementar nos casos de violações graves de direitos humanos como resposta à uma necessidade de justiça da comunidade internacional. Sobre o tema, capítulos 9 e 10 de seu Curso Geral de Direito Internacional Público na Academia de Direito Internacional de Haia. TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. **International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium**. The Hague Academy of International Law Monographs, Volume 8. Martinus Nijhoff Publishers, 2a ed, 2013.

⁴⁵⁰ REINISCH, 2005, op. cit., entre pp. 82 e 85.

justificativa na falta de personalidade jurídica e ausência de instituições ou procedimentos para essa tarefa. Reinisch comenta que o ICSID, por exemplo, conseguiu organizar diversos direitos para empresas transnacionais no plano internacional, sem adentrar nas obrigações (apesar de seu caráter voluntarista e restrição ao Direito Internacional dos Investimentos). Argumenta o autor que o próximo passo progressivo seria estabelecer fóruns quase-judiciais nos quais um ANE poderia acusar outro ANE (por exemplo, um indivíduo poderia acusar uma transnacional, grupos armados ou mesmo uma organização internacional de não respeitarem as normas do DIDH). Ele aponta que o alargamento do leque de entidades consideradas em condições de gozo de direitos e obrigações perante os sistemas internacionais de soluções de controvérsias demonstra que os mecanismos de direitos humanos para os ANE não são mais totalmente inconcebíveis ao nível internacional. Após todos esses argumentos o austríaco defende que uma mudança estrutural tão importante deveria partir dos Estados. Eles deveriam orientar a criação de mecanismos e estabelecer as instituições competentes para lidar com atores não-estadísticos por meio de tratados. Essa gênese estatal é também justificada pela relutância dos órgãos de direitos humanos em estender sua jurisdição. A criação de tal sistema forneceria um terreno fértil para ampliar o círculo de direitos humanos obrigatórios e permitiria às instituições de DIDH de serem mais assertivas no exercício de sua jurisdição⁴⁵¹.

Outro potencial escrutínio interessante para a proteção internacional de direitos humanos reside no alargamento dos procedimentos criminais internacionais. A escolha de incluir pessoas jurídicas na jurisdição criminal do TPI, apesar de não ter sido adotada inicialmente, poderia ser eventualmente incluída no estatuto de Roma para cobrir a responsabilidade criminal corporativa perante um Tribunal internacional. Reinisch finaliza afirmando que há necessidade de uma vontade política para a criação de um mecanismo de responsabilidade direta pois “quando os Estados desejarem que eles [os atores não estatais] se tornem responsáveis, eles poderão conseguir isso estabelecendo as instituições e procedimentos necessários”⁴⁵².

⁴⁵¹ Idem. Adiante em mesmo trabalho, comentam-se exemplos de como as ONGs e organizações internacionais somente comentam sobre a ilegalidade do comportamento dos violadores, monitorando-os sem estabelecer nenhuma penalidade ou sanção ao nível internacional.

⁴⁵² Ibid., p. 87. “Another potential for a truly international human rights scrutiny of non-state actors may lie in the development of international criminal procedures. The example of the Nuremberg Tribunal already shows that it is not only individuals whose activities may be investigated, but also corporations. [...] Although no such provision was eventually included in the Rome Statute, it demonstrates that there is potential for corporate criminal responsibility for human rights violations before international institutions. If even criminal responsibility under international law is no longer wholly excluded for non-state actors this demonstrates that there is a clear potential for direct human rights accountability under international mechanisms to be created if the necessary political will exists. Though the formation of such political will may be a formidable task, the

De qualquer maneira, Santarelli relembra que devemos descartar a possibilidade de negar responsabilidade direta e deveres de DIDH a qualquer ator, estatal ou não, pela simples inexistência de uma norma específica ou explícita que a preveja. O colombiano lembra que, no que se trata de direitos humanos, mesmo que não haja tratado ou norma de proteção do DIDH, existe uma obrigação mínima, implícita, geral e negativa. Ainda em Santarelli⁴⁵³, são apontados alguns instrumentos internacionais que admitem existir minimamente tal obrigação, ou seja, uma proibição *erga omnes* de não violar direitos humanos.

O mais conspícuo é o artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que proclama que “nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”⁴⁵⁴. Além desse dispositivo, existem os Princípios Básicos e Diretrizes sobre o Direito a Recurso e Reparação para as Vítimas de Violações Graves da Lei Internacional de Direitos Humanos e Violações Graves do Direito Humanitário Internacional, adotados pela Assembleia Geral da ONU na sua resolução 60/147, de 16 de dezembro de 2005. No final de seu princípio 15, eles determinam “nos casos em que um indivíduo, uma pessoa coletiva ou outra entidade seja considerada responsável pela reparação da vítima, a parte em causa deverá assegurar a reparação da vítima ou indenizar o Estado caso este tenha já garantido tal reparação”⁴⁵⁵.

Ainda nesta lógica, mesmo no direito dos investimentos admite-se uma responsabilidade direta de agentes privados, conforme Sentença Arbitral do ICSID no processo Urbaser S.A. e Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa contra a República da Argentina de 8 de dezembro de 2016. Em especial, nos trechos nos quais se considera, ainda com base no artigo 30 da Declaração Universal, que “para garantir que cada pessoa goze de seus direitos, também deve garantir-se necessariamente que nenhuma outra pessoa ou entidade, seja ela pública ou privada, atue em prejuízo de tais direitos, **o que**

important point is that it should be no longer possible to object to it on the basis of theoretical conception about the structure of international law. To put it differently and more simply: **as long as states do not want non-state actors to be directly accountable for human rights violations, they will not become accountable**. When states want them to become accountable, they can achieve this by establishing the required institutions and procedures” (ênfase adicionada).

⁴⁵³ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 310 e seguintes.

⁴⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 3 de agosto de 2023.

⁴⁵⁵ UNITED NATIONS. Human Rights Council. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. A/RES/60/147 de 16/12/2005. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-08/N0549642.pdf>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

implica uma obrigação de contrapartida (ênfase adicionada)”⁴⁵⁶. Este célebre caso alimentou a discussão sobre o investimento estrangeiro e direitos humanos no contexto do desenvolvimento sustentável. A disputa surgiu em decorrência das medidas emergenciais tomadas pela Argentina no contexto da crise econômica de 2001-2002 que levaram a perdas financeiras da concessionária Urbaser, resultando em sua insolvência. A concessionária de água iniciou um processo arbitral contra a Argentina que, por sua vez, ajuizou reconvenção na qual alegou que a falha da concessionária em fornecer o nível necessário de investimento nos serviços de abastecimento causou violações ao direito humano à água. Esta sentença arbitral foi a primeira a fornecer uma discussão aprofundada sobre a reconvenção de um Estado contra um investidor por uma suposta violação de obrigações de direitos humanos afirmando que, as obrigações de direitos humanos (tais como direito à água), podem ser impostas diretamente às corporações internacionais.

Finalmente, em sentido mais amplo, outras provisões internacionais indicam dois pontos: que os direitos humanos não podem ser interpretados de maneira que endosse abusos e violações e que indivíduos e outros atores internacionais possuem deveres de direitos humanos, mesmo que não haja texto específico de engajamento voluntário⁴⁵⁷. Nesse sentido, apontam-se: o preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966⁴⁵⁸; o artigo 32 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969⁴⁵⁹; o artigo 17 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais⁴⁶⁰; os artigos 27 à 29 da Carta Africana dos

⁴⁵⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Case No. ARB/07/26**, Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs The Argentine Republic, p. 344. No original: Nevertheless, in order to ensure that such rights be enjoyed by each person, it must necessarily also be ensured that no other individual or entity, public or private, may act in disregard of such rights, which then implies a corresponding obligation, as stated in Article 30 of the [Universal] Declaration [of Human Rights].

⁴⁵⁷ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 313.

⁴⁵⁸ Preâmbulo, parágrafo 4º “Os Estados Membros no presente Pacto, [...] Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, **o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições** que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos, [...] Acordam o seguinte (ênfase adicionada)”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Resolução n.2.200-A (XXI) em 16 de dezembro de 1966.

⁴⁵⁹ “Artigo 32. Correlação entre deveres e direitos: 1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade; 2. **Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática** (ênfase adicionada)”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

⁴⁶⁰ O referido artigo proíbe interpretações abusivas que corroborem violações, prelecionando que “nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou

Direitos Humanos e dos Povos, que adota um modelo alternativo interessante ao incluir expressamente os deveres dos indivíduos⁴⁶¹.

3.1.1 Pontos de dificuldade dos dispositivos atuais

As razões pelas quais as violações dos direitos humanos por parte dos atores não estatais seguem sem uma regulamentação internacional sólida são relativamente simples: as relações internacionais são classicamente voltadas para os Estados e apenas em casos específicos os ANE ou os indivíduos são diretamente responsabilizados. Embora de maneira geral esses atores serem penalizados domesticamente por suas transgressões, essa responsabilidade dependerá de procedimentos organizados pelos Estados, de mecanismos institucionais adequados e de um sistema jurídico interno eficaz (combinação ausente em algumas democracias - mesmo nas que integram a ONU e professam respeito à Carta).

Outro ponto de dificuldade é que os Estados, em princípio, têm a obrigação de respeitar e proteger os direitos humanos de violações privadas (dever de vigilância restrito ao seu território). Desta forma, de maneira geral o direito internacional em matéria de

indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção”. CONSELHO DE EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma, 4 de janeiro de 1950.

⁴⁶¹ ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul). Adotada na Assembleia de Chefes de Estado e Governo, Nairobi, Quênia, em 27 de junho de 1981. “Capítulo II. DOS DEVERES
Artigo 27º : 1.Cada indivíduo tem deveres para com a família e a sociedade, para com o Estado e outras coletividades legalmente reconhecidas, e para com a comunidade internacional; 2. Os direitos e as liberdades de cada pessoa exercem-se no respeito dos direitos de outrem, da segurança coletiva, da moral e do interesse comum.

Artigo 28º: Cada indivíduo tem o dever de respeitar e de considerar os seus semelhantes sem nenhuma discriminação e de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocos.

Artigo 29º: O indivíduo tem ainda o dever: 1. De preservar o desenvolvimento harmonioso da família e de atuar em favor da sua coesão e respeito; de respeitar a todo momento os seus pais, de os alimentar e de os assistir em caso de necessidade; 2. De servir a sua comunidade nacional pondo as suas capacidades físicas e intelectuais a seu serviço; 3. De não comprometer a segurança do Estado de que é nacional ou residente.

4. De preservar e reforçar a solidariedade social e nacional, particularmente quando esta é ameaçada; 5. De preservar e reforçar a independência nacional e a integridade territorial da pátria e, de uma maneira geral, de contribuir para a defesa do seu país, nas condições fixadas pela lei; 6. De trabalhar, na medida das suas capacidades e possibilidades, e de desobrigar-se das contribuições fixadas pela lei para a salvaguarda dos interesses fundamentais da sociedade; 7. De zelar, nas suas relações com a sociedade, pela preservação e reforço dos valores culturais africanos positivos, em um espírito de tolerância, de diálogo e de concertação e, de uma maneira geral, de contribuir para a promoção da saúde moral da sociedade; 8. De contribuir com as suas melhores capacidades, a todo momento e em todos os níveis, para a promoção e realização da Unidade Africana (ênfase adicionada)”.

responsabilidade não permite que os atos dos nacionais de um Estado cometidos no exterior possam ser de responsabilidade do Estado de origem; ou seja, não se adota o princípio da personalidade ativa, mas sim o princípio da territorialidade no direito penal internacional⁴⁶².

No entanto, os Estados em cujo território, por exemplo, multinacionais estrangeiras conduzem suas atividades, muitas vezes não desejam impor o pleno respeito aos direitos humanos ou não podem fazê-lo de maneira eficaz. Em suma, mesmo que o direito internacional dos direitos humanos contenha normas que poderiam ser facilmente impostas a atores não-estatais, o sistema atual não poderia aplicar-se a eles (não possuem personalidade jurídica ativa), permitindo certa impunidade desses atores.

Mesmo no campo restrito de crimes que podem ser cometidos por pessoas passíveis de serem responsabilizadas diretamente pelo direito internacional (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crime de agressão), o sistema jurídico atual não é capaz de responsabilizar pessoas jurídicas; no máximo, há responsabilidade de pessoas naturais (homens de fato, não entidades abstratas). O Tribunal de Nuremberg, mesmo que tenha o poder de declarar uma organização criminosa (ou seja, quando entende que há organização ou auxílio financeiro de atividades criminosas), só tem jurisdição para pessoas físicas⁴⁶³, considerando as corporações simplesmente como instrumentos dos indivíduos. Percebe-se então que os atores não estatais estão protegidos por um ordenamento jurídico global estadocêntrico no qual as únicas obrigações claramente definidas concernem Estados ou indivíduos (esfera penal).

Parte da doutrina defende que exigir uma responsabilidade direta de alguns crimes na ordem jurídica internacional é criar uma expectativa maior que o direito internacional pode arcar. Argumentam que em muitos casos o *soft law* é bem sucedido na defesa dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente⁴⁶⁴ e essa responsabilidade pode ocorrer

⁴⁶² Um fato punível pode, eventualmente, atingir os interesses de dois ou mais Estados igualmente soberanos, gerando, nesses casos, um conflito internacional de jurisdição; o estudo da lei penal no espaço visa apurar as fronteiras de atuação da lei penal nacional. Para encontrar uma solução para este problema a doutrina sugeriu alguns princípios: como o princípio da territorialidade, da nacionalidade ou personalidade ativa, da defesa ou real, da justiça penal universal ou da justiça cosmopolita, da representação ou bandeira. O princípio da nacionalidade ou personalidade ativa prega que deveríamos aplicar a lei do país a que pertence o agente e não do local do crime, a nacionalidade da vítima ou do bem jurídico violado. CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**, Volume Único. Editora Jus Podium, 8ª edição, 2020, p. 153.

⁴⁶³ Artigos 9 à 11 do TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL. **Carta de Londres ou Estatuto do Tribunal Militar Internacional**. Anexo B - Estatuto do Tribunal Militar Internacional para a Alemanha, 1945.

⁴⁶⁴ Instrumentos de *soft law* em direito internacional têm sido apontados como a solução para temas incertos e recentes, próprios da complexidade da sociedade internacional atual “on s’est plu à mettre en évidence que l’existence de *soft law* révélait une certaine situation politique de la société internationale de plus en plus éclatée et complexe, soumise susceptibles de donner une expression normative à des domaines où les sources traditionnelles s’avéraient inadaptees”. KOLB, Robert. **Réflexions de philosophie du droit international**.

indiretamente, por meio da mediação da responsabilidade internacional do Estado. Conforme argumentado pelo Prêmio Nobel Amartya Sen, essas estratégias flexíveis podem alcançar um padrão de proibição que os padrões legais tradicionais não conseguem regular e podem abrir caminho para futuras legislações

Seria um erro, eu diria, presumir em geral que, se um direito humano é importante, então seria ideal legislar sobre ele até torná-lo um direito jurídico precisamente especificado. [...] Devido à importância da comunicação, advocacia, exposição e discussão pública informada, os direitos humanos podem ter influência sem necessariamente depender de legislação coercitiva [...]. A eficácia da perspectiva dos direitos humanos não reside em vê-los invariavelmente como propostas putativas de legislação (tradução nossa)⁴⁶⁵.

Como parte dos tratados internacionais e submetidos normas imperativas do direito internacional, os Estados têm a obrigação não apenas de respeitar ou abster-se de ações prejudiciais, mas também de proteger contra violações cometidas por qualquer parte privada. É frequente que os tratados e decisões das Comissões lembrem o Estado desta obrigação, reafirmando e induzindo os Estados a adotar medidas ativas para coibir a violação. Em inúmeras situações⁴⁶⁶, as obrigações indiretas são efetivamente impostas a particulares, incluindo pessoas coletivas, mas sempre por imposição direta aos Estados.

Naturalmente, a falta de um mecanismo institucional no Direito Internacional dos Direitos Humanos que autorize pessoas jurídicas além do Estado a serem processadas diretamente não significa que, até o momento, nenhuma obrigação tenha sido imposta a esses atores. Os instrumentos de controle dos ANE estão espalhados em vários textos de direito internacional, sendo a maior parte deles compostos por códigos de conduta ou instrumentos voluntários, que, além de não vinculatórios, de maneira geral não estabelecem punições claras, mas tão apenas condutas desejáveis. Assim sendo, a maior parte das obrigações de DIDH recaem, como vimos repetidamente, à encargo do Estado, restando aos ANE uma

Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international. Bruylant, 2003, p. 58-59.

⁴⁶⁵ SEN, Amartya. Elements of a Theory of Human Rights. **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 32, 2004, p. 345. No texto original “It would be a mistake, I would argue, to presume in general that if a human right is important, then it must be ideal to legislate it into a precisely specified legal right. [...] Because of the importance of communication, advocacy, exposure and informed public discussion, human rights can have influence without necessarily depending on coercive legislation. [...] The effectiveness of the human rights perspective does not rest on seeing them invariably as putative proposals for legislation”.

⁴⁶⁶ SCHUTTER, Oliver de. Multinationals in European Law. In: ALSTON, Philip (Ed.). **Non-State Actors and Human Rights**. Collected Courses of the Academy of European Law. Oxford University Press, 2005. Schutter aponta, por exemplo, os artigos 2 e 4 da Convenção contra Todas as Formas de Discriminação; o mesmo tipo de texto é repetido nas Convenções contra a Tortura, sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, sobre os Direitos da Criança, entre outras Conferências Mundiais da ONU (como discutiremos no tópico sobre a heterorregulação).

responsabilidade subsidiária e indireta perante o primeiro (seja o Estado em cujo território ocorreu a violação, seja o de nacionalidade do ANE, nos casos de extraterritorialidade).

Algumas características próprias desses agentes bem como dos sistemas resoluções de controvérsias do direito internacional permitem tirar conclusões preliminares para justificar essa quase inexistência de controle e responsabilidade direta. Para entender o que já foi e o que deve ser estabelecido, importa lembrar, além da falta de reconhecimento de personalidade jurídica dos ANE (já abordada em pontos anteriores neste trabalho), os pontos a seguir.

3.1.1.1 Mocinhos e vilões: a natureza multifacetada dos agentes não estatais

Tradicionalmente nos direitos humanos considerava-se papéis para cada ator internacional: os Estados, empresas multinacionais e grupos armados seriam os *bad guys* enquanto as organizações internacionais e as ONGs seriam os responsáveis pelo zelo e proteção dos indivíduos. Aos últimos caberia defender, promover e supervisionar a observância ao DIDH e sobre os primeiros recairia o escrutínio tendo em vista seu potencial ameaçador e jogos poder. Felizmente, hoje percebe-se que existem diversos tons de cinza nas atuações e interações internacionais e libertação do maniqueísmo institucional faz perceber que, por mais que determinadas entidades estejam naturalmente inclinadas à promoção ou à violação de direitos, seu comportamento pode transformar-se em virtude das circunstâncias, da cultura ou ideologia de determinada época ou ainda de seu dirigente.

Hoje, as organizações internacionais e ONGs são frequentemente questionadas sobre seu desempenho e atividades, à exemplo das acusações de omissão da ONU na situação Srebrenica⁴⁶⁷ ou ainda sua política de sanções econômicas⁴⁶⁸. Outro exemplo clássico são o

⁴⁶⁷ Ocasão na qual a ONU admitiu diversas vezes ter falhado com seu dever de proteção, conforme reportagens de seu site oficial: Our first duty is to uncover, and confront, the full truth about what happened...[and] for us who serve the United Nations, that truth is a hard one to face,” Mr Annan said, adding: “We can say – and it is true – that great nations failed to respond adequately.” He said that it was also true that there should have been stronger military forces in place, and a stronger will to use them and that it was undeniable that blame lies first and foremost with those who planned and carried out the massacre, or who assisted them, or who harbored and are harboring them still. “But we cannot evade our own share of responsibility,” he said. Recalling his 1999 report on the massacre, Mr. Annan said that “serious errors of judgment” had been made, rooted in a philosophy of impartiality and non-violence which, however admirable, was unsuited to the conflict in Bosnia. UNITED NATIONS. UN News, Global perspective Human stories. **UN officials commemorate 10th anniversary of Srebrenica massacre**, 11 July 2005. Disponível em <https://news.un.org/en/story/2005/07/144502>. Acesso em 24 de janeiro de 2023. E ainda: Mr. Ban said that the United Nations, “which was founded to prevent such crimes from recurring”, “failed in its responsibilities” to protect the lives of innocent civilians seeking protection from the conflict and violence around them. The UN Secretariat, the Security Council and Member States share the

BIRD e o FMI, frequentemente questionados sobre a compatibilidade de suas políticas de desenvolvimentos e empréstimos com sistema internacional de direitos humanos. Uma análise da agenda divulgada pelo próprio Banco Mundial demonstra que na América Latina, região onde historicamente a instituição concentrou a sua carteira de empréstimos, sua atuação sempre foi politizada, abrangente e intrusiva. Eles buscavam utilizar a concessão de empréstimos como alavancas para a reorientação do gasto público e a indução de novas prioridades e objetivos aos governos, impedindo a consolidação de direitos sociais e a livre determinação dos povos⁴⁶⁹.

As ONGs igualmente começam a ser atacadas por sua falta de estruturas democráticas de organização e transparência, que seriam usados para disfarçar omissões em prol de jogos de poder e interesses políticos dos Estados. Organizações internacionais e ONGs, antes unidas na promoção de direitos humanos e exposição de violações por parte dos Estados ou TNCs, agora não necessariamente trabalham juntas pois a ONG pode antagonizar uma organização internacional⁴⁷⁰. Na realidade, os atos de qualquer agente internacional atualmente podem ser objeto de escrutínio por parte de outra ONG ou organização, dos Estados afetados ou ainda da sociedade internacional. As ONGs, nesse contexto, começaram a ser convidadas pelas organizações internacionais para participar de seu *decision-making*, possuindo o *status* de consultores. Valorizadas igualmente pelas TNCs, estas correntemente buscam alianças com as ONGs para criação de códigos de conduta e campanhas para validar e popularizar o paradigma de conduta e instrumentos de *soft law*.

Em contrapartida, o papel das empresas transnacionais foi revisto, já que as mesmas, antes vistas como perpetradoras de violações, começaram a focar em discursos de promoção de direitos humanos para otimizar custos com processos e multas além de apostar no valor comercial de uma imagem positiva para sociedade internacional. Chamados até mesmo de

blame, he emphasized. UNITED NATIONS. UN News, Global perspective Human stories. **Recalling 'responsibility to protect' UN pays tribute to victims of Srebrenica genocide**, 1 July 2015. Disponível em <https://news.un.org/en/story/2015/07/503292>. Acesso em 24 de janeiro de 2023.

⁴⁶⁸ “Worst of all, economic sanctions tend to hit the wrong targets; instead of the regime, the population at large and in particular the weakest in society become the true victims”. REINISCH, August. Developing a Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the UN Security Council for the Imposition of Economic Sanctions. **American Journal of International Law**, 2001, p. 851

⁴⁶⁹ PEREIRA, João Márcio Mendes. Banco Mundial, reforma dos Estados e ajuste das políticas sociais na América Latina. ABRASCO - Associação Brasileira de Saúde Coletiva. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, Volume: 23, Número: 7, Publicado: 2018, p. 2194.

⁴⁷⁰ Um exemplo clássico é a ONG unwatch, ONG que elenca entre as suas missões “monitorar o desempenho das Nações Unidas com base em sua própria Carta”. Suas denúncias são, entre outras: a quantidade de regimes não democráticos na Comissão de Direitos Humanos (70% dos países membros), a demonização de Israel, nomeação de *experts* anti-Western e pró-ditaduras, ONGs forjadas que ajudariam alguns países a trapacear os Relatórios regulares de direitos humanos e o fato da ONU atualmente “oferecer uma plataforma global para ditadores e seus representantes”. UNITED NATIONS WATCH. **Mission and History**. Disponível em www.unwatch.org. Acesso em 24 de janeiro de 2023.

“exportadores de direitos humanos”⁴⁷¹, elas vêm contribuindo para o fortalecimento de um ambiente saudável nos Estados em que operam, respeitando o direito internacional, mesmo quando não lhes são exigidos. Debora Spar nomeia essa lógica como o “fenômeno dos holofotes”. Quando as TNCs vão para o exterior, elas levam consigo, além do capital e tecnologia, suas marcas, reputação e imagens internacionais. Outrossim, trazem em seu rastro o escrutínio dos grupos ativistas de seu país natal e da mídia internacional de maneira que, se essas TNCs forem descobertas em práticas injustas ou abusivas, seus pátrios ativistas entram em ação, cobrando um padrão de comportamento de sua Nação. Essa nova lógica afeta o cálculo básico de investimentos empresarial. Subitamente, as vantagens da mão-de-obra, insumos ou fornecedores de baixo custo devem ser pesadas contra a publicidade negativa, o custo de relações públicas e a possibilidade de protestos do consumidor.

Apesar desse cenário exigir soluções que prevejam diplomacia, persuasão e métodos coercitivos, admite-se que ao menos essas multinacionais podem, ainda buscando lucro e interesses particulares, influenciar o ambiente local de maneira positiva. Ao trazer empregos, capital, tecnologia, *know-how*, técnicas de gestão, relações trabalhistas e estruturas administrativas, elas estariam elevando os padrões de trabalho local de países com economia em desenvolvimento. Spar segue comentando que, nessas circunstâncias, a lógica comunista de estabelecer uma ligação entre firmas multinacionais e exploração estrangeira parece ultrapassada ou mesmo contraditória. Ao invés da subversão dos direitos humanos, as corporações – particularmente firmas de alto perfil de sociedades abertas e democráticas – podem muito bem ver os benefícios comerciais da promoção dos direitos humanos. “É irônico e certamente não é óbvio. Mas em um mundo marcado pela mídia internacional e pelo ativismo transnacional, as multinacionais poderão ser – na verdade, talvez já sejam– um instrumento poderoso na busca dos direitos humanos”⁴⁷². Nesse ínterim, Reinisch aponta que investimentos estrangeiros podem contribuir na promoção de direitos humanos doméstica em pequena e grande escala.

No nível macro, os investimentos estrangeiros contribuem para uma economia nacional e podem elevar os padrões de vida e criar melhores condições sociais e econômicas nos países de acolhimento. No nível micro, as transnacionais podem

⁴⁷¹ SPAR, Debora. The Spotlight and the Bottom Line: How Multinationals Export Human Rights. **Foreign Affairs**, Vol. 77, No. 2 (Mar. - Apr., 1998), pp. 7-12.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 12. “Under these circumstances, the old Leninist link between multinational firms and foreign exploitation seems outmoded or even contradictory. Rather than having an interest in subverting human rights, corporations – particularly high-profile firms from open and democratic societies – may well see the commercial benefits of promoting human rights. It is ironic, and certainly not obvious. But in a world marked by international media and transnational activism, U.S. multinationals could be – indeed may already be – a powerful instrument in the pursuit of human rights”.

atuar como promotoras, servindo de modelo na adoção de padrões de direitos humanos (direitos trabalhistas) que deveriam ser copiados por outras firmas. Este conceito do papel alternativo das transnacionais é uma clara inversão da política do *stay out* defendida após fortes críticas ao envolvimento de algumas transnacionais nos assuntos internos dos Estados anfitriões (tradução nossa)⁴⁷³.

Essas novas interações demonstram que os papéis dos atores não estatais não são estanques e suas atitudes podem variar em virtude do contexto no qual estão inseridos. Existe um grande número entre eles com potencial violador, e, ao mesmo tempo, também com potencial de promoção e defesa de direitos humanos. Como vimos acima, os antigos vilões podem transformar-se em protagonistas da defesa de direitos humanos já que “em qualquer ocasião, a prestação de contas não é mais um caminho de mão única. Ao contrário, ela tem tornando-se um assunto multifacetado”⁴⁷⁴.

3.1.1.2 Responsabilidade indireta e penalidade dos cúmplices

Como mencionado, de forma geral inexistem no Direito Internacional mecanismos que permitam a responsabilidade direta de agentes internacionais outros que o Estado. Na prática, isso significa que se os perpetradores de violações não puderem ser punidos domesticamente, frequentemente procuram-se dispositivos legais para induzir o cumprimento de sanções indiretas. A combinação de extraterritorialidade com essa responsabilização vicária vêm produzindo exemplos remarcáveis de penalização de cúmplices baseados na filosofia do “se você não conseguir os perpetradores diretos, pressione aqueles que colaboram com eles ou lucram com seus atos”⁴⁷⁵.

Essa lógica aplica-se em ambientes nos quais seria contraproducente punir tão simplesmente o responsável direto das violações ao nível internacional: o Estado. Como já se demonstrou neste trabalho, ao buscar-se a prestação de contas para os ANE no nível internacional tradicional, caberia *prima facie* uma responsabilização do Estado que permitiu a violação e, ao nível doméstico, a punição direta do ANE. Entretanto, na prática, a influência e

⁴⁷³ REINISCH, 2005, op. cit., pp. 63 e 64. No texto original “On the macro level, the foreign investment they contribute to a national economy may raise living standards and create better social and economic conditions in the host countries. On the micro level, TNCs may act as promoters, serving as role models in adopting human rights (labour rights) standards that should be copied by other firms. This concept of the alternative role of TNCs is a clear reversal of the ‘stay out’ policy advocated after heavy criticism of the involvement of some TNCs in the domestic affairs of host states”.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 65.

⁴⁷⁵ Idem.

poder desses agentes não estatais impediria a persecução estatal ou, mesmo em casos nos quais exista sentença punitiva nacional, a possibilidade de executá-la seria ínfima. Por outro lado, punir o Estado onde ocorreram as violações pode configurar uma dupla pena para o mesmo que, além de suportar a violação doméstica, deverá também responder perante os Tribunais ou Cortes internacionais. Em casos de grupos armados, isso significaria sustentar uma guerra interna e ao mesmo tempo ser réu na esfera internacional. Em casos de violação de TNCs, isso significaria perder capital externo (dos quais países com economia em desenvolvimento são dependentes)⁴⁷⁶ e concomitantemente sofrer às sanções impostas pela ONU ou outro organismo.

Reinisch aponta que os exemplos recorrentes de penalização de atores não estatais (autores de fato da violação) como meros cúmplices pode ser a evidência de uma mudança profunda no ambiente internacional disposta a finalmente fazer valer os direitos humanos, seja diretamente ou não, no mínimo contra cúmplices de violações. Entretanto, o austríaco não acredita que essa massiva responsabilização indireta seja um anseio de trazer à tona os verdadeiros violadores diretos de direitos humanos. Antes, ele acredita que seja o fruto da insatisfação da prestação de contas atual contra os Estados e a percepção de que as sanções internacionais contra Estados são apenas simbólicas e com pouco efeito reparador. “É, em todo caso, provavelmente apenas o resultado de uma crescente frustração com a ineficácia da proteção dos direitos humanos contra os Estados”⁴⁷⁷.

Nesse ínterim, vêm-se debatendo a complexidade da cumplicidade corporativa e expandindo-se as modalidades de responsabilidade, já existindo uma diferenciação entre os diversos graus de envolvimento desde investimento em país com histórico de respeito ao DIDH questionável, o apoio ativo (como transferências forçadas de população ou utilização de trabalho escravo) até o silêncio ou inatividade diante de situações de violações de direitos humanos⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Um estudo da ONU analisando seu anual *World Investment Report* mostra que países desenvolvidos, especificamente na União Europeia, ainda abrigam o maior número de TNCs. Por outro lado, os países de economias em desenvolvimento hospedam mais da metade das afiliadas estrangeiras no mundo todo, mesmo sendo o Estado pátrio de menos de um quarto das transnacionais. UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Development. **Development and Globalization: Facts and Figures (UNCTAD/GDS/CSIR/2004/1)**, de 13 Jun 2004, p. 44. Disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/gdscsir20041_en.pdf. Acesso em 30 de janeiro de 2023.

⁴⁷⁷ REINISCH, 2005, op. cit., p. 67.

⁴⁷⁸ “Whether a company is culpable as a principal actor or accomplice might depend on such factors as the company’s knowledge of the violations, its intentions, whether its actions helped to cause the violation, and the relationship between the company and the victims or perpetrators. As yet international legal rules have not been agreed that determine when a company is complicit in human rights violations committed by others. Different branches of law – public international law, domestic criminal law, tort law, contract law, consumer law or company law – apply different tests. Further, complicity includes notions of political or moral responsibility.

No mesmo sentido, essa lógica de perseguição de cúmplices aplica-se também aos grupos armados. Reinisch comenta que as invasões norte-americanas aos países hospedeiros de grupos terroristas, ao menos em teoria, buscam não imputar penas diretas aos Estados palco das violações e “sede” dos grupos. Ao contrário, essas invasões buscariam (frise-se novamente, essas invasões hipoteticamente buscariam) perseguir diretamente os grupos armados.

Sobre esse uso extraterritorial da força justificado pela legítima defesa contra agressão de grupo armado fora de seu território, cumpre destacar estudo de Tladi em Curso na Academia de Direito Internacional de Haia de 2021⁴⁷⁹. Nele, são diferenciadas as justificativas para o uso extraterritorial da força contra atores não estatais e notadamente a legítima defesa e a intervenção por convite. O sul-africano comenta que em ambas as ocasiões, esse uso da força estatal contra ANE é justificado politicamente e ditados pelos protagonistas sem alguma metodologia legal.

Em relação ao uso extraterritorial da força em legítima defesa e intervenção por convite, posições e preferências políticas geralmente ditam o entendimento que interessa aos protagonistas. **É compreensível que as preferências políticas desempenhem algum papel na adoção e avaliação de posições legais.** A ascensão de atores não estatais armados, sejam movimentos rebeldes ou terroristas, e a ameaça que os movimentos terroristas representam para a segurança dos Estados, criam escolhas políticas difíceis para os últimos. A capacidade dos terroristas de realizar ataques em larga escala poderia, como uma questão política, induzir os Estados a procurar descartar as regras tradicionais que restringem a força armada contra atores não estatais em favor do que pode ser visto como respostas mais eficazes - em outros palavras uma abordagem mais expansiva para as exceções [ao uso da força estatal] (tradução nossa e ênfase adicionada)⁴⁸⁰.

Even where legal complicity cannot be proved, public opinion may attach blame”. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Beyond Voluntarism: Human rights and the developing international legal obligations of companies.** Geneva, Switzerland, 2002, p. 121.

⁴⁷⁹ TLADI, Dire. Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors: PS to Hague Academy Lectures.

Comparative and International Law Journal of Southern Africa. Volume 54, Number 2, 2021.

⁴⁸⁰ Ibid., p. 3, no original “As described above, while the use of force against non-state actors can take place in different contexts, it is mainly in relation to two scenarios, namely self-defence and intervention by invitation. [...] In relation to both the extraterritorial use of force in self-defence and intervention by invitation, policy positions and preferences often dictate the positions of protagonists. It is understandable that policy preferences play some role in the adoption and assessment of legal positions. The rise of armed non-state actors, whether rebel movements or terrorists, and the threat that terrorist movements pose to the safety and security of states, create difficult policy choices for states. The ability of terrorists to carry out large- scale attacks could, as a policy matter, induce states to seek to jettison the traditional rules restricting armed force against non-state actors in favour of what might be seen as a more effective responses - in other words a more expansive approach to the exceptions”. E ainda sobre os malefícios das preferências políticas reverberam no Direito “I myself have policy preferences, and in the interest of full disclosure, it is only fair that I share those. My policy views are admittedly influenced by geopolitical considerations. Law should serve to constrain power and avoid the ‘might is power’ paradigm. The expansion of exceptions (at least in the context of the use of force) undermines this objective and permits the powerful to de-constrain themselves from the power of the law. Powerful states sometimes tend to seek to ‘de-constrain’ themselves from the shackles of law creating the illusion of the constraining power of law in order to constrain the less powerful. Elsewhere, I have argued that expansive interpretations of the exceptions to the use of force permit the law to be in the eye of the beholder, and the

Tladi comenta que poucos assuntos de direito internacional receberam tanta atenção nas últimas duas décadas quanto a possibilidade de um Estado usar sua força contra um ANE no território de um terceiro Estado alegando legítima defesa. Conforme bem comenta Libarona, “principalmente depois dos atentados de Nova Iorque e de Washington em 2001, têm-se buscado novas respostas para legitimar as intervenções internacionais contra os sujeitos não estatais, principalmente vinculados ao uso da violência ou a ameaça ao seu uso”⁴⁸¹. O entendimento tradicional no Direito Internacional seria de que, em regra, um Estado não poderia invadir ou usar sua força contra outro Estado alegando legítima defesa à um ataque de um ANE, salvo se esse ANE estiver agindo em nome desse terceiro Estado. Assim sendo, legalmente, esse uso da força não seria contra o ANE e sim contra o território estatal. Neste ponto abre-se um parêntese para algumas indagações. Se um ANE ataca um Estado à mando do Estado onde ele se encontra, ele segue sendo um ANE? Um dos pontos chave, presente na maior parte os conceitos apresentados pela literatura é exatamente a independência do ANE, seu caráter não estatal, sua autonomia em relação ao Estado. Desta maneira, a única hipótese que possibilitaria o uso da força contra ANE em território estrangeiro parece inexistente pois, nesse caso, o agente em questão responsável pela violência que se pretende legitimamente responder não seria um ANE.

De qualquer modo, mais além desse entendimento clássico, um outro posicionamento vem ganhando espaço na doutrina: a expansão dos motivos que permitiriam o exercício da legítima defesa em território estrangeiro mesmo nos casos em que o Estado acolhedor do ANE não possui nenhuma relação com esse ator e não contribuir para a violência praticada pelo mesmo. As razões políticas para essa expansão da autorização à legítima defesa seriam o aumento do terrorismo e a urgência da “luta contra o terrorismo” que levaram os Estados a procurar mais caminhos e ferramentas para seu arsenal de defesa à guerra. Entretanto, como já dito, as razões políticas não poderiam, no Direito Internacional, substituir completamente uma argumentação jurídica. Os defensores da visão ampliada do direito à legítima defesa

militarily powerful to determine if, and under what circumstances to use force. However, none of these policy preferences constitutes law - although they might influence the law. To uncover the content of the rules of law, it is necessary to apply the accepted methodology of law”.

⁴⁸¹ LIBARONA, op. cit., p. 45. “Principalmente a partir de los atentados de Nueva York y de Washington de 2001, se han buscado nuevos títulos que legitimen las intervenciones internacionales sobre sujetos no estatales, principalmente vinculados con el uso de la violencia o con la amenaza de su uso”.

apresentaram três argumentos jurídicos inter-relacionados, todos eles com base no Artigo 51 da Carta das Nações Unidas⁴⁸².

O primeiro argumento seria de que, quando o artigo em questão se refere ao “direito inerente”, ele insinua que o estabelecido pela Carta da ONU não tem o poder de substituir o direito internacional consuetudinário pré-existente (que, segundo esse argumento, autorizaria a legítima defesa expandida). O segundo argumento seria utilizar-se de uma interpretação literal desse texto e afirmar que ele prevê a legítima defesa em “casos de ataque armado”, não “casos de um ataque armado estatal”. Assim sendo, o uso de força por legítima-defesa estaria autorizado para toda e qualquer situação de ataque armado, independente do agente ser ou não estatal. Finalmente, baseando-se no artigo 31, parágrafo 3, alínea b da Convenção de Viena⁴⁸³ (segundo o qual a prática das partes num tratado constitui uma interpretação autêntica, que deve ser considerada na interpretação de um tratado), argumenta-se que a Carta da ONU não deve ser interpretada de modo a restringir o direito à legítima defesa (que, segundo esse posicionamento, autorizaria responder às agressões de ANE). Pode-se visualizar assim que o argumento mais promissor a favor de uma interpretação expansiva é a prática internacional e o direito consuetudinário.

Em sequência, Tladi comenta alguns pontos críticos que apontaria a falha desse pensamento expansivo. Em primeiro lugar, não poderíamos falar aqui de direito consuetudinário, porque a prática estatal deve ser generalizada e consistente, além de acompanhada da *opinio juris*. Em segundo, essa “prática” para efeitos de interpretação do artigo 31 da Convenção de Viena não poderia ser a prática de um Estado num contexto político, sem embasamento nos costumes internacionais. Por fim, cabe lembrar que a proibição do uso da força é norma *jus cogens* e, como tal, deveria ser respeitada independente do contexto histórico, político e social em questão.

O argumento mais promissor a favor de uma interpretação expansiva é, conseqüentemente, o argumento baseado na prática. No entanto, mesmo este argumento deve cair por terra. Em primeiro lugar, todos os exemplos relevantes de práticas que são frequentemente apresentados como base para práticas subsequentes

⁴⁸² “Artigo 51 - Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Impresso pelo Centro de Informação da ONU para o Brasil (UNIC Rio de Janeiro). Disponível em <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2024.

⁴⁸³ “Artigo 31 Regra Geral de Interpretação – 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação”. BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados** (Viena, 23 de maio de 1969). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 14 de maio de 2023.

foram sujeitos a críticas, de modo que não podem constituir as práticas conforme os textos em estudo. Embora os ataques dos EUA no Afeganistão não tenham recebido muitas críticas, parece também que, pelo menos para os EUA, os ataques não foram apenas contra a Al Qaeda (um ator não estatal), mas também contra os Taliban – então o governo do estado territorial, o Afeganistão. A breve discussão acima ilustra que a abordagem expansiva do direito à legítima defesa contra intervenientes não estatais é falha e sem mérito. Isto sem ter em conta o facto de a regra implicada, a proibição do uso da força, ser *jus cogens* e qualquer modificação da mesma estar sujeita a um limiar elevado. **Nesta base, o Curso da Academia de Haia concluiu, coerentemente com uma abordagem restritiva, que, como regra geral, um Estado não pode usar a força contra intervenientes não estatais no território de terceiros Estados sem atribuição** (tradução nossa e ênfase adicionada)⁴⁸⁴.

Concluiu-se que, de maneira geral, o direito internacional não permite o uso extraterritorial unilateral da força contra ANE sem o consentimento do Estado territorial em respeito aos princípios da soberania e independência. Nos casos em que houver consentimento do Estado territorial, também chamados “intervenção por convite”, entretanto, salvo casos limitados em que tal uso prejudicaria o princípio da autodeterminação⁴⁸⁵, essa utilização da força é vista de forma menos restritiva e legalmente sustentável.

⁴⁸⁴ “The most promising argument in favour of an expansive interpretation is the subsequent practice-based argument. Yet even this argument must fall flat on its face. First, all the relevant examples of practice that are often put forward as the basis for subsequent practice, have been subject to criticism, such that they cannot constitute subsequent practice as agreed. While the US attacks in Afghanistan did not receive much criticism, it also appears that, at least for the US, the attacks were not solely against Al Qaida (a non-state actor), but also against the Taliban—then the government of the territorial state, Afghanistan. The brief discussion above illustrates that the expansive approach to the right to self-defence against non-state actors is flawed and without merit. This is even without accounting for the fact that the rule implicated, the prohibition on the use of force, is *jus cogens* and any modification thereto is subject to a high threshold. On this basis, the Hague Academy Course concluded, consistent with a restrictive approach, that as a general rule, that a State cannot use force against non-state actors in the territory of third states without attribution”. TLADI, op. cit., p.8.

⁴⁸⁵ No entanto, embora, como regra geral, o direito internacional permita o uso da força nos casos de “intervenção por convite”, em algumas ocasiões esse uso de força pode ser ilegal. Em primeiro lugar, a intervenção por convite não será permitida pelo direito internacional se o consentimento do Estado territorial estiver manchado (dado por uma pessoa não autorizada ou obtido através de força, coerção, fraude ou qualquer outro motivo capaz de viciar o consentimento). Em segundo lugar, a intervenção em questão não deve exceder os limites do consentimento. Em terceiro lugar, o uso da força deve parar quando o consentimento for retirado. Quarto, (requisito substantivo) o consentimento seria inválido se prejudicial à independência do Estado e o princípio da autodeterminação. Ibid., entre pp. 7-12, “Indeed the Institut’s resolution makes it explicit that intervention by invitation applies only to intervention directed at non-state actors. While for most scholars, intervention by invitation is an exception to the rule prohibiting the use of force, the view advanced in the Hague Lectures is that intervention by invitation does not implicate the prohibition on the use of force at all. Because the use of force by invitation is based on the consent of the territorial state, it cannot be said to be ‘against the territorial integrity or political independence’ of a state. The consent given by the territorial state (and the consequent intervention by the requested state) are in fact an exercise in respect for the sovereignty and political independence of the territorial State. Thus, as a point of departure the intervention by invitation is lawful and does not violate any rule of international law. [...] Yet, while as a general rule, international law permits the use of force pursuant to an invitation by the territorial state, not all interventions following an invitation will be lawful. First, intervention by invitation will not be permitted under international law if the consent of the territorial state is tainted. For example, consent would be tainted if given by an unauthorised person, it was obtained through force, coercion, fraud or any other ground capable of vitiating consent. Second, to remain within the permissible limits of international law, the intervention in question must not exceed the limits of consent. Thirdly, the intervention will no longer be covered by the rule that permits intervention by invitation if consent is withdrawn. There is, in addition to the formal requirements of consent, a more substantive element. Where the consent undermines the independence of the State and the principle of self-determination, the consent

3.1.1.3 Utilização de meios não-legais

Desenvolvimentos relativamente recentes, em especial no que concerne as TNCs, vêm provando que as técnicas de reforço legal que buscam a responsabilização perante tribunais ou cortes internacionais ou mesmo nacionais tornam-se cada vez menos centrais em virtude de sua ineficiência em proteger os direitos humanos. Ainda no que concerne as TNCs, técnicas como *boycotts* de consumidores provam que essas técnicas não legais são altamente eficazes para induzir o cumprimento ao DIDH e forte dissuasão para atividades consideradas inadequadas. O cuidado permanente das multinacionais com sua imagem, reputação e publicidade mostram uma crescente consciência e sensibilidade da sociedade internacional. Além do *boycott* de consumidores à determinados produtos, cada vez mais procura-se conhecer se a TNC possui investimentos socialmente aceitáveis e a vinculação à determinados setores como produção de armas e organismos geneticamente modificados que seriam vistos de forma negativa e provocariam reações fortes e protestos midiáticos aos quais as grandes empresas preferem não ser vinculados.

Reinisch aponta como uma das razões óbvias para o desenvolvimento dessas técnicas não legais a simples impossibilidade legal de usar os mecanismos tradicionais de aplicação de direitos humanos para escrutínio dos órgãos, cortes e tribunais internacionais de monitoramento. Esses atores, por não estarem sujeitos aos sistemas relevantes de proteção do DIDH e não fazerem parte das convenções e tratados, não podem ser levados pela sociedade internacional ao sistema de resolução de controvérsias, o que favorece uma sensação de impunidade das empresas nos assuntos de direitos humanos. Por outro lado, crê-se que foi mais a ineficácia dos meios tradicionais que a sua não disposição que provocou esse aumento

would be invalid. If the consent is invalid, then the intervention pursuant to it would fall foul of the prohibition on the use of force in international law. As explained at the beginning of the section, intervention by invitation is accepted in international law because it is an exercise in sovereignty, independence and the right to self-determination. It is for this reason that, where the intervention undermines these principles, it will not be covered by the general rule permitting intervention [...] Thus, while the general position endorsed by the majority of scholars is that an intervention by invitation is not permissible in cases of internal armed conflict, this position does not account for the practice in which states have intervened during ongoing internal armed conflicts. The reason that some cases of internal armed conflict permit intervention by invitation is that the determining factor for the lawfulness of intervention is not whether there is an armed conflict, but rather whether the intervention would undermine the right of the peoples to self-determination. The existence of an armed conflict is likely to mean that intervention would prevent the people of a State in which 'political consensus has dissolved' from exercising their right to self-determination".

dos meios não legais. Reinisch, entretanto relembra que imposições de responsabilidade na ausência de uma obrigação legal são inconciliáveis com as noções fundamentais do Estado de Direito.

Outra característica comum nos desenvolvimentos recentes no campo dos direitos humanos dos atores não estatais parece ser a **relevância decrescente da qualidade jurídica dos padrões invocados**. Aparentemente, está se tornando cada vez menos importante se os padrões de direitos humanos que se busca impor são juridicamente vinculativos ou não. Independentemente de existir uma obrigação estrita de respeitar os direitos humanos *de lege lata*, essas atuais medidas de *enforcement* são usadas para induzir o cumprimento [...]. Há outro risco envolvido na crescente demanda por prestação de contas, independentemente de os responsáveis serem legalmente limitados por certos padrões. Isso cria o perigo de borrar a linha entre as obrigações legais e os padrões *de lege ferenda*, **o que pode acabar saindo pela culatra ao enfraquecer o caráter obrigatório da lei de direitos humanos** (ênfase adicionada e tradução nossa)⁴⁸⁶.

3.1.1.4 Fragmentação do Direito Internacional

Na tentativa de legitimar o direito internacional como Direito, muito debateu-se sobre seu modelo científico, a coerência do ordenamento global e uma suposta falta de coesão. Sua condição de direito acabou sendo consolidada ao longo dos anos pelas contribuições aportadas pelo positivismo. Essa corrente filosófica tentou organizar e compreender as ciências de maneira tecnicista e codificada, através de uma abordagem macro e estabelecimento de regras gerais de cunho científico. Nesse sentido, no que concerne o desenvolvimento do Direito Internacional durante a modernidade, autores como Kelsen e Hart buscavam a teorização deste ramo buscando estruturação lógica das normas em parâmetros de validade e defendendo rígidos critérios de separação entre o direito e a moralidade. Segundo Vasconcelos, “o protagonismo da sanção na teoria de Kelsen [...], ou seja, da possibilidade de

⁴⁸⁶ REINISCH, 2005, op. cit., p 69. No original, “Another common feature of recent development in the field of non-state actors and human rights seems to be the decreasing relevance of the legal quality of the standards invoked. Apparently, it is becoming less and less important whether the human rights standards sought to be enforced are legally binding or not. Regardless of whether a strict obligation to respect human rights exists *de lege data*, many of the current ‘enforcement’ measures are used in order to induce compliance [...]. There is another risk involved in the increasing demand for accountability regardless of whether those held accountable are legally bound by certain standards. It creates a danger of blurring the lines between legal obligations and *de lege ferenda* standards which might ultimately backfire by weakening the obligatory character of human rights law”.

coerção decorrente do descumprimento da norma válida, constitui sua mais marcante diferença em relação à construção teórica hastiana⁴⁸⁷.

Entretanto, uma série de transformações políticas e sociais terminaram por estabelecer novos paradigmas teóricos ao estudo do direito das gentes. O fenômeno da globalização impõe relações humanas cada vez mais transnacionais e multiconectadas, reacendendo o debate da associação entre o global e o local, o universal e o relativo. Nessa seara, alguns posicionam-se em defesa da sobreposição de valores universais enquanto outros defendem a diversidade contrapondo-se à aculturação e uniformização, “mas tanto em um quanto no outro grupo existem aqueles que claramente tentam refinar o discurso e harmonizar aquilo que aparentemente surge como antagônico e inconciliável⁴⁸⁸. Vasconcelos aponta que nessa nova realidade histórica as relações internacionais são notadamente marcadas pela interdependência, novos sujeitos multilaterais, revisão da centralidade do Estado e, sobretudo, um afastamento da visão moderna unitarista de outrora.

Dentre os fatores que impediriam a atual viabilidade da aplicação da estruturação teórica tradicional estaria, mais uma vez e fundamentalmente, a impossibilidade de se sustentar o clássico protagonismo dos Estados na estrutura do direito internacional. Caso não se admitisse a referida alteração de perspectiva, complicado se tornaria justificar, por exemplo, o surgimento e desenvolvimento de mecanismos independentes e órgãos específicos para assegurar a eficácia das regras produzidas e a estabilidade das relações estabelecidas atualmente na comunidade internacional⁴⁸⁹.

Dessa possibilidade de integrar diversos planos no direito internacional nasce a chamada fragmentação e a especialização técnica de diversas áreas em marcos legais particulares que seguem uma lógica temática e resultam na teorização compartimentada de um conjunto de sistemas distintos e autônomos.

Em linha conciliatória na pós-modernidade, em uma tentativa de manter uma coerência no Direito Internacional, pode-se pensar nesse pluralismo legal como “alternativa teórica aplicável à análise fática de aparente fragmentação” temática das relações internacionais. Essa abordagem buscaria organizar as ordens jurídicas especializadas como autônomas, porém sujeitas à um sistema coordenado, um direito intersistêmico⁴⁹⁰. Haveria, portanto, a obediência de certos valores universais e esses princípios gerais do direito uniformizariam as lógicas dessas normas aparentemente fragmentadas.

⁴⁸⁷ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Unidade, fragmentação e o direito internacional. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, jul./dez. 2011, p. 342.

⁴⁸⁸ Ibid., pp. 346 e 347.

⁴⁸⁹ Ibid., p. 351.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 354.

A perspectiva fragmentária do direito internacional surge como proposta de análise de dois fenômenos sistêmicos distintos no atual panorama pluralista do direito internacional. Nesse sentido a fragmentação pode se referir, por um lado e em sentido mais abrangente, à independência dos sistemas jurídicos temáticos que de maneira autônoma surgiram e se consolidaram do contexto global, enquanto, por outro lado, pode designar as repartições sistêmicas internas que se apresentam no plano específico de um desses regimes⁴⁹¹.

Dessa fragmentação, nasceriam três perigos principais⁴⁹²:

- a) a multiplicidade de sistemas legais especializados aparentemente autônomos ofereceria um risco à manutenção da coerência orgânica do direito internacional. Esses sistemas seriam criados a partir de esferas particulares de interesse humano e nasceriam de fatores circunstanciais e principalmente econômicos e/ou políticos;
- b) essa dinâmica de produção legislativa transnacional especializada relega aos Estados uma participação cada vez menor no *decision making* internacional e a conseqüente diminuição dos sujeitos clássicos de Direito Internacional nos fenômenos legiferantes;
- c) decorrência do ponto anterior, gradativamente altera-se a lógica tradicional na qual uma norma jurídica poderia desprender-se do ordenamento nacional e alçar estruturas formais internacionais, alimentando a formação de um sistema supranacional. Essa descentralização da produção legislativa afetaria a própria legitimidade legislativa dos órgãos instituidores de normas internacionais.

Solução conciliadora é proposta por Günther ao afirmar que, numa tentativa de conciliar o pluralismo com a unidade, devemos apreciá-lo sob duas perspectivas. Sob a perspectiva externa, há fragmentação do direito em diversos sistemas temáticos distintos e especializados sem impedir que, pelo prisma interno, esse direito seja coeso e respaldado de preceitos obrigatórios e juridicamente vinculantes, um “código universal da legalidade”. Isso porque internamente esse código é composto por conceitos e regras básicas que compõem uma metalinguagem jurídica que ultrapassa uma hipótese teórica e possui validade factual no cotidiano da comunicação jurídica nas esferas da interlegalidade independente dos legisladores supranacionais. Esse código universal de legalidade não é, portanto, conceitual, mas empírico e talvez culturalista⁴⁹³.

⁴⁹¹ Ibid., p. 356.

⁴⁹² Ibid., *passim*.

⁴⁹³ GÜNTHER, Klaus. Legal pluralism or uniform concept of law? Globalization as a problem of legal theory.

No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice. Number 5, April 2008, pp. 16 e 17.

“From an internal point of view actors in the various and multi-levelled networks of interlegality still communicate with one another by referring to a, at least hypothetically, uniform concept of law. Such a uniform concept can be spelled out in terms of a legal meta-language which contains basic legal concepts and rules, like

Vasconcelos aponta coerentemente que “o estudo do direito internacional na atualidade não comporta mais seu enquadramento nos herméticos conceitos tecnicistas das clássicas teorias positivistas modernas”⁴⁹⁴. Assim sendo, a fragmentação não configura propriamente um desafio estrutural formal inconciliável às teorias unitaristas e a especialização temática apresenta-se como uma das mais importantes características do novo direito das gentes. Apesar da falta de institucionalização do direito internacional, existe um universalismo principiológico e a compreensão de uma moralidade mínima global que permite a estruturação de uma nova perspectiva da unidade do direito global.

Em meio à aparente conformação repartida da ordem jurídica internacional, preceitos jurídicos globais ou o código universal da legalidade surgiriam, portanto, como instrumentos de preservação da unidade do direito internacional na atualidade e a fragmentação constituiria, assim, mera análise superficial de um contexto fático que escamotearia uma ordem jurídica una⁴⁹⁵.

Reinisch também argumenta neste sentido ao comentar que, ao contrário do discurso doutrinário clássico sobre os riscos da fragmentação do Direito Internacional, a mesma trouxe benefícios. O austríaco explica que os Direitos Humanos eram considerados “um subcampo muito esotérico, uma coisa fora no *mainstream* do Direito Internacional”⁴⁹⁶ porém, com o passar dos anos, ele participa dos debates de maneira generalizada. Assim sendo, de maneira extremamente positiva, o DIDH hoje “ocupou outros campos de direito como os do direito do comércio, direito de investimentos, direito comercial, entre outros” através de uma lenta e gradativa invasão que dificilmente deixará algum campo do Direito Internacional indiferente. Testemunha-se uma “fertilização cruzada” dos diferentes sistemas e percebe-se que “áreas

the concept of rights and of fair procedures, and the concepts of sanction and competence. In addition, the legal meta-language is deeply penetrated by historical legal experiences, like the various human rights revolutions or the struggle for democratic procedures of legitimate legislation. Many people have these basic concepts in mind when they refer to law, or when they raise a legal claim on any level from local to transnational law. Additionally, the legal meta-language is more than a theoretical hypothesis. It already works in the daily routine of legal communication in the spheres of interlegality. Therefore, I suggest calling the meta-language a universal code of legality. This code of legality has a certain factual validity, independent of nation state legislators, national judicial systems and national governments. The code of legality is also disengaged from political democratic legislation and still far away from a coherent interpretation of its elements. [...] As already indicated, the code of legality is more than a semantic system. Some concepts, like the concept of rights or the concept of fair procedure are linked with other normative principles which have their own normative force. One could easily add further basic elements to the list: rules and principles that belong to the basic traditions of all legal systems. In the various spheres of interlegality there are no normative systems which are not already penetrated by the legal meta-language. Of course, this argument is not conceptual, but empirical and, perhaps, culturalistic. The universal code of law contains the different legal traditions of the Western world, the Roman and common law systems. But this seems to be more a challenge for legal pluralism than for a uniform concept of law. It turns out that legal pluralism works with the far more serious fiction that there are normative social systems which are completely detached from the modern code of legality”.

⁴⁹⁴ VASCONCELOS, op. cit., p. 359.

⁴⁹⁵ Ibid., entre pp. 359 e 361.

⁴⁹⁶ REINISCH, 2005, op. cit., p. 73.

tradicionalmente separadas se tornaram cada vez mais inter-relacionadas e, embora os advogados pudessem se especializar em um campo ignorando totalmente o outro, esse isolamento hoje já não é mais viável⁴⁹⁷.

3.1.2 Dinâmica dos órgãos jurisdicionais internacionais

Um dos problemas mais significativos relacionados aos atores não estatais no direito internacional é sua capacidade de figurar como parte, seja como autor ou réu, perante órgãos jurisdicionais internacionais⁴⁹⁸ em casos envolvendo disputas entre Estados ou disputas entre Estados e atores não estatais ou ainda em disputas envolvendo unicamente atores não estatais (como por exemplo uma controvérsia envolvendo indivíduos e uma TNC ou ainda uma ONG contra Grupo Armado). A questão sobre a possibilidade e conjuntura na qual os atores não estatais podem aparecer como partes perante órgãos jurisdicionais internacionais é complexa e controversa, não havendo até a presente data um consenso claro sobre a questão; as regras e procedimentos para permitir a participação dos atores não estatais variam dependendo do

⁴⁹⁷ Ibid., p. 74, no original ““With all due respect for the perceived and actual risks of fragmentation in international law, it appears that with regard to human rights law and non-state actors this danger has not materialized, quite the contrary. Whereas human rights may traditionally have been regarded as a rather arcane sub-field of international law where only specialists had a say, something outside of the international law mainstream, today’s human rights law seems to have entered the broader international law arena. The changing framework under which human rights are no longer relevant not only vis-à-vis states but also with regard to non-state actors may have contributed considerably to this situation. Business and trade lawyers have to deal with human rights issues today. In the past, lawyers advising TNCs or international organizations could probably state confidently that they did not have to care about human rights law because it had no practical relevance for them. With increasing demands for human rights compliance by these non- state actors, they are forced to deal with human rights. Human rights law appears to ‘encroach’ upon all other fields of law, including trade and investment, commercial law, etc. One might even speak of a slow human rights ‘intrusion’. Hardly any field of international law remains unaffected by human rights. At a minimum, it seems that the inter-relatedness of human rights and other parts of international law is increasingly recognized. One also witnesses such cross-fertilization of sub-fields of international law in other areas. The traditionally separate areas of GATT and EC law have increasingly become interrelated, and while lawyers could once specialize in one field, totally ignoring the other, such isolation is no longer feasible”.

⁴⁹⁸ Nesse sentido, considera-se de maneira geral órgãos internacionais capazes de produzir documentos internacionalmente reconhecidos que solucionem uma controvérsia e/ou tomar decisões sobre a responsabilidade, sejam esses documentos Pareceres, Resoluções, Declarações, Sentenças, dentre outros. Sobre o debate da terminologia desses órgãos, adere-se ao prelecionado por Vasconcelos que “tende a adotar a nomenclatura ‘corte’ para os órgãos jurisdicionais de natureza judicial, ‘tribunal’ para aqueles de natureza arbitral e ‘sistemas de solução de controvérsias’ para aqueles que possuem natureza *sui generis* e difícil enquadramento nessas categorias estanques”. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Apresentação. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022, p. 18.

instrumento jurídico internacional específico em questão⁴⁹⁹. Segundo Tzeng, existem duas razões principais que justificam a falta de produção acadêmica sobre a possibilidade de os ANEs figurarem como réus de litígios internacionais. A primeira é o enfoque doutrinário nos direitos desses atores em detrimento de seus deveres, talvez pela complexidade do assunto de maneira geral no direito internacional, conforme já dito anteriormente neste mesmo trabalho. O segundo motivo é o super foco em um ator e uma área específica como, por exemplo, responsabilidades de direito humanitário dos grupos armados em conflitos internacionais⁵⁰⁰. Por exemplo, a Convenção do ICSID permite explicitamente que atores não estatais apareçam como réus em certas circunstâncias, como em disputas de investimento entre Estados e investidores estrangeiros⁵⁰¹. Em contrapartida, o Estatuto de Roma do TPI limita a capacidade dos atores não estatais de aparecer perante o Tribunal, uma vez que apenas indivíduos podem ser processados por crimes internacionais perante o TPI⁵⁰².

Tzeng fornece uma análise abrangente dos quadros jurídicos para a participação dos atores não estatais em processos internacionais. Ele destaca as diferentes abordagens adotadas pelos órgãos jurisdicionais internacionais e os fatores que influenciaram suas decisões de permitir ou negar a participação dos atores não estatais. Ele aponta, nesse sentido, cinco elementos gerais para litigar perante um órgão jurisdicional internacional: o réu deve possuir obrigação definida no Direito Internacional; deve haver violação dessa obrigação; o réu deve ter responsabilidade no Direito Internacional; em quarto lugar, o reclamante deve possuir o

⁴⁹⁹ TZENG, Peter. Non-State Actors as Respondents Before International Judicial Bodies. **Journal of International and Comparative Law**. Vol. 24, No. 2, 2018, pp. 397-416.

⁵⁰⁰ Ibid., p. 400. "Nevertheless, the existing literature does not provide a sufficient understanding of non-state actors acting as respondents before international judicial bodies. This is for two principal reasons. The first reason is that most commentary on non-state actors focuses on their rights rather than their obligations. This can perhaps be explained by the fact that non-state actors seem to have more rights than obligations under international law. Further, as noted above, there is a long history of non-state actors acting as claimants before international judicial bodies, whereas the phenomenon of non-state actors acting as respondents is rather new. All this said, today there is undoubtedly a growing literature on the obligations of non-state actors under international law. This is where the second reason comes into play: commentary on the obligations of non-state actors tend to focus on one particular area of law, one particular type of obligation, and/or one particular type of non-state actor. For example, many commentators have focused on the obligations of non-state armed groups under international humanitarian law. Another popular topic is the obligations of corporations under international human rights law. Rather than focus on any particular area of law, obligation, or type of non-state actor, this Article aims to identify a *lex generalis* concerning non-state actors acting as respondents before international judicial bodies".

⁵⁰¹ o Artigo 25 (1) da Convenção estabelece que uma das partes pode ser "qualquer Estado ou qualquer entidade pública que exerça poderes públicos em relação àquela disputa", o que inclui atores não estatais que exercem funções governamentais. GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. **Convention pour le règlement des différends relatifs aux Investissements entre états et ressortissants d'autres états**. CIRDI/15/Rév. 3, juillet 2022.

⁵⁰² Em seu Estatuto, "Artigo 25 - Responsabilidade Criminal Individual

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas". TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em 2 de agosto de 2023.

direito de figurar como parte autora e, finalmente, o órgão deve ter jurisdição sobre a contenda⁵⁰³.

Nesse sentido, Tzeng afirma haver consenso, na maioria dos sistemas, sobre a possibilidade de o ANE figurar como autor de litigâncias internacionais. Não está claro, entretanto, seu papel como requerido, salvo nos casos envolvendo direito dos investimentos.

O fenômeno de atores não estatais atuando como requeridos, no entanto, é relativamente novo. [...] Reconhecidamente, não é comum que atores não estatais atuem como requeridos perante órgãos judiciais internacionais. [Entretanto] alguns acordos internacionais de investimento concedem aos tribunais arbitrais ampla jurisdição sobre disputas entre investidores e Estados, de modo que os Estados entraram com reconvenções contra os investidores, levando os investidores a agir como réus. [...] Embora os acordos internacionais de investimento geralmente imponham obrigações aos Estados, alguns acordos - particularmente os mais novos - também impõem obrigações aos investidores (tradução nossa)⁵⁰⁴.

Em concordância com essa nova tendência doutrinária e jurisdicional de aceitar alguma obrigação e capacidade de prestar contas no que concerne os ANE, Santarelli, como já dissemos anteriormente neste trabalho, defende avidamente a existência de um dever internacional minimamente implícito negativo (obrigação de não violar). Apesar de ambos autores abordarem o assunto de maneira diferente (Santarelli de maneira substancial e Tzeng prática, com estudo de casos e sistematização das jurisdições), eles concordam com a possibilidade e necessidade de existir obrigação internacional para os ANE e na benéfica utilidade dessa participação ampla dos ANE pois a ocupação desses sistemas aumenta a legitimidade dos processos, amplia a base de conhecimento dos mesmos e diminui a sensação de impunidade.

Enquanto Santarelli se baseia na teleologia da formação dos DIDH para falar dessa obrigação internacional, Tzeng a defende com base em estudos sobre o DIH, DIDH, Direito dos Investimentos, Direito Marítimo e DPI. Ele afirma haverem quatro maneiras gerais de criação de obrigações internacionais para os ANE com base nos estudos de caso: relação estatal (a nacionalidade ou o fato de encontrar-se no território ou sob a jurisdição de um

⁵⁰³ TZENG, op. cit., pp. 400 e 401.

⁵⁰⁴ Ibid., *passim*, entre pp.398 e 409. Citação completa no original “The phenomenon of non-state actors acting as respondents, however, is relatively new. In 1945, the International Military Tribunal in Nuremberg was established to adjudicate claims under international law against individuals. Beginning in the 1990s, various international criminal courts and tribunals were similarly established to prosecute individuals for international crimes. It thus appeared that the phenomenon of non-state actors acting as respondents was confined to the sphere of international criminal law. This conception, however, is inaccurate. Some international investment agreements (IIAs) grant arbitral tribunals broad jurisdiction over disputes between investors and states, such that states have filed counterclaims against investors, leading the investors to act as respondents”. E, na página 409, “Although IIAs generally impose obligations on states, some IIAs - particularly newer ones - also impose obligations on investors”.

Estado que tenha adquirido obrigações internacionais as transfere diretamente aos ANE), consentimento (o ANE expressamente aceita a incumbência de possuir um dever de maneira voluntária), direito consuetudinário (notadamente para obrigações *erga omnes*) e, por último, a existência de um direito que exige uma obrigação intrínseca ao ANE⁵⁰⁵.

No geral, Tzeng argumenta que a participação dos atores não estatais nos processos internacionais é benéfica para o direito internacional. Ele destaca a necessidade de desenvolver quadros jurídicos mais claros, coerentes e uniformes de participação dos atores não estatais, apesar de reconhecer que sua participação em processos internacionais é um tópico complexo. Ele propõe dois elementos para melhorar a dinâmica atual: definir de maneira clara as obrigações e capacidades de prestação de contas dos ANE e a ampliação da jurisdição *ratione personae* das Cortes, Tribunais e Sistemas Híbridos de Solução de Controvérsias para que os mesmos possam de maneira uniforme autorizar a integração desses atores aos seus procedimentos.

Após esse comparativo e valoração da atuação dos ANE no sistema internacional, comentam-se os principais órgãos de maneira não exaustiva. Nesse sentido, avaliaram-se as participações dos ANE nos principais órgãos decisórios internacionais e percebeu-se que, apesar de tímida, há uma crescente abertura desses órgãos aos ANE tanto no sentido de reconhecer sua legitimidade ativa ou passiva, bem como permitir sua participação nos processos de tomada de decisões. Essa crescente abertura reforça o escopo expansivo do Direito Internacional, tão defendido ao longo deste trabalho. Utilizou-se, nas exposições que seguem, o útil catálogo institucional e normativo organizado por Vasconcelos e Legale⁵⁰⁶. Assim sendo, decidiu-se abordar o comportamento das Cortes, Tribunais e Sistemas de Solução que integram os sistemas regionais de proteção de direitos humanos (americano, europeu e africano), bem como os órgãos mais acionados no Direito Internacional.

⁵⁰⁵ Ibid., p. 410, “In light of this examination of international humanitarian law, international human rights law, and international investment law, there are four general theories for how non-state actors may acquire obligations under international law: (1) the non-state actor acquires an obligation because the non-state actor is a national of, on the territory of, or within the jurisdiction of a state that is bound by the obligation; (2) the non-state actor acquires an obligation because the non-state actor consented to the obligation; (3) the non-state actor acquires an obligation because customary law directly binds that non-state actor; and (4) the non-state actor acquires an obligation because the obligation corresponds to a right established in international law. The first three theories have been invoked in the context of international humanitarian law, all four in the context of international human rights law, and only the first two in international investment law. If one adopts the voluntarist paradigm for non-state actors, then the first, third, and fourth theories could not hold water. The first theory is weak because the mere fact that states can impose obligations on non-state actors in domestic law, does not mean they can also do so in international law. The third theory is weak because there has been very little study on the practice and *opinio juris* of non-state actors. And the fourth theory is weak because it relies on a purely abstract logic rather than one grounded in any of the sources of international law”.

⁵⁰⁶ VASCONCELOS e LEGALE, op. cit.

3.1.2.1 Corte Internacional de Justiça

A CIJ, sucessora da Corte Permanente de Justiça Internacional (órgão cuja existência foi entre 1922-1946), representou o culminar de um longo processo de desenvolvimento de métodos para a solução pacífica de controvérsias internacionais, cujas origens remontam aos tempos clássicos⁵⁰⁷. O artigo 33.1 da Carta da ONU, assinada em São Francisco, de 26 de junho de 1945, materializa a centralidade dos métodos pacíficos de resolver controvérsias internacionais nesta Corte. Ainda nesse mesmo instrumento, ficou consolidado em artigo 92, que “a Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas” e funcionará de acordo com o Estatuto que faz parte integrante da Carta⁵⁰⁸.

A Corte foi fundada em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, mas só começou a funcionar em 1946⁵⁰⁹. Herdando sua lógica, a CIJ substituiu a Corte Permanente de Justiça Internacional, da mesma forma que a Organização das Nações Unidas substituiu a Liga das Nações⁵¹⁰. Sua sede é o Palácio da Paz, na Haia, nos Países Baixos e, curiosamente, dos seis principais órgãos das Nações Unidas⁵¹¹, a CIJ é o único não localizado em Nova Iorque, nos Estados Unidos. A princípio, todos os Estados-membros da ONU estariam sujeitos à CIJ⁵¹², pois o Estatuto da Corte é parte da Carta das Nações Unidas. Entretanto, em respeito à

⁵⁰⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **The Court**. History. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/history>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

⁵⁰⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Impresso pelo Centro de Informação da ONU para o Brasil (UNIC Rio de Janeiro). Disponível em <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2024. “Artigo 33. 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha”. E ainda, em texto completo do “Artigo 92 - A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta”.

⁵⁰⁹ “Ao contrário da jurisdição arbitral, que conta mais de dois milênios de história, a jurisdição judiciária é um fenômeno recente na cena internacional”. REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. Ed. Saraiva, 15a edição, 2015, p. 407.

⁵¹⁰ Rezek por exemplo não identifica duas Cortes. Ele comenta que a Corte de Haia teve duas fases, sendo a primeira a CPII e a CIJ a sua ressurreição. *Ibid.*, pp. 408 e 409.

⁵¹¹ São eles: Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, o Tribunal Internacional de Justiça e o Secretariado das Nações Unidas. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Sobre a ONU**. Órgãos da ONU. Disponível em <https://unric.org/pt/orgaos-da-onu/>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

⁵¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Centro de Informações das Nações Unidas no Brasil. **Países membros**. Disponível em <https://unicrio.org.br/conheca/paises-membros/>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

soberania dos Estados, foram desenvolvidas diversas formas pelas quais se pode consentir com a submissão de uma disputa à sua jurisdição⁵¹³.

Sendo um dos primeiros sistemas de resolução de litígios internacionais (o segundo mais antigo, atrás da Corte Permanente de Arbitragem, de 1899), a CIJ destaca-se como uma Corte de referência para qualquer Corte, Tribunal ou Sistema de Solução de Controvérsias no Direito Internacional. Nesse sentido, seu regulamento interno tornou-se um modelo seguido por diversos tribunais e cortes regionais. Outra grande prova da importância deste órgão é a ampla utilização do artigo 38 do Estatuto da CIJ como referência para fontes de Direito Internacional.

Entretanto, cumpre salientar que a tradição consolidada da atuação da CIJ não a isenta de ser alvo de frequentes críticas e da expectativa de que a CIJ cumpra outros papéis além da mera resolução de disputas entre Estados parte do litígio, como a promoção de interesses da comunidade internacional. Algumas decisões da CIJ são ilustrativas da tensão existente entre o consentimento estatal e a promoção de valores de interesse público, como direitos humanos, preservação da paz e segurança internacional e proteção do meio ambiente⁵¹⁴.

O Brasil pode se orgulhar da extensa lista dos juízes que compuseram a CPJI e a CIJ até a presente data: Rui Barbosa (1921-1930)⁵¹⁵; Epiácio Pessoa (1923-1930)⁵¹⁶; José Philadelpho de Barros e Azevedo (1946-1951)⁵¹⁷, Levi Carneiro (1951-1954), José Sette Câmara (1979-1988), José Francisco Rezek (1996-2006), Antônio Augusto Cançado Trindade (2009-2022) e, atualmente, Leonardo Nemer Caldeira Brant (a partir de 2022). Além disso, em duas ocasiões, houve participação de juízes *ad hoc* brasileiros: Juiz Cançado Trindade, no

⁵¹³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Basis of Jurisdiction**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/en/basis-of-jurisdiction>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

⁵¹⁴ Paula Wojcikiewicz Almeida, aponta que em algumas oportunidades a CIJ optou pela proteção dos interesses da comunidade, mas preferiu recorrer ao procedimento. ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. **Enhancing ICJ Procedures in Order to Promote Global Public Goods: Overcoming the Prevailing Tension between Bilateralism and Community Interests**. **European Society of International Law**. Annual Conference (Naples, 2017), ESIL Conference Paper Series, volume 10, number 2, April 16, 2018. Em página 7, “There were also lost opportunities in which the Court could have opted for the protection of community interests, but preferred, instead, to rely on procedure. Such a stance can be perceived through its ruling on the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, where the Court refused to acknowledge Serbia’s responsibility as a genocide perpetrator, despite evidence in the form of witnesses’ testimonies along with previous decisions”.

⁵¹⁵ Foi o primeiro magistrado brasileiro no Palácio da Paz, foi eleito para o mandato inicial da Corte Permanente de Justiça Internacional, mas morreu em 1923, antes de ter participado de qualquer sessão da Corte. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **The Permanent Court of International Justice: its Constitution and Work**. Trilingual book (English, Spanish, French), first published in 1939, republished in 2012. Disponível em https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_other/cpji-pcij.pdf. Acesso em 11 de outubro de 2023, p. 204.

⁵¹⁶ Integrou depois de ter sido Presidente da República. *Ibid.*, p. 210.

⁵¹⁷ Foi o primeiro juiz brasileiro a ocupar assento na Corte Internacional de Justiça. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Tous les Membres**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/index.php/fr/node/202519>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

imbróglio sobre navegação envolvendo a Costa Rica⁵¹⁸ e Juiz José Sette-Camara, na disputa territorial relacionada à Jamairia Árabe da Líbia⁵¹⁹. Ambos se tornaram juízes membros da CIJ posteriormente. Na Espanha, pode-se apontar a participação de Federico de Castro entre os anos de 1970 e 1979⁵²⁰.

O aparato normativo da CIJ se compõe principalmente do Estatuto da Corte (baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional) e seu Regulamento, que desenvolveu as regras para o desempenho das funções da Corte, especialmente as que se refiram aos métodos processuais. Desde 2001, além do Regulamento, conhecido também como *Rules of the Court*, a Corte regulamentou seu procedimento mediante a adoção de *Practice Directions*. Além desses documentos, o site oficial da CIJ aponta como textos básicos para a Corte: *Note for the parties concerning the preparation of pleadings* e *Resolution concerning the Internal Judicial Practice of the Court*⁵²¹. Nesse arcabouço, não há referência expressa a outro sistema de solução de controvérsias, cita-se somente a ONU, sua Secretaria e a Assembleia Geral.

A estrutura e organização administrativa da CIJ são, resumidamente, sua Secretaria e suas Câmaras, Comitês e Comissão. A Secretaria (*Registry/Greffe*) é o órgão administrativo permanente da CIJ e possui uma missão tripartida, tendo aspectos judiciários, diplomáticos e administrativos, prestando serviço auxiliar de justiça além de uma secretaria internacional ordinária. Ela é, em virtude de sua complexidade, constituída de três departamentos (jurídico,

⁵¹⁸ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/133>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

⁵¹⁹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/83>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

⁵²⁰ Sobre a representatividade da CIJ, ver POSNER, Eric e FIGUEIREDO, Miguel. Is the International Court of Justice Biased? **Journal of Legal Studies**, vol. 34, issue 2, 2005, p. 599-630 e KEITH, Kenneth. International Court of Justice: Reflections on the Electoral Process. **Chinese Journal of International Law**. Volume 9, Issue 1, March 2010, p. 49-80. Em obra de 2005, Posner e Figueiredo já apontavam que a lista de juízes da CIJ não é tão representativa quanto parece e há aparente repetição, se não dos mesmos países, do mesmo grupo/bloco de países. Esse mesmo fato é apontado por Kenneth Keith ao afirmar que, apesar da tendência de diversificação, alguns países “dominam” as vagas. O autor aponta a predominância de onze países: membros permanentes do Conselho de Segurança (China, França, Rússia, Reino Unido e os Estados Unidos), Brasil, Alemanha, Itália, Japão, Nigéria e Polônia, que serviram na Corte por quase metade do total de anos. Ainda assim, o mesmo autor comenta que há uma variação da composição da Corte desde a década de 1950 como “reflexo da extensiva descolonização dos últimos 60 anos e do aumento da adesão à ONU”. Essa mudança na representação regional e geopolítica acabou por finalmente trazer outras tradições além da *civil law* e *common law* para a Corte, realizando a intenção prevista no artigo 9º do Estatuto de que “em toda eleição, os eleitores levarão em conta [...] que também estejam representadas as grandes civilizações e os principais sistemas jurídicos do mundo”. Apesar de existir opinião no sentido de que quanto menos homogêneo for o sistema maior o descrédito em suas decisões, aponta-se um aumento dos casos da CIJ, que pode significar uma confiança dos Estados.

⁵²¹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Documents de Base**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/fr/documents-de-base>. Acesso em 11 de outubro de 2023. Além do Estatuto e do Regulamento da Corte, esses documentos jurídicos regem certos aspectos das atividades da Corte (formato das alegações dos Estados, organização de audiências em vídeo, etc).

linguístico e de informação) e executa inúmeros serviços técnicos (administração dos funcionários, finanças, publicações, organização da biblioteca, arquivos, indexação, tratamento e reprodução de textos, informática, dentre outros)⁵²². Além da Secretaria, os juízes da CIJ dividem-se em Câmaras, Comitês e Comissão. Atualmente existem três Câmaras (para processos sumários, para análise de uma categoria de temas e ainda uma terceira para casos determinados), dois Comitês (Regras de Procedimento e de Biblioteca) e uma Comissão Orçamentária e Administrativa. Cada grupo costuma ter entre cinco e oito juízes. A CIJ exerce habitualmente suas funções em plenária (quórum de 9 juízes), porém permite a opção de constituir as Câmaras (permanentes ou temporárias) para tratar de assuntos específicos com obrigatoriamente um mínimo de três membros. Já a Comissão Administrativa e Orçamentária deve ser composta necessariamente pelo presidente ou vice e quatro ou cinco juízes eleitos a cada três anos. Os Comitês, por sua vez, não têm número nem mandato determinado e tratam sobre questões de procedimento e métodos de trabalho (Comitê de Regras de Procedimento) e supervisão do programa de aquisição e modernização de livros (Comitê da Biblioteca)⁵²³.

Além dos 15 juízes membros e eventuais juízes *ad hoc*, a CIJ possui cerca de 100 funcionários alocados na Secretaria. Tanto os juízes quanto funcionários gozam dos mesmos privilégios e imunidades que os membros de missões diplomáticas em Haia e suas condições de serviço, emolumentos e direitos de pensão correspondem às dos funcionários das Nações Unidas. Como órgão das Nações Unidas, o financiamento da CIJ é profundamente atrelado à essa organização internacional, tendo seus aspectos gerais dispostos nos artigos 32 e 33 do Estatuto⁵²⁴. O *budget* é definido pela Assembleia Geral da ONU, sendo pontos a serem destacados: a manutenção dos subsídios e remunerações dos juízes, enquanto durarem os mandatos, e o impedimento de incidência de impostos. A arrecadação de recursos não é feita

⁵²² COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **La Greffe**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/fr/greffe>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

⁵²³ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Chambres et Comités**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/fr/chambres-et-comites>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

⁵²⁴ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Statut de la Cour Internationale de Justice**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em 11 de outubro de 2023. Originais dos dispositivos citados “Article 32: 1. Les membres de la Cour reçoivent un traitement annuel; 2. Le Président reçoit une allocation annuelle spéciale; 3. Le Vice-Président reçoit une allocation spéciale pour chaque jour où il remplit les fonctions de Président; 4. Les juges désignés par application de l’Article 31, autres que les membres de la Cour, reçoivent une indemnité pour chaque jour où ils exercent leurs fonctions; 5. Ces traitements, allocations et indemnités sont fixés par l’Assemblée générale. Ils ne peuvent être diminués pendant la durée des fonctions; 6. Le traitement du Greffier est fixé par l’Assemblée générale sur la proposition de la Cour; 7. Un règlement adopté par l’Assemblée générale fixe les conditions dans lesquelles des pensions sont allouées aux membres de la Cour et au Greffier, ainsi que les conditions dans lesquelles les membres de la Cour et le Greffier reçoivent le remboursement de leurs frais de voyage; 8. Les traitements, allocations et indemnités sont exempts de tout impôt. Article 33: Les frais de la Cour sont supportés par les Nations Unies de la manière que l’Assemblée générale décide”.

diretamente pela CIJ com os Estados, mas sim através da ONU, por meio da Assembleia Geral⁵²⁵, segundo seu próprio relatório de funcionamento⁵²⁶:

Nos termos do artigo 33 do Estatuto da Corte, os custos são suportados pelas Nações Unidas conforme a Assembleia Geral decidir. O orçamento da Corte é integrado ao orçamento da Organização e os Estados-Membros compartilham as despesas uns dos outros na mesma proporção, conforme escala decidida pela Assembleia.

As instâncias julgadoras da CIJ avaliam dois tipos de procedimentos: casos contenciosos (disputas judiciais entre Estados) e opiniões consultivas (pedidos de pareceres sobre questões jurídicas submetidas por órgãos das Nações Unidas ou agências especializadas). Nesse quesito, somente os Estados que reconhecem a jurisdição contenciosa da Corte podem ser partes em casos contenciosos⁵²⁷. Além dessas hipóteses, o parágrafo 5 do

⁵²⁵ Ao contrário do que possivelmente pode ser avaliado em outras cortes e tribunais internacionais, na CIJ, há dificuldade em visualizar exatamente a contribuição de cada Estado. PORTO, Gabriela Hühne e ESTELITA, Thayanne Borges. Corte Internacional de Justiça. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022, p. 27.

⁵²⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Report of the International Court of Justice** 1 August 2022-31 July 2023, p. 54. Disponível em <https://www.icj-cij.org/public/files/annual-reports/2019-2020-en.pdf>. Acesso em 11 de outubro de 2023. No original: in accordance with Article 33 of the Statute of the Court, "[t]he expenses of the Court shall be borne by the United Nations in such a manner as shall be decided by the General Assembly". Since the budget of the Court is incorporated in the budget of the United Nations, Member States participate in the expenses of both in the same proportion, in accordance with the scale of assessments decided by the General Assembly.

⁵²⁷ PORTO e ESTELITA, op. cit, apontam que o consentimento estatal pode se dar por diferentes formas. O primeiro parágrafo do Artigo 36 do Estatuto da CIJ apresenta duas formas de consentimento: (i) mediante a apresentação de quaisquer questões pelas partes por meio de *special agreements*, e (ii) pela presença de cláusulas nos tratados (*compromissory clauses*) que indicam a CIJ como órgão competente para resolver disputas que venham a surgir sobre "todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor". Um exemplo dos *compromissory clauses* consta no Pacto de Bogotá, do qual o Brasil é signatário: "Artigo 31. De conformidade com o inciso 2º do artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, as Altas Partes Contratantes declaram que reconhecem, com relação a qualquer outro Estado Americano, como obrigatória, ipso facto, sem necessidade de nenhum convênio especial, desde que esteja em vigor o presente Tratado, a jurisdição da citada Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que surjam entre elas". PACTO DE BOGOTÁ. **Tratado Americano de Soluções Pacíficas**. Assinado em Bogotá, a 30 de abril de 1948. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-11-14-setembro-1959-350530-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 11 de outubro de 2023. Outro exemplo dessa cláusula encontra-se no artigo IX da Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio que anuncia que "As controvérsias entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III, serão submetidas à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia". Já o segundo parágrafo do Artigo 36 do Estatuto prevê a "declaração de jurisdição compulsória", também conhecida como cláusula facultativa de jurisdição obrigatória ou "cláusula Raul Fernandes", segundo a qual os Estados partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica. Trata-se de homenagem ao diplomata brasileiro Raul Fernandes que formulou a ideia durante os trabalhos preparatórios para a criação da Corte Permanente Internacional de Justiça de 1920, depois, posteriormente aprovado como o artigo 36 (2) do estatuto da CIJ. Para um maior aprofundamento da participação de brasileiros no desenvolvimento da jurisdição internacional no início do século XX, ver: BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio Vauthier. **Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa**. Revista de Direito Internacional, v.

artigo 38 do Regulamento da CIJ levanta a hipótese de *forum prorogatum*, na qual, ainda que a parte autora tenha iniciado uma disputa na CIJ antes de ter estabelecido as bases de jurisdição *ratione personae*, a parte ré, após a manifestação da Corte, declara sua anuência ao processo (reconhecimento tácito da jurisdição)⁵²⁸. Segundo Tomuschat, o *forum prorogatum* também pode ocorrer se um dos pedidos da parte vai além da base da jurisdição e não houver objeção da outra parte quanto à extensão da matéria.

Mas, além disso, também pode ser claramente derivado da redação do artigo 53, par. 2º que, no caso de não comparecimento de uma das partes, o Tribunal também tem o dever de apurar sua competência *proprio motu*, independentemente de questões jurisdicionais terem sido levantadas ou não. Isto contrasta, pelo menos até certo ponto, com a regra geral, na qual ambas as partes participam no processo, dado que, em primeiro lugar, de acordo com o artigo 36, parágrafo 6, o Tribunal só precisa de disputas quanto à sua jurisdição, e que, em segundo lugar, os Estados podem sempre em virtude do princípio do *forum prorogatum*, pela sua própria participação na fase de mérito de um caso, superar obstáculos que de outra forma existiriam quanto à jurisdição do Tribunal” (tradução nossa)⁵²⁹.

O artigo 40 (1) do Estatuto da Corte regula a instituição dos procedimentos perante a Corte, que se realiza ou por notificação do acordo especial ou por uma petição escrita dirigida ao escrivão⁵³⁰. Os acordos especiais possuem caráter bilateral, podem ser apresentados por um ou ambos os Estados-parte da disputa, que devem indicar o objeto da controvérsia e as partes

13, n 2, 2016. Por meio dessa cláusula opcional, um Estado pode declarar que aceita a jurisdição da CIJ para resolver controvérsias futuras que possam surgir entre Estados que fizeram a mesma declaração, dando origem a um regime de reciprocidade em relação às partes e à matéria. Isso pois as declarações feitas de acordo com o artigo 36(2) permitem a inclusão de reservas quanto ao escopo da jurisdição material da Corte. PORTO e ESTELITA lembram que o consentimento à jurisdição da CIJ deve ser expresso e que é permitido ao Estado retirar esse consentimento se assim desejar. Atualmente, apenas 74 países reconhecem a jurisdição compulsória da Corte via declarações, e, na maioria das vezes, com reservas. Entre esses, encontra-se apenas um membro permanente do Conselho de Segurança (Reino Unido) e constata-se a ausência de relevantes atores internacionais, como o Brasil. Ver: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Declarations**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/en/declarations>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

⁵²⁸ Sobre essa possibilidade, ver TOMUSCHAT, Christian. Article 36. In: ZIMMERMANN, Andreas, TOMUSCHAT, Christian, OELLERS-FRAHM, Karin e TAMS, Christian. **The Statute of the International Court of Justice: a Commentary**. Oxford Commentaries on International Law, 2019. Ver também NETO, Laércio Dias Franco e RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro. A Judicialização do Direito Internacional: A Jurisdição da Corte Internacional de Justiça sob a Ótica do Voluntarismo Estatal no Caso do Brasil. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Volume 2, n. 1, jan./jul., Brasília, 2016. Em p. 280 “os Estados podem demonstrar seu consentimento unilateralmente, explicitamente ou implicitamente (*forum prorogatum*)”.

⁵²⁹ TOMUSCHAT, op. cit., 2019, p. 752, “But it can furthermore also clearly be derived from the wording of article 53, para. 2 that in the case of non-appearance of one of the parties, the Court is also under a duty to investigate its jurisdiction *proprio motu*, whether jurisdictional matters have been raised or not. This contrasts, at least to some extent, with the general rule, here both parties attend the proceedings, given that, first, according to article 36 para. 6, the Court need only disputes as to its jurisdiction, and that, second, States may always by virtue of the principle of *forum prorogatum* by their very participation in the merits phase of a case overcome otherwise existing hurdles as to Court’s jurisdiction”.

⁵³⁰ É possível identificar a forma com que um caso foi iniciado pela forma de seu nome oficial. Enquanto o nome dos Estados parte de casos iniciados por *special agreements* são separados pelo símbolo “/” (como Burkina Faso/Niger), nos casos originados por Applications o símbolo é “v.” de versus (como Nicarágua v. Costa Rica). PORTO e ESTELITA, op. cit., p. 31.

envolvidas; já as petições possuem caráter unilateral e são apresentadas pelo Estado requerente contra um Estado requerido, cabendo-lhe expor a base da jurisdição, bem como os fatos e os fundamentos em que se baseia sua reclamação⁵³¹. Os processos contenciosos são compostos por uma fase oral e outra escrita⁵³² e, após a fase oral, o Tribunal delibera a portas fechadas⁵³³.

As sentenças da CIJ são proferidas em sessão pública⁵³⁴ e seus juízes são autorizados a anexar à sentença opiniões em separado (artigo 57, Estatuto), que podem ser ou concorrentes ou dissidentes à opinião da maioria (artigo 95, Regulamento)⁵³⁵. A sentença da CIJ é definitiva e vincula as partes no processo sem direito a recursos sendo, contudo, possível que essas sentenças sejam reavaliadas no caso de pedidos de interpretação (artigo 98, Regulamento) ou de revisão mediante descoberta de fato novo (artigo 61 do Estatuto e artigo 99 do Regulamento).

Além dessas etapas de um procedimento normal, um processo pode sofrer alterações pela ocorrência de procedimentos incidentais tais como exceções preliminares, medidas provisórias e intervenção de terceiros⁵³⁶. Essa intervenção pode ocorrer em duas hipóteses:

⁵³¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **How the Court Works**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/how-the-court-works>. Acesso 11 de outubro de 2023.

⁵³² “Na fase escrita, as partes enviam e trocam suas submissões, que expõem, de forma detalhada, os pontos de fato e de direito por elas sustentados. Na fase oral, ocorrem as audiências públicas, em que agentes, advogados, testemunhas e peritos se dirigem à Corte, em inglês ou em francês. As alegações escritas permanecem em sigilo entre as partes até a abertura do procedimento oral e são publicadas apenas se as partes não tiverem objeções”. PORTO e ESTELITA, op. cit., p. 31.

⁵³³ Idem. Adotada em 12 de abril de 1976, a resolução sobre a prática judicial interna somada ao artigo 19 do Regulamento da CIJ, detalha os processos de elaboração (*drafting*) e deliberação dos pronunciamentos da Corte. O processo se divide normalmente em seis fases e dura entre três e nove meses, dependendo da complexidade do caso em questão e da quantidade de casos que Corte tenha para deliberar ao mesmo tempo.

⁵³⁴ Vale mencionar que um caso pode ser encerrado ou suspenso em qualquer fase do processo por meio de um acordo entre as partes. No caso de suspensão, o Estado requerente pode, a qualquer momento, informar à Corte que não deseja prosseguir o processo, ou as duas partes podem declarar que concordaram em desistir do processo. Então, a Corte retira o caso da sua lista. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **How the Court Works**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/how-the-court-works>. Acesso 11 de outubro de 2023.

⁵³⁵ PORTO e ESTELITA, op. cit., p. 52, “As opiniões separadas dos juízes podem tomar três formas: uma opinião divergente (expressa razões pelas quais um juiz discordou da decisão tomada pela Corte - seja do dispositivo ou raciocínio usado - explicando o porquê de seu voto contrário); uma opinião em separado (quando o juiz votou a favor da decisão da Corte, mas discordou dos argumentos ou, ainda, aduziu razões adicionais às apresentadas); ou ainda uma simples declaração (uma indicação breve do consentimento ou dissensão de um juiz). Um exemplo recente de decisão da Corte contendo essas três manifestações é a do Caso sobre Imunidades e Procedimentos Criminais envolvendo a Guiné Equatorial e a França”.

⁵³⁶ Ibid., p. 33. “Além dessas etapas de um procedimento normal, o curso do processo perante a CIJ pode sofrer alterações pela ocorrência de procedimentos incidentais. O tipo mais comum são as exceções preliminares (artigo 79, Regulamento), que são levantadas por escrito com objetivo de contestar a competência da Corte para decidir sobre o mérito do caso, que devem ser decididas pela própria Corte. Nas *Preliminary Objections*, o Estado demandado pode alegar, por exemplo, que a Corte é incompetente ou que a demanda deve ser considerada inadmissível. Em consequência, o julgamento de mérito é suspenso e a Corte analisa os argumentos das partes. Sua decisão, na forma de sentença, pode aceitar ou rejeitar a objeção, ou declarar que a objeção não possui um caráter exclusivamente preliminar nas circunstâncias do caso. Se a objeção não for aceita, o processo de mérito será automaticamente reiniciado. A Corte também prevê as medidas provisórias, para os casos em que

para Estados que tenham um interesse de natureza jurídica no caso (*discretionary intervention*, artigo 62 do ECIJ)⁵³⁷, ou ainda quando os Estados que possam ser afetados pela decisão tomada a respeito de uma controvérsia envolvendo outros Estados, por tratar da interpretação de uma convenção multilateral da qual também faz parte (artigo 63 do ECIJ)⁵³⁸. Essa possibilidade foi ampliada pelo artigo 43(2) do Regulamento⁵³⁹, que autoriza a notificação e envio de observações por organizações internacionais públicas envolvidas no objeto da disputa.

Mais além que a resolução de disputas interestatais, à Corte Internacional de Justiça cumpre o papel de elaborar pareceres consultivos sobre questões jurídicas que lhe sejam submetidas por entidades autorizadas. O artigo 96 da Carta da ONU autoriza a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, outros órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas a solicitarem a opinião da CIJ sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades e sob autorização da Assembleia Geral. Após a apresentação da solicitação, a Corte elabora uma lista dos Estados e organismos internacionais que podem fornecer informações sobre a questão perante a Corte. Para todo Estado ou organização admitido a comparecer perante a CIJ, a Corte estará disposta a receber (i) manifestações escritas, e (ii) manifestações orais durante uma audiência pública realizada para tal fim, conforme determina o artigo 66 do ECIJ⁵⁴⁰. Interessa apontar aqui que, diferentemente dos procedimentos contenciosos, no que tange às etapas procedimentais da jurisdição consultiva, a fase escrita costuma ser mais curta e suas regras são relativamente mais flexíveis⁵⁴¹. Os participantes podem apresentar manifestações escritas, que costumam ser disponibilizadas ao público no início do

os direitos que constituem o objeto da demanda correm perigo imediato (artigo 41 do Estatuto e artigos 73 a 78 do Regulamento). O pedido pela indicação de medidas provisórias, que pode ser apresentado por qualquer das partes a qualquer momento após a instauração formal do processo e antes da decisão final, tem prioridade sobre os demais casos perante a Corte, inclusive as audiências e deliberações pendentes. A decisão da Corte é geralmente na forma de uma ordem”.

⁵³⁷ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Statut de la Cour Internationale de Justice**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em 11 de outubro de 2023. “Article 62 - 1. Should a state consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, it may submit a request to the Court to be permitted to intervene. 2 It shall be for the Court to decide upon this request”.

⁵³⁸ Idem, “Article 63 - 1. Whenever the construction of a convention to which states other than those concerned in the case are parties is in question, the Registrar shall notify all such states forthwith. 2. Every state so notified has the right to intervene in the proceedings; but if it uses this right, the construction given by the judgment will be equally binding upon it”.

⁵³⁹ “Article 43(2) Whenever the construction of a convention to which a public international organization is a party may be in question in a case before the Court, the Court shall consider whether the Registrar shall so notify the public international organization concerned. Every public international organization notified by the Registrar may submit its observations on the particular provisions of the convention the construction of which is in question in the case”. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Rules of Court (1978)**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/rules>. Acesso 11 de outubro de 2023.

⁵⁴⁰ PORTO e ESTELITA, op. cit., ressaltam que que é raro que a CIJ permita que organizações internacionais diferentes daquela que solicitou a opinião participem de procedimentos consultivos.

⁵⁴¹ Ibid., p. 36.

procedimento oral e os Estados são geralmente convidados a fazer manifestações orais durante as sessões públicas. A conclusão do procedimento ocorre no momento da entrega da opinião consultiva em sessão pública. O artigo 107(2) do Regulamento aponta que os requisitos de conteúdo de uma opinião consultiva são virtualmente idênticos aos de um julgamento contencioso. A diferença consistiria no fato de que na Opinião não faz referências às partes/advogados ou a decisões sobre custas judiciais. Além disso, a opinião consultiva deve conter uma resposta à questão levada à Corte, em vez de disposições operacionais com as quais se preocupam as disputas contenciosas⁵⁴². Essa tensão decorrente da semelhança entre determinados pedidos de opinião consultiva e controvérsias bilaterais já existentes entre Estados, que exigiriam consentimento estatal para serem avaliadas pela CIJ, é, segundo Burton, alvo de debate há muitos anos⁵⁴³.

As opiniões consultivas não têm caráter vinculante cabendo ao órgão, agência ou organização solicitante dar efeito à Opinião como julgar conveniente ou não o fazer de forma alguma sendo, “[n]ão obstante, inegável que as opiniões consultivas da Corte são associadas à sua autoridade e prestígio pela comunidade internacional”⁵⁴⁴. Não há indicação no ECIJ sobre o caráter vinculante dos pareceres consultivos apesar da afirmação de que “quando o parecer versa, não sobre um simples ponto direito, mas sobre um litígio, ele apresenta, por assim dizer, o caráter de sentença não executória”⁵⁴⁵; existe igualmente debate sobre o efeito legal das opiniões consultivas⁵⁴⁶.

⁵⁴² Um fenômeno digno de nota é que a CIJ nem sempre achou possível responder à pergunta exatamente da forma como ela é apresentada. Segundo Keith, em cinco dos seis pareceres emitidos desde 1995, a Corte não respondeu à questão na forma do pedido que lhe foi apresentado. “In five of the six opinions given since 1995, the Court has not answered the question in the form of the request made to it”. KEITH, Kenneth. *Advisory Proceedings: International Court of Justice (ICJ)*. **Max Planck Encyclopedias of International Law**. Oxford University Press, 2018, p. 18.

⁵⁴³ BURTON, Philip. Searching for the Eastern Carelia Principle. **ESIL Reflections**, v. 8, n. 1, 2019. Entre páginas 1 e 2, “This refusal gave rise to what is generally referred to as the Eastern Carelia principle, which is orthodoxly understood as meaning that state consent is a precondition for the exercise of the advisory jurisdiction in bilateral disputes. Based at once on sovereignty of states and the particular architecture of the *interbellum* institutions, the precedential weight of the opinion was almost immediately cast in doubt. Nevertheless, the Eastern Carelia principle has been repeatedly invoked before, and endorsed by, the International Court of Justice (the International Court’ and the ‘ICJ’). Despite the respect (or lip-service) that the International Court has paid to the principle, it has never been directly applied. Instead, the principle has been distinguished on increasingly broad grounds. This repeated willingness of the International Court to render advisory opinions in situations that directly affected states regard as bilateral has led to periodic enquiries into the ‘death’ of the principle, or that it lives merely as ‘a rhetorical, rather than an operative, principle.’”.

⁵⁴⁴ PORTO e ESTELITA, op. cit., p. 36.

⁵⁴⁵ SILVA e ACCIOLY, op. cit., p. 394.

⁵⁴⁶ THIN, Sarah. The Curious Case of the ‘Legal Effect’ of ICJ Advisory Opinions in the Mauritius/Maldives Maritime Boundary Dispute. **EJIL Talk, Blog of the European Journal of International Law**. February 5, 2021. Disponível em: https://www.ejiltalk.org/the-curious-case-of-the-legal-effect-of-icj-advisory-opinions-in-the-mauritius-maldives-maritime-boundary-dispute/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2. Acesso em 11 de outubro de 2023.

No que concerne o suporte técnico, tanto o Estatuto quando o Regulamento Interno da CIJ autorizam amplamente a participação de peritos. Há cinco categorias de experts desenvolvidas ao longo da *práxis* da Corte: o perito indicado pela parte, o perito “advogado”, o perito independente nomeado pela Corte, o “assessor” e o “perito fantasma”⁵⁴⁷.

- a) Perito indicado pela parte: é a categoria de peritos mais utilizada. Eles são examinados e interrogados seguindo o procedimento estabelecido nos artigos 57 e 64 do Regulamento da Corte. Também são qualificados como peritos-testemunha, havendo alguma dúvida em relação à sua independência;
- b) Perito-advogado: visa fortalecer um argumento sob um ponto de vista técnico, integrando o time de advogados de um Estado e podendo sustentar oralmente ante a Corte. Costumam constar na lista de membros como *Scientific Advisors or Experts ou Expert Advisor*;
- c) Assessores: trata-se de possibilidade reconhecida pelo artigo 30(2) do Estatuto e artigo 9 do *Rules of the Court*, seria uma maneira de incorporar *input* científico no processo decisório da Corte;
- d) O perito independente: nomeado segundo o artigo 50 do ECIJ, é a confiança "a qualquer indivíduo, corporação, repartição, comissão ou outra organização a tarefa de proceder a um inquérito ou a uma perícia". É recorrente nos sistemas de *civil law* e pouco utilizada na *case law* da CIJ, apesar de ser considerada como uma boa maneira de garantir uma informação correta e imparcial⁵⁴⁸;
- e) O perito invisível: é a figura conhecida como *invisible expert, experts fantômes* ou peritos internos não oficiais. São participações não identificadas (tanto o *expert* quanto seu relatório são sigilosos) altamente criticadas pela falta de transparência⁵⁴⁹.

O ponto que mais chama atenção concernente à participação dos ANE na CIJ é a exclusão desse ator na competência da Corte, conforme preza o artigo 34 do ECIJ. O dispositivo exclui qualquer possibilidade de entidades que não sejam Estados soberanos resolverem suas disputas recorrendo à CIJ, ainda que possa ser concedido às organizações intergovernamentais um papel secundário no processo⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ LIMA, Lucas Carlos. O uso de experts em controvérsias ambientais perante a Corte Internacional de Justiça. **Revista de Direito Internacional, Brazilian Journal of International Law**. Vol 13, no 2, 2016, p. 248.

⁵⁴⁸ LIMA, op. cit., p. 249.

⁵⁴⁹ “Esse fato, dificilmente, pode ser considerado em consonância com a máxima *audi alteram partem* ou as exigências do devido processo legal”. Ibid., p. 249.

⁵⁵⁰ Os itens 2 e 3 do artigo 34 do Estatuto descrevem hipótese de participação de organizações intergovernamentais no procedimento, que são elaboradas no artigo 69 do Regulamento da Corte. Vale mencionar que o termo “públicas” abre espaço para discussões como as que tivemos anteriormente neste mesmo trabalho.

Segundo Dupuy e Hoss, o artigo 34 parece estar, se não definitivamente desatualizado, pelo menos um pouco desconectado dos desenvolvimentos contemporâneos que caracterizam a comunidade internacional, na qual há participação ativa de membros da sociedade civil na formulação (*law-making*) e no monitoramento do cumprimento de obrigações internacionais⁵⁵¹.

Sobre a participação dos ANE enquanto *amicus curiae*, cumpre salientar que nem o estatuto nem o Regulamento da CIJ fazem referência expressa à essa forma de participação em casos contenciosos⁵⁵². O que existe mais próximo disso são as menções à participação das organizações internacionais públicas e interestatais e, até o momento, já ocorreram duas tentativas, sem sucesso, de entidades não estatais de participarem de disputas⁵⁵³.

Entretanto, em relação aos procedimentos consultivos, organizações intergovernamentais já forneceram informações à CIJ diversas vezes, seja por meio de manifestações por escrito, seja por manifestações orais⁵⁵⁴. Embora ainda que não exista previsão legal que cite expressamente o instituto de *amicus curiae*, nada no regulamento da CIJ limita explicitamente a aplicação do artigo 66(2) do Estatuto do CIJ para apenas "organizações internacionais interestatais". Isso fez surgir dúvidas sobre a possibilidade de a Corte aceitar pedidos de participação de organizações não governamentais⁵⁵⁵. Por fim, aponta-se que em 2004, a CIJ esclareceu por meio da *Practice Direction XII* que as declarações

⁵⁵¹ DUPUY, Pierre-Marie e HOSS, Cristina. Part Three Statute of the International Court of Justice. In: ZIMMERMANN, Andreas, TOMUSCHAT, Christian, OELLERS-FRAHM, Karin e TAMS, Christian. **The Statute of the International Court of Justice: a Commentary**. Oxford Commentaries on International Law, 2019, p. 664.

⁵⁵² Ibid, p. 665.

⁵⁵³ Frise-se que já houveram tentativas mal sucedidas de participar na qualidade de *amicus curiae*. "Subsequent requests for admission as *amicus curiae* by individuals and non-governmental organizations have been rejected routinely on the basis of the limited personal scope of Article 66(2) ICJ Statute and the nature of advisory proceedings. These include a request by the Chief of the Zulutribes in International Status of South-West Africa to present the 'reasonable wants and wishes of the native population of the mandated Territory of South-West Africa.' The Court also denied several requests to make written and/or oral submissions in Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (South West Africa) by the International League for the Rights of Man and its affiliate, the American Committee on Africa, by an individual purporting to represent the Herero people, by four individuals named 'The South West Africa National United Front' seeking to represent the indigenous inhabitants of South West Africa and by Professor W. Michael Reisman. The ICJ admitted a joint request from Burundi, Nigeria, Sierra Leone, the United Arab Republic and Zambia under the title of Organization of African Unity (OAU) after considering it a statement from the Government of Nigeria. The OAU was later admitted to the oral proceedings". WIJK, Astrid. **Amicus Curiae before International Courts and Tribunals**. Hart Publishing, 1st edition, 2018, p. 98.

⁵⁵⁴ HERNÁNDEZ, Gleider. Non-state actors from the perspective of the International Court of Justice. In: D'ASPREMONT, Jean (eds.). **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. Routledge, 2011.

⁵⁵⁵ A única vez que a CIJ aceitou pedido de participação de ONG foi na opinião *International Status of South-West Africa*, oportunidade na qual a *International League of the Rights of Man* foi autorizada a fornecer informações a Corte. Contudo, nenhuma submissão foi feita por parte da instituição. VALENCIA-OSPINA, Eduardo. Non-governmental Organizations and the International Court of Justice. In: TREVES et al (Eds.). **Civil Society, International Courts and Compliance Bodies**. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005, pp. 227-232.

enviadas por ONGs não seriam consideradas como parte do *case file*, mas poderiam ser referidas por Estados e organizações intergovernamentais durante o processo e seriam armazenadas em um local designado no Palácio da Paz.

A Corte, pela sua própria natureza, foi concebida como o fórum arquetípico para a resolução de disputas interestatais. Por esta razão, a sua interação com intervenientes não estatais, tanto em substância como em procedimento, tem sido naturalmente limitada. No entanto, a prática da Corte relativa aos intervenientes não estatais sugere consciência da sua parte da importância acrescida que tais intervenientes passaram a assumir na ordem jurídica contemporânea e, no entanto, conseguiu contribuir para o direito internacional dos intervenientes não estatais em sua maneira tipicamente modesta e contida. Espera-se que a Corte possa continuar a contribuir para este domínio, de forma semelhante, nos próximos anos (tradução nossa)⁵⁵⁶.

Por fim, pode-se apontar que a participação dos atores não estatais perante a CIJ poderia, portanto, como supramencionado, ser enquanto demandante de Opinião consultiva (nas hipóteses em que este se enquadrar no artigo 96 da Carta da ONU), através do suporte técnico (amplamente regulado nos textos procedimentais) e na qualidade de *amicus curiae* (visualizada a partir da prática da Corte).

3.1.2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos

A IX Conferência Internacional Americana em Bogotá que criou a Organização dos Estados Americanos (OEA) e aprovou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem é considerada como o embrião do Sistema Interamericano. A Declaração Americana foi aprovada de forma pioneira, antecedendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos em alguns meses⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ HERNÁNDEZ, op. cit., em p. 154, “The Court, by its very nature, was designed as the archetypal forum for the resolution of inter-state disputes. For this reason, its interaction with non-state actors, both in substance and procedure, has naturally been limited. Nonetheless, the Court’s practice relating to non-state actors suggests awareness on its part of the heightened importance that such actors have come to assume in the contemporary legal order, and it has nevertheless managed to contribute to the international law of non-state actors in its typically modest, restrained manner. It is hoped that the Court may continue to contribute to this field, in a similar fashion, for years to come”.

⁵⁵⁷ ALMEIDA, Raquel Santos de, OLIVEIRA, Thiago Aleluia Ferreira de e PAIVA, Vinícius Reis de Souza. Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022, p. 225.

A ideia de se estabelecer uma Corte de Justiça na região era antiga. Em 1923, durante a V Conferência Pan-Americana, a delegação da Costa Rica propôs, sem êxito, um plano para o estabelecimento de tal Corte. Durante a IX Conferência também se propôs a criação de um tribunal internacional de Direitos Humanos, proposição feita pela delegação do Brasil que sustentava que os direitos proclamados deveriam ser garantidos por meio de um órgão jurídico competente. Os Estados Unidos opuseram-se terminantemente, alegando que na ausência de um tratado jurídico seria prematura a criação de uma Corte. (nota: Ironicamente, somente em 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte). [...] A Corte Interamericana foi criada “por acidente” quando o governo de Granada depositou o 11º instrumento de ratificação. Nota-se que foram quase dez anos entre a criação da Convenção, em 1969, e sua entrada em vigor, “por acidente”, em 1978. Essa demora representa um grande contraste em comparação à Convenção Europeia, que levou apenas três anos entre a sua elaboração, em 1950, e sua entrada em vigor, em 1953⁵⁵⁸.

Estabelece-se, já em 1960, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, que faria parte da OEA e, embora se insira no Sistema Interamericano, não se confunde com ele. Nove anos depois, nasce a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, cuja entrada em vigência se deu em 1978 e instaurou a Corte Interamericana. A Convenção, assim como o Estatuto e o Regulamento da Corte IDH (este último com várias edições, sendo a mais recente de 2009), integram a base normativa da Corte⁵⁵⁹.

Cumprе ressaltar que a Corte não é parte integrante dos órgãos políticos da OEA⁵⁶⁰. Dessa forma, integra o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, mas não faz parte da OEA em si. Sua competência se dá sobre os Estados que ratificaram a CADH para se submeterem à jurisdição da Corte IDH (cláusula facultativa) e internalizaram a Convenção. Atualmente, vinte e cinco nações Americanas ratificaram ou aderiram à Convenção: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela. O tratado regional é obrigatório para aqueles Estados que o ratifiquem ou que se aderem a ele e a própria corte IDH aponta o CADH como representação da culminação de um processo que deu início ao final da Segunda Guerra Mundial, quando as nações da América se reuniram no México e decidiram que uma declaração sobre direitos humanos reveria ser redigida. Assim

⁵⁵⁸ HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos**. EdUSP e Fapesp, 2001, pp. 38 e 43.

⁵⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano**. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, Costa Rica, 2018.

⁵⁶⁰ Ibid, p.41 “Durante o 14º período extraordinário de sessões da Assembleia Geral da OEA, realizada em Cartagena da Índia, em 1985, foi feita uma proposta de incluir a Corte como órgão da OEA por meio de um protocolo que seria votado. Apesar de ter sido feito um acordo na Reunião da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos, “por um mal-entendido” não explicado, essa proposta não foi incluída no protocolo

sendo, com o fim de salvaguardar os direitos essenciais do homem no continente americano, a Convenção instrumentou esses dois órgãos competentes para conhecer das violações aos direitos humanos, A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁶¹.

Em 10 de setembro de 1981 o Governo da Costa Rica e a Corte firmaram um Convênio de Sede que inclui o regime de imunidades e privilégios da Corte, dos juízes, dos funcionários e das pessoas que compareçam perante ela. Este Convênio de Sede está destinado a facilitar o desenvolvimento normal das atividades da Corte, especialmente pela proteção que dá a todas aquelas pessoas que intervenham nos processos. Como parte do compromisso contraído pelo Governo da Costa Rica, em novembro de 1993, este doou à Corte a casa que a sede do Tribunal hoje ocupa⁵⁶².

A base normativa primordial, o instrumento que rege a estrutura e o funcionamento da Corte é a CADH, com regras sobre sua organização, procedimento e função. Além da Convenção, a Corte dispõe de dois instrumentos elaborados e expedidos pela própria Corte: o Regulamento (cuja versão atual entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010) e um Estatuto (em vigor desde 1979). Ainda assim, cumpre destacar que no bojo do Sistema Regional Interamericano temos os seguintes documentos: Carta da Organização dos Estados Americanos; CADH; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará; Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas; Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência; Convenção Interamericana sobre os Direitos das Pessoas Idosas. Tem-se ainda o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), bem como o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte⁵⁶³.

Voltando ao principal instrumento, a CADH faz referência no preâmbulo a princípios gerais orientadores que foram expressos e reafirmados em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional, reiterando a Declaração Universal dos Direitos do

⁵⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sobre a Corte IDH**. História. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/historia.cfm?lang=pt>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

⁵⁶² Idem.

⁵⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano**. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, Costa Rica, 2018.

Homem da ONU, o previsto na Carta da OEA e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Consta-se assim uma clara referência a outras fontes e Cortes Internacionais quanto às normas interpretativas (artigo 29 da CADH), e no tocante à função consultiva da CADH, também em relação à interpretação observa-se essa menção expressa (artigo 64 da CADH).

Há, nesse sentido, um discurso que evoca o caráter e vocação da própria CADH como ancoradouro ou *atracadouro* de quaisquer fontes e normas existentes no direito internacional no sentido que a CADH se dispõe e propõe a atrair para si a influência, seja para fins de interpretação ou de sua aplicação, em consonância e com vistas ao atendimento do princípio do desenvolvimento progressivo⁵⁶⁴ do próprio Sistema Interamericano e à luz do princípio *pro persona* (ou *pro homine*), relacionado ao seu artigo 29⁵⁶⁵, entendimentos e *inputs* de outros Sistemas Protetivos de Direitos Humanos.

Na prática, a CADH opera de modo muito semelhante à uma Constituição, [...] que projeta normas superiores - as de *jus cogens* em especial - que servem de parâmetro de validade às demais. Cabe o paralelismo com uma Constituição, especialmente se concebermos essa Constituição como costumeira, forjada pela prática reiterada em exigir seu cumprimento e pela *opinio juris* de sua vinculação, cujo descumprimento aos que assinaram enseja responsabilidade internacional. Superando a batalha terminológica relacionada ao processo de constitucionalização da CADH, o essencial é concebê-la como uma espécie "atracadouro de fontes do direito internacional" ou espinha dorsal responsável por entrelaçar costumes, princípios e tratados de direitos humanos, como propõe Siddharta Legale⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ Sobre esse princípio de desenvolvimento progressivo, NIKKEN, Pedro. **La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo**. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Madrid: Civitas, 1987. A própria CIDH definiu que “el principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera tal que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador**, OEA/Ser. L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997, p. 25.

⁵⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 25 de janeiro de 2023. “Artigo 29. Normas de interpretação - Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; (b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; (c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e (d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

⁵⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva n.º 01/82**. Manifestação do NIDH-FND como *amicus curiae* na solicitação de Opinião Consultiva acerca das "Obrigações em matéria de direitos humanos de um Estado que denunciou a Convenção Americana de Direitos Humanos e que tenta retirar-se da OEA". Rio de Janeiro, 2019. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc26/17_unifederaljane.pdf. Acesso em 12 de outubro de 2023. Ver também LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana como Tribunal Constitucional Transnacional**. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Programa de Pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Há, reconhecidamente, ampla abertura e permeabilidade a outros sistemas de solução de controvérsias do sistema internacional. Segundo Mazzuoli a competência consultiva da Corte à interpretação de dispositivos convencionais, partindo da CADH, se dirigiria a outros tratados que obrigassem os Estados Americanos⁵⁶⁷. Cançado Trindade salienta, por outro lado, o fato de que os tratados são instrumentos vivos e sua interpretação evolui em um processo dinâmico e assim se sujeitam à adequação aos tempos e condições vigentes da comunidade internacional⁵⁶⁸. Nesse mesmo sentido, afirma-se existir na atuação e formação do acervo decisório da Corte IDH um fenômeno de “migração interconvencional”⁵⁶⁹, em favor das interpretações mais favoráveis e afeitas aos direitos da pessoa humana, havendo uma implementação de interpretações de dispositivos da CADH em diálogo e a partir também de outros instrumentos e normativas internacionais, com o fim de atingir e concretizar o entendimento mais protetivo.

Portanto, um fenômeno de migração (interconvencional) foi colocado em caminho privilegiando, repetidamente, as interpretações mais favoráveis dos direitos das pessoas. De repente, a interpretação mais protetora acaba sendo imposta a todos os Estados Partes da Convenção Americana, inclusive aqueles que não ratificaram estas convenções especializadas. [...] A primeira técnica – a ‘técnica de integração’ – manifestou-se no contexto da disputa sobre os desaparecimentos forçados. A decisão fundamental foi a decisão Bámaca Velásquez, de 25 de novembro de 2000. A Corte considerou expressamente que o direito à verdade estava ‘integrado’ nos artigos 8 e 25 da Convenção, que consagram, respectivamente, o direito a um julgamento justo (direito a um julgamento justo) e à proteção judicial (direito à proteção judicial). Após pressão exercida durante quase vinte anos pela Comissão, a Corte reconheceu no caso Araguaia que também decorre do artigo 13 (direito à informação). A segunda técnica consiste em combinar diversas bases jurídicas: existentes na Convenção Americana (combinação intraconvencional) ou na Convenção e outros instrumentos internacionais (combinação interconvencional). Poderíamos argumentar que esta é a técnica clássica de interpretação sistemática. Na realidade, a abordagem sistemática serve de base para a técnica de combinação normativa, que é, por sua vez, muito mais precisa (tradução nossa)⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ MAZZUOLI, op. cit., pp. 984-999.

⁵⁶⁸ TRINDADE, op. cit., 2017, p. 94, “Certamente sempre haverá variações na interpretação das normas do direito internacional de país a país, e é natural e até certo ponto inevitável que isto ocorra. O que é de se evitar é uma ênfase exagerada em idiosincrasias, que nem sempre refletem com fidelidade as regras do convívio internacional”.

⁵⁶⁹ BURGORGUE- LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca**. Estudios Constitucionales, Año 12, Nº 1, 2014, p. 109.

⁵⁷⁰ Ibid, pp. 109 e 126, no original, “Por tanto, un fenómeno de migración (interconvencional) se ha puesto en marcha privilegiando, una y otra vez, las interpretaciones más favorables a los derechos de las personas. De repente, la interpretación más protectora termina por imponerse al conjunto de los Estados Parte en la Convención Americana, incluidos los que no han ratificado estos convenios especializados. [...] La primera técnica –la ‘técnica de la integración’– se manifestó en el marco del contencioso de las desapariciones forzadas. La sentencia fundamental fue sentencia Bámaca Velásquez, de 25 de noviembre de 2000. La Corte consideró expresamente que el derecho a la verdad estaba ‘integrado’ a los artículos 8 y 25 de la Convención que consagran, respectivamente, el derecho a un juicio justo (derecho a un juicio justo) y a la protección judicial (derecho a la protección judicial). Después de la presión ejercida durante casi veinte años por la Comisión, la Corte reconoció en el caso Araguaia que aquél se deriva igualmente del artículo 13 (derecho de información). La

Sobre o aparelho burocrático desta Corte, aponta-se que a Secretaria da Corte IDH é formada por um Secretário e um Secretário Adjunto, que dão suporte legal e administrativo em sua atuação e em seu exercício de funções, conforme determinado no Regulamento da Corte IDH em seu Capítulo II. O Secretário é eleito por maioria (não menos que 04 juízes em votação secreta), por um período de 05 anos (com a possibilidade de uma reeleição) que deverá possuir os conhecimentos jurídicos requeridos para o cargo, conhecer os idiomas de trabalho da Corte (inglês, espanhol, francês e português são os idiomas oficiais e idiomas de trabalho são os estabelecidos pela Corte a cada ano) e ter a experiência necessária para o exercício de suas funções. Já o Secretário Adjunto é designado segundo previsão no Estatuto da Corte IDH, por meio de proposta do Secretário da Corte. Tanto funcionará para auxiliar o Secretário quanto suprirá as ausências temporárias daquele. Internamente, além do Secretário e Secretário-Adjunto, existem os cargos de Diretor Jurídico, o Diretor de Administração e Finanças, Advogados, Assistentes, Secretárias, Cooperação Internacional e outros cargos inerentes ao funcionamento da Corte. Outra figura prevista no Regulamento é a do Defensor Interamericano em casos de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada. A Corte pode designar um Defensor Interamericano de ofício que represente as vítimas ou supostas vítimas durante a tramitação do caso, a fim de garantir o direito de acesso à Justiça⁵⁷¹. Ao todo, pode-se computar o número de funcionários em 73 pessoas: há o Secretário e o Secretário-Adjunto, há o Diretor Jurídico, o Diretor de Administração e Finanças, e ainda no quadro administrativo, tem-se Advogados, Assistentes, Secretarias, Cooperação Internacional, Recursos Humanos, Administração, Contabilidade, Gestão/Informação e Conhecimento, Comunicações e Tecnologia da Informação. O ingresso de pessoal administrativo e profissional se realiza por concurso público⁵⁷².

Conforme o artigo 55 da Carta da OEA⁵⁷³, a Assembleia Geral estabelece as bases para a fixação da quota com que deve cada um dos governos contribuir para a manutenção da

segunda técnica consiste en combinar varios fundamentos jurídicos: existentes en el seno de la Convención Americana (combinación intraconvencional) o en la Convención y otros instrumentos internacionales (combinación interconvencional). Se podría argumentar que se trata de la técnica clásica de la interpretación sistemática. En realidad, el enfoque sistemático sirve como base a la técnica de combinación normativa que es, por su parte, mucho más precisa”.

⁵⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Reglamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em 12 de outubro de 2023.

⁵⁷² ALMEIDA, OLIVEIRA e PAIVA, op. cit., p. 230.

⁵⁷³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2023. “Artigo 55 - A Assembléa Geral estabelece as bases para a fixação da quota com que deve cada um dos

Organização, levando em conta a capacidade de pagamento dos respectivos países e a determinação dos mesmos de contribuir de forma equitativa. Para que possam ser tomadas decisões sobre assuntos orçamentários, é necessária a aprovação de dois terços dos Estados membros. Quanto à autonomia financeira, o orçamento da Corte é do tipo exógeno, sendo o Secretário responsável pela elaboração anual da proposta de orçamento encaminhada à Assembleia Geral da OEA.

Almeida, Oliveira e Paiva apontam que, no que concerne o marco normativo e aspectos processuais do Sistema de Solução de Controvérsias do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ele seria composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁷⁴. Os requisitos de admissibilidade da Comissão são, conforme se desprendem dos artigos 46 e seguintes da CADH:

- a) esgotamento prévio dos recursos internos;
- b) observância do prazo de seis meses, a partir do momento em que o suposto prejudicado em seus direitos foi notificado da decisão definitiva; e
- c) inexistência de litispendência internacional.

Para as petições particulares ainda é necessário que contenham o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. O esgotamento dos recursos internos é dispensado pela Convenção em três casos: se não existir, na legislação interna do Estado, o devido processo legal para a proteção do direito supostamente violado; se não houver sido permitido ao suposto prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e se houver necessidade injustificada na decisão sobre os recursos necessários. A Corte IDH admite ainda mais três exceções à regra do esgotamento dos recursos internos: recurso disponível inidôneo; recurso inútil; e falta de defesas ou tentativas de acesso à justiça. Interessa frisar que no que concerne ao requisito de inexistência de litispendência internacional, o texto do artigo 46 (item 1, alínea c) da CADH faz menção a "outro processo de solução internacional". Esta cláusula revela que a litispendência não é causada apenas por processos judiciais em curso, mas também por processos quase- judiciais⁵⁷⁵. Quanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe

governos contribuir para a manutenção da Organização, levando em conta a capacidade de pagamento dos respectivos países e a determinação dos mesmos de contribuir de forma equitativa. Para que possam ser tomadas decisões sobre assuntos orçamentários, é necessária a aprovação de dois terços dos Estados membros”.

⁵⁷⁴ ALMEIDA, OLIVEIRA e PAIVA, op. cit., p. 231 e seguintes.

⁵⁷⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

destacar, além daqueles já dispostos para a CIDH, os seguintes requisitos de admissibilidade: a) a competência temporal da Corte IDH perante Estado que tenha reconhecido a jurisdição da Corte IDH; b) a exposição de fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁷⁶.

O primeiro dos componentes do sistema americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pode ser considerado um órgão político, quase-judicial que recebe e faz exame de admissibilidade, *prima facie*, de petições, comunicações e denúncias dirigidas ao Sistema Interamericano, podendo realizar encaminhamento à Corte IDH, se confirmados os requisitos de admissibilidade e verificado se o Estado acionado reconheceu a jurisdição da Corte. Ela seria um órgão dúplice, ambivalente, já que integra a OEA (com a função de promover e proteger os direitos humanos previstos na Carta e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem), e também da CADH, (atuando na defesa dos direitos nela previstos). A CIDH pode também promover uma composição com os Estados, sempre fundada no respeito aos direitos reconhecidos na Convenção⁵⁷⁷.

O segundo componente, a Corte, é órgão judicial autônomo que realiza o exame do mérito de petições. Esse processo contencioso, conforme preceitua o artigo 51 da CADH⁵⁷⁸, pode ser deflagrado por iniciativa: da CIDH, após o não acatamento do seu primeiro informe pelo Estado, desde que este tenha reconhecido a jurisdição da Corte ou ainda pelo Estado, que pode ser tanto o Estado interessado, para obter uma sentença que substitua o relatório desfavorável da Comissão, quanto outro Estado Parte da Convenção, desde que tenha também reconhecido a jurisdição da Corte. A jurisdição da Corte IDH inicia-se quando o Estado não aceita a solução proposta pela CIDH por meio de sua primeira notificação (relatório sigiloso), desde que este tenha reconhecido a jurisdição da Corte. Após a submissão será publicado o relatório de admissibilidade pela CIDH⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ ALMEIDA, OLIVEIRA e PAIVA, op. cit., p. 231 e seguintes apontam que no caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Peru*, houve a identificação de um bloco de convencionalidade, que engloba, entre outros instrumentos: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo à Abolição da Pena de Morte, Convenção para Prevenir e Sancionar a Tortura, Convenção de Belém do Pará para a Erradicação da Violência contra a Mulher, Convenção sobre Desaparição Forçada.

⁵⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

⁵⁷⁸ *Idem*.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, “Artigo 51 – 1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. 2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada. 3. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto

Legale aponta que o perfil da Corte IDH tem dois momentos precisos: na primeira fase, a Convenção Americana de Direitos Humanos era vista como um tratado fechado (“*sencillo*”) e, em fase posterior, chamada de “Corte Pedro Nikken”, iniciou-se uma fase de consolidação com um caráter jusnaturalista em consonância com as Declarações do Pós-Guerra⁵⁸⁰.

Saindo dos processos contenciosos, aponta-se que as Opiniões Consultivas (diferentemente do estudo anterior referente à CIJ) são estabelecidas como obrigatórias, mormente a partir da Opinião Consultiva 14/94. Em sua função consultiva, a Corte responde consultas que formulam os Estados membros da OEA ou seus órgãos sobre a compatibilidade das normas internas com a Convenção ou ainda sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Mais além, a Corte IDH também reconhece a sua competência para formular pareceres consultivos sobre a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, mesmo não tendo esta a forma de tratado.

Almeida, Oliveira e Paiva apontam que, em breve análise retrospectiva, verifica-se que a Corte IDH começou consultiva e terminou contenciosa. Nos sete primeiros anos de sua atuação teriam sido expedidas quatro Opiniões Consultivas e nenhum caso contencioso; ela foi acionada pela primeira vez em 1981, sendo que esse primeiro caso contencioso deflagrado pelo governo costarricense contra o Estado da Costa Rica que, entretanto, teve admissibilidade negada pela Corte (Caso Viviana Gallardo e outros contra Costa Rica). Eles apontam ainda que foi a partir da presidência de Cançado Trindade que a situação se inverteu e a Corte ganhou uma atividade mais contenciosa⁵⁸¹.

Os autores pontuam ainda que a opinião consultiva como modalidade decisória da Corte IDH tem uma vantagem no contexto dos direitos humanos pois ela torna politicamente

da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não medidas adequadas e se publica ou não seu relatório”.

⁵⁸⁰ LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 80: Uma “Corte” Pedro Nikken? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XX, 2020, pp. 315-349. Em página 316, “O contexto histórico de ascensão dos Direitos Humanos e a ideia de desenvolvimento progressivo traz o plano de fundo no qual se insere a proposta de uma ‘Corte Pedro Nikken’ que analisa criticamente a expansão da jurisdição contenciosa Corte IDH. As opiniões consultivas e os casos contencioso julgados pela Corte IDH demonstram etapas diferentes de desenvolvimentos e formação da própria identidade da Corte”. Além disso, no período que poderia ser identificado como Corte Cançado Trindade inaugura-se uma maior abertura às vítimas dos processos na Corte IDH. Legale classifica os demais períodos e perfis que ostentou a Corte de acordo com o juiz que a presidiu (nos moldes de método corrente nos estudos relacionados à Suprema Corte Estadunidense), o que nos leva à observação da chamada “Corte Roberto Caldas”, em momento seguinte, quando a CADH passa a ser encarada como uma Constituição Interamericana por parte da doutrina; posteriormente, a “Corte Ferrer Macgregor”, em que a atuação da Corte IDH tem sido entendida por parte da doutrina, ainda sob esse mesmo prisma, de forma mais ativista: dando maior ênfase e robustez ao controle de convencionalidade.

⁵⁸¹ ALMEIDA, OLIVEIRA e PAIVA, op. cit., entre pp. 235 e 238.

mais fácil fazer ou constringer o governo a aderir e cumprir seus conteúdos uma vez que o cumprimento da Opinião não estigmatizaria o Estado como um violador de direitos e permitiria que o governo delinquente apareça como um cumpridor voluntário. Considera-se ainda que os pareceres ou as opiniões consultivas são vinculantes na medida em que se dirigem aos países como a interpretação oficial de instrumentos de direitos humanos o que não significa, entretanto, que exista algum efeito vinculante gerador de responsabilização internacional⁵⁸².

Sobre a composição de juízes da Corte, aos artigos 7 e seguintes do Estatuto da CIDH estabelece que cabe aos Estados Membros na Convenção apresentarem uma lista (de até três candidatos) com os nomes de seus candidatos que serão eleitos em votação secreta e pela maioria absoluta dos votos, sem repetição de nacionalidade, durante a Assembleia Geral da OEA imediatamente anterior à expiração do mandato dos Juízes cessantes. O mandato dos Juízes é de seis anos, e podem ser reeleitos uma vez mais pelo mesmo período. Os Juízes que terminam seu mandato podem continuar participando no estudo dos casos que conheceram antes de expirar o seu período, quando estes casos se encontrem em fase de Sentença. O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário da Corte, por um período de dois anos e podem ser reeleitos por um período igual. É possível uma única reeleição, pelo mesmo período. O juiz eleito para substituir outro, cujo mandato não tenha ainda findado, completará o mandato deste⁵⁸³.

Voltando aos ANE em quanto parte ativa ou passiva perante essa Corte, cumpre apontar que desde o início do funcionamento da Corte IDH⁵⁸⁴, nunca ocorreu efetivamente uma ampliação na legitimidade ativa de modo a permitir o acesso direto de indivíduos. Todavia, em que pese tal aspecto, que representa uma diferença em relação à Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, Antônio Augusto Cançado Trindade destaca a relevância do Caso El Amparo (1996), no qual durante uma audiência pública, destinaram-se os

⁵⁸² Idem. “Nesse sentido cumpre destacar a construção e evolução jurisprudencial e entendimento traçado pela Corte acerca da vinculatividade/obrigatoriedade das opiniões consultivas pelas OC’s n.º01/82 (‘não têm o mesmo efeito vinculante que se reconhece para suas sentenças em matéria contenciosa’) e n.º 15/97 9 (‘ainda quando a opinião consultiva da Corte não tem o caráter vinculante de uma sentença em um caso contencioso, tem, de outro lado, efeitos jurídicos inegáveis’).

⁵⁸³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.estatuto.corte.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

⁵⁸⁴ ALMEIDA, OLIVEIRA e PAIVA, op. cit., destacam que a Corte IDH foi a segunda Corte de Direitos Humanos a ser estabelecida nos contextos regionais, a primeira foi a CEDH. O primeiro tribunal ou corte internacional da história moderna situou-se na América Latina em 1907, anterior à Corte Permanente de Justiça Internacional: a chamada Corte de Justicia Centroamericana, pioneira na concessão e reconhecimento do direito de acesso ao indivíduo.

questionamentos diretamente aos representantes das vítimas, reconhecendo-os como a verdadeira parte reclamante perante a Corte.

Não há como negar que a proteção jurisdicional é efetivamente a forma mais evoluída de salvaguarda de direitos humanos e aquele que melhor atende aos imperativos da lei e da justiça. O Regulamento anterior da Corte (1991) previa, em termos oblíquos, uma participação tímida das vítimas ou de seus representantes no procedimento perante a Corte, especialmente na etapa de reparações e quando eram por ela convidados. Um passo significativo, que não pode passar despercebido, foi dado no caso El Amparo (reparações, 1996), relativo à Venezuela, um verdadeiro “divisor de águas” nesta matéria: na audiência pública realizada pela Corte Interamericana em 27 de janeiro de 1996, um dos seus magistrados, ao afirmar expressamente o seu entendimento de que pelo menos naquela fase do processo não poderia haver dúvidas de que os representantes das vítimas eram “os verdadeiros demandantes perante o Tribunal”, num determinado momento do interrogatório, passou a dirigir perguntas a eles, aos representantes das vítimas (e não aos delegados da Comissão ou agentes do Governo), que apresentaram as suas respostas (tradução nossa)⁵⁸⁵.

Esse evento pavimentou o caminho para as modificações trazidas meses mais tarde naquele mesmo ano de 1996, pelo Terceiro Regulamento da Corte que em seu artigo 23 confere aos representantes das vítimas a possibilidade de submeter seus próprios argumentos e evidências, sem depender da Comissão. Portanto, apesar de todavia não ser garantido aos indivíduos um verdadeiro *jus standi* na Corte IDH, o Caso El Amparo significa um marco histórico na garantia ao menos *do locus standi* às vítimas e/ou aos seus representantes.

Cabe lembrar entretanto que, no plano contencioso, a legitimidade ativa *ad processum* somente é conferida à Comissão e aos Estados partes e somente eles podem processar Estados perante a Corte. Nos termos da CADH, são legitimados para instar e comparecer perante a Corte IDH, seja no plano consultivo ou no plano contencioso a Comissão Interamericana (ativamente, em nome das vítimas e seus representantes), os Estados partes (no polo passivo de um caso contencioso ou ativamente como solicitante de

⁵⁸⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. **Revista do Instituto Americano de Direitos Humanos**. Volume 37, enero-junio 2003. Em página 24, “No hay como negar que la protección jurisdiccional es efectivamente la forma más evolucionada de salvaguardia de los derechos humanos y la que mejor atiende a los imperativos del derecho y de la justicia. El Reglamento anterior de la Corte (de 1991) preveía, en términos oblicuos, una tímida participación de las víctimas o sus representantes en el procedimiento ante la Corte, sobre todo en la etapa de reparaciones y cuando eran invitados por ésta. Un paso significativo, que no puede pasar desapercibido, fue dado en el caso El Amparo (reparaciones, 1996), relativo a Venezuela, verdadero ‘divisor de aguas’ en esta materia: en la audiencia pública celebrada por la Corte Interamericana el 27 de enero de 1996, uno de sus magistrados, al manifestar expresamente su entendimiento de que al menos en aquella etapa del proceso no podía haber duda de que los representantes de las víctimas eran ‘la verdadera parte demandante ante la Corte’, en un determinado momento del interrogatorio pasó a dirigir preguntas a ellos, los representantes de las víctimas (y no a los delegados de la Comisión o a los agentes del Gobierno), quienes presentaron sus respuestas”.

parecer da Corte ou demandante contra outros Estados partes), e, nas demandas originárias de Estados, além do Estado demandado, outros órgãos da OEA.

Quanto à questão da legitimidade ativa no plano contencioso, os indivíduos que sofrem a violação de seus direitos dependem da Comissão ou de outro Estado⁵⁸⁶ (pela via da *actio popularis*) para postularem e terem suas demandas apreciadas pelas Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁴. Nessa esfera contenciosa, frequentemente, as fases do processo na Corte são a propositura da ação, possíveis medidas provisionais, análise de exceções preliminares, sentença, estabelecimento de reparação e, finalmente, sua execução.

Sente-se, apesar das restrições quanto à legitimidade ativa e passiva dos processos, uma abertura quanto à titularidade de direitos humanos. São considerados como passíveis de violações e reconhecidos como vítimas e ofendidos não apenas as pessoas naturais, mas nos termos, expressamente, da Opinião Consultiva 22/2016⁵⁸⁷, são titulares de direitos humanos os sindicatos, as federações e as confederações, assim como comunidades indígenas e tribais. Além desses ANE enumerados, as organizações não-governamentais e associações, quando atuantes como representantes das vítimas, que por sua vez figuram como peticionárias, também acionam a Corte por intermédio da Comissão Interamericana.

Além do reconhecimento enquanto titulares de direitos, a participação dos ANE pode ocorrer, como na CIJ, através da utilização do *amicus curiae* que se encontra no artigo 2 do Regulamento⁵⁸⁸, segundo o qual a expressão *amicus curiae* se refere à pessoa ou instituição que não é relacionada ao caso e ao procedimento e submete argumentos fundamentados acerca dos fatos contidos no processo. Conforme bem explica a própria Corte, “qualquer

⁵⁸⁶ ALMEIRA, OLIVEIRA e PAIVA, op. cit., pp. 243 à 246, apontam que essa situação, prevista no artigo 45 do CADH, ocorrem mediante as Comunicações Interestatais, quando um Estado-parte denuncia que outro Estado-parte que tenha violado direitos humanos enunciados em certo tratado. Esse mecanismo está previsto como cláusula facultativa e, dessa maneira, requer que o Estado-parte expressamente declare a sua aceitação.

⁵⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-22/16** de 26 de febrero de 2016, Solicitada por la República de Panamá. Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Nesta Opinião, entre páginas 36 e 37, “Como se indicó anteriormente, este Tribunal ha reiterado que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, esto no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos el individuo que ejerza sus derechos a través de ellas pueda acudir al sistema interamericano para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico”.

⁵⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Reglamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos**, aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em 12 de outubro de 2023. Em seu artigo 2º, “a expressão *amicus curiae* significa a pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo, por meio de um documento ou de uma alegação em audiência”.

pessoa ou instituição pode apresentar um *amicus curiae*⁵⁸⁹. O recebimento desse terceiro interveniente pode dar-se em qualquer momento em casos contenciosos, porém não além dos quinze dias posteriores à realização de audiência pública (caso essa venha a ocorrer). Adicionalmente, escritos de *amicus curiae* podem ser apresentados também na fase de supervisão de cumprimento de sentença e em medidas provisórias⁵⁹⁰.

Não se pode negar a contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no desenvolvimento dos Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito Internacional como um todo. A atuação inovadora da Corte IDH contribuiu para a limitação do voluntarismo do Estado, em prol da integridade e dignidade da pessoa humana, do indivíduo e tem consolidado relevante acervo decisório e firmado robusto e progressista *Corpus Iuris* na região das Américas, posicionando-se pela primazia dos direitos humanos, de indivíduos e de grupos historicamente vulnerabilizados, estabelecendo essa primazia como considerações de ordem pública internacional, pelo menos no âmbito regional⁵⁹¹. Entretanto, no que se refere à legitimidade dos ANE em integrar o polo ativo, seu comportamento (apesar de promissor) segue tímido se comparado à próxima Corte em estudo.

3.1.2.3 Corte Europeia de Direitos Humanos

A Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (também chamada Convenção Europeia de Direitos Humanos, CEDH), adotada em 4 de

⁵⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opiniones Consultivas. *Amicus Curiae*. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/amicus_curiae.cfm. Acesso em 12 de outubro de 2023.

⁵⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em 12 de outubro de 2023. Em seu artigo 44, “Apresentação de *amicus curiae* 1. O escrito de quem deseje atuar como *amicus curiae* poderá ser apresentado ao Tribunal, junto com seus anexos, através de qualquer dos meios estabelecidos no artigo 28.1 do presente Regulamento, no idioma de trabalho do caso, e com o nome do autor ou autores e assinatura de todos eles; 2. Em caso de apresentação do escrito de *amicus curiae* por meios eletrônicos que não contenham a assinatura de quem o subscreve, ou no caso de escritos cujos anexos não os acompanhem, os originais e a documentação respectiva deverão ser recebidas no Tribunal num prazo de 7 dias contado a partir dessa apresentação. Se o escrito for apresentado fora desse prazo ou sem a documentação indicada, será arquivado sem mais tramitação; 3. Nos casos contenciosos, um escrito em caráter de *amicus curiae* poderá ser apresentado em qualquer momento do processo, porém no mais tardar até os 15 dias posteriores à celebração da audiência pública. Nos casos em que não se realize audiência pública, deverá ser remetido dentro dos 15 dias posteriores à resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais. Após consulta à Presidência, o escrito de *amicus curiae*, junto com seus anexos, será posto imediatamente em conhecimento das partes para sua informação; 4. Nos procedimentos de supervisão de cumprimento de sentenças e de medidas provisórias, poderão apresentar-se escritos de *amicus curiae*”.

⁵⁹¹ ALMEIDA, OLIVEIRA e PAIVA, op. cit., p. 269.

novembro de 1950 (apesar de entrar em vigor em 3 de setembro de 1953), nasceu poucos anos depois da Declaração Universal de Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. Em seu início, o tratado previa um sistema dual, com uma Comissão e uma Corte sendo responsáveis pela solução de controvérsias (a entrada em vigor do Protocolo 11, em 1 de novembro de 1998 substituiu o antigo sistema duplo de Corte e Comissão) e, apesar da transparência e da qualidade de informações, as pesquisas sobre a CEDH enfrentam o desafio de analisar essa extensa coleção de decisões. Além de sua relevância na área de Direitos Humanos, a Corte é uma das mais antigas ainda em funcionamento, contando com um dos maiores acervos decisórios internacionais. Com sua sede em Estrasburgo, na França, a Corte conta com 46 Estados Membros do Conselho da Europa que ratificaram a Convenção⁵⁹².

Além da Convenção, a Corte também é regida pelo Estatuto do Conselho da Europa de 1949. Internamente, dois documentos são importantes para o funcionamento da Corte: o Regulamento do Tribunal e as Instruções Práticas emitidas pelo Presidente do Tribunal, que prestam esclarecimentos sobre aspectos do procedimento do Tribunal, como pedidos de medidas provisórias, instituição do processo, argumentos por escrito, reclamações justas de satisfação, arquivamento eletrônico seguro pelos governos, pedidos de anonimato e arquivamento eletrônico pelos requerentes⁵⁹³.

O aparato burocrático da Corte conta com o *Registry*, que é o corpo de funcionários que fornece ao Tribunal apoio jurídico e administrativo em seu trabalho judicial, sendo composto de advogados, pessoal administrativo e técnico e tradutores. Em sua estrutura, a Corte divide-se em Seção (uma entidade administrativa) e Câmara (uma formação judicial do Tribunal dentro de uma determinada Seção). O Tribunal tem cinco Seções nas quais as câmaras são formadas. Cada Seção tem um Presidente, um Vice-Presidente e uma série de outros juízes. A Grande Câmara é composta por 17 juízes: o Presidente e os Vice-Presidentes do Tribunal, os Presidentes de Seção e o juiz nacional, juntamente com outros juízes selecionados por sorteio. O número de juízes do Tribunal é o mesmo que o dos Estados Partes na Convenção, com um juiz por Estado-parte. Além disso, o *Registry* tem 640 funcionários⁵⁹⁴.

Suas despesas são suportadas pelo Conselho da Europa, cujo orçamento é financiado por contribuições dos Estados membros de acordo com escalas baseadas na população e PIB.

⁵⁹² COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. **La Cour en bref**. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/court_in_brief_fra. Acesso em 12 de outubro de 2023.

⁵⁹³ ARAUJO, Brenda Maria Ramos, BLÜCHER, Hans Christian Von e STEFANI, Roberta de. Corte Europeia de Direitos Humanos. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

⁵⁹⁴ COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Composition de la Cour**. Disponível em <https://www.echr.coe.int/fr/composition-of-the-court>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

Esse orçamento cobre os salários dos juízes, pessoal e despesas gerais (tais como despesas com tecnologia, viagens, tradução, interpretação, publicações, despesas de representação, assistência jurídica, missões de averiguação, entre outros). Os principais contribuintes são França, Alemanha, Itália, Federação Russa e Reino Unido, os quais pagam todos a mesma taxa para o orçamento ordinário⁵⁹⁵. Os Estados também podem fazer contribuições voluntárias para apoiar o programa de trabalho do Conselho da Europa. Ressalta-se que a Corte não tem um orçamento separado e o mesmo faz parte do orçamento geral do Conselho da Europa conforme explicitado no artigo 50 da Convenção⁵⁹⁶.

Mais permissivo que as duas Cortes apresentadas anteriormente no que concerne os ANE, pelo artigo 34 da Convenção é garantido o direito de petição a todos indivíduos, organizações não-governamentais e grupo de particulares que se considerem vítimas de violação ocasionada por um Estado Membro de um direito previsto na Convenção ou em seus protocolos adicionais. Ainda mais flexível, o artigo 36, I, do Regulamento da CEDH⁵⁹⁷ afirma que para início do procedimento dispensa-se, inclusive, a participação de advogado. Além dos sujeitos mencionados, também é possível que um Estado Membro apresente um requerimento contra outro Estado Membro, conforme previsto no artigo 33 da Convenção⁵⁹⁸.

Os requisitos para admissibilidade da demanda estão elencados no artigo 35 da Convenção⁵⁹⁹. Destaca-se nesse sentido a deferência do sistema europeu de direitos humanos aos demais órgãos de solução de controvérsias de Direito Internacional, pois ao afastar a admissibilidade de casos que já tenham sido submetidos a outra instância internacional, a CEDH reconhece espécie de “litispendência internacional”, zelando pela unidade do Direito Internacional.

⁵⁹⁵ ARAUJO, BLÜCHER e STEFANI, op. cit., p. 275.

⁵⁹⁶ COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Fonctionnement de la Cour**. Budget de la CEDH. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Budget_FRA. Acesso em 12 de outubro de 2023.

⁵⁹⁷ COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Textes Officielles. **Règlement de la Cour**. Disponível em <https://www.echr.coe.int/fr/rules-of-court>. Acesso em 12 de outubro de 2023. “Article 361 – Représentation des requérants - 1. Les personnes physiques, organisations non gouvernementales et groupes de particuliers visés à l'article 34 de la Convention peuvent initialement soumettre des requêtes en agissant soit par eux-mêmes, soit par l'intermédiaire d'un représentant”.

⁵⁹⁸ COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Textes Officielles. **Convention européenne des droits de l'homme**. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_FRA. Acesso em 12 de outubro de 2023. “ARTICLE 33 - Affaires interétatiques - Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante ; ARTICLE 34 - Requêtes individuelles - La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit”.

⁵⁹⁹ Idem, “ARTICLE 35 - Conditions de recevabilité - 1. La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de quatre mois à partir de la date de la décision interne définitive”.

Araújo, Blücher e Stefani apontam que diante do significativo aumento dos números de casos submetidos à CEDH nas últimas décadas, foram criados mecanismos para filtragem e descongestionamento do fluxo processual⁶⁰⁰. Nesse sentido, destaca-se o surgimento do procedimento piloto, destinado a identificação e processamento das chamadas causas repetitivas. Assim sendo, quando identificado que a demanda submetida à CEDH diz respeito a um problema estrutural ou sistemático que possibilita o ajuizamento de outras demandas semelhantes, é autorizada a formação de um procedimento piloto, cujo resultado consistirá em uma obrigação estrutural de caráter geral, aplicando-se aos demais casos idênticos e obstando o ajuizamento de outras demandas⁶⁰¹. Outro aspecto processual importante que contribui à tentativa de diminuição dos casos da CEDH diz respeito à fase não-contenciosa ou conciliatória do procedimento, na qual é admitida a celebração de acordo entre o indivíduo requerente e o Estado Membro, conforme artigo 39, da Convenção⁶⁰². A condução dessas negociações compete ao Secretário (*Registrar*), que formará autos apartados para o desenvolvimento da negociação, tramitando confidencialmente e, caso o acordo não seja alcançado, o Estado Membro pode declarar unilateralmente que reconhece a violação comprometendo-se a promover a restituição devida, cabendo à CEDH acolher sua declaração e fixar a respectiva penalidade. Essa manifestação estatal, todavia, deve ser apresentada no processo principal, sendo, portanto, pública.

A Convenção prevê ainda a competência consultiva da CEDH em duas hipóteses distintas constantes no artigo 47 da Convenção e no Protocolo 16. A primeira permite ao Comitê de Ministros solicitar a opinião da CEDH sobre questão jurídica relacionada à aplicação e à interpretação da Convenção. Essa opinião, entretanto, não deve ter conexão com um caso concreto que possa ser submetido à CEDH ou ao Comitê de Ministros⁶⁰³. A opinião é proferida por uma Câmara Alta designada para tanto e deve ser fundamentada, sendo permitidos votos divergentes. A segunda hipótese foi inaugurada pelo Protocolo 16⁶⁰⁴ e que

⁶⁰⁰ ARAUJO, BLÜCHER e STEFANI, op. cit, p. 277, indicam que, entre eles, o de maior destaque foi a reforma provocada pelo Protocolo 14, que instituiu a figura do Juízo Singular para a filtragem dos casos manifestamente inadmissíveis, entre outras inovações.

⁶⁰¹ Nesse sentido, HAIDER, Dominik. **The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights**. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2013.

⁶⁰² COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Textes Officielles. **Convention européenne des droits de l'homme**. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_FRA. Acesso em 12 de outubro de 2023. “ARTICLE 39 - Règlements amiables - 1. A tout moment de la procédure, la Cour peut se mettre à la disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire s'inspirant du respect des droits de l'homme tels que les reconnaissent la Convention et ses protocoles”.

⁶⁰³ Idem, artigo 47, pontos 1 e 2.

⁶⁰⁴ CONCIL DE L'EUROPE. Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 214. **Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales**. Strasbourg, 2.X.2013.

prevê a possibilidade de os Tribunais de mais alta instância dos Estados Membros consultarem a CEDH sobre a aplicação da Convenção em determinado caso submetido ao Tribunal, ainda no âmbito interno do Estado Membro. Essa opinião, como a anterior, deve ser fundamentada, com possibilidade de apresentação de voto divergente.

Na CEDH, como na maior parte dos sistemas de solução de controvérsias, os juízes da CEDH são eleitos, sendo o procedimento regulamentado pelo artigo 22 da Convenção e por documentos adicionais do Conselho da Europa. A eleição ocorre na Assembleia Parlamentar⁶⁰⁵ do Conselho da Europa com base em uma lista de três candidatos encaminhada por cada Estado parte. É da competência de cada Estado a elaboração de seus próprios procedimentos de seleção de candidatos, desde que sejam respeitados padrões de transparência e justiça⁶⁰⁶; são, normalmente, reduzidos aos seguintes requisitos: a realização de chamadas públicas; o uso de um currículo modelo; a elaboração da lista em ordem alfabética. Por fim, comenta-se que o procedimento de seleção deve ser adotado de forma consistente pelos Estados partes⁶⁰⁷.

A duração do mandato dos juízes é de 9 anos, como estabelecido pelo artigo 23 da Convenção, cessando quando o juiz atinge 70 anos⁶⁰⁸. Diferentemente das outras Cortes aqui apresentadas, não existe a possibilidade de reeleição⁶⁰⁹.

Disponível em <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=214>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

⁶⁰⁵ ARAUJO, BLÜCHER e STEFANI, op. cit, p. 281. “A Assembleia Parlamentar é um órgão do Conselho da Europa integrado por 324 representantes dos legislativos nacionais dos Estados membros. A quantidade de representantes dos Estados membros não é a mesma, variando conforme o tamanho de cada Estado. O maior Estado possuirá 18 representantes, e o menor terá direito apenas a 2. Cabe a cada Estado determinar a forma de indicação de seus representantes, desde que seja assegurado que os partidos políticos sejam representados com base em sua presença no legislativo nacional”.

⁶⁰⁶ Idem. Em 2012, o Comitê de Ministros adotou o documento Princípios sobre a Eleição de Juízes para a Corte Europeia de Direitos Humanos para esclarecer os limites que os Estados devem respeitar ao definir seus procedimentos. O documento elenca 8 requisitos: o procedimento deve ter estabilidade e ser criado previamente por lei ou prática administrativa; a chamada para a inscrição de candidatos deve ser pública e amplamente divulgada; deve haver um período razoável para as inscrições; o órgão responsável pela recomendação de candidatos deve ter uma composição balanceada, seus membros devem ter o conhecimento técnico necessário e inspirar confiança e respeito, devendo ser livre de influências indevidas; todos os candidatos devem ser entrevistados com base em um formato padrão; os conhecimentos linguísticos dos candidatos devem ser examinados; qualquer modificação feita pelo governo da decisão final do órgão responsável pela seleção deve ser justificada; a lista só deverá ser enviada à Assembleia após o painel emitir sua opinião sobre a qualificação dos candidatos.

⁶⁰⁷ Idem. Os autores comentam que o governo do Reino Unido estabeleceu alguns requisitos adicionais aos da Convenção tais como 7 anos de experiência na área do Direito e qualidades comunicativas e interpessoais.

⁶⁰⁸ Ibid, p. 284, “Apesar de existir esse limite de idade, não é proibido indicar um candidato com mais de 61 anos. Aconselha-se, apenas, que o candidato consiga cumprir, pelo menos, metade de seu mandato. O Protocolo 15, que ainda não está em vigor, irá remover o limite de idade máxima de 70 anos, incluindo um novo requisito de idade máxima de 65 anos para os candidatos ao cargo de juiz. O objetivo da mudança é garantir que todo candidato eleito consiga atuar durante os 9 anos de mandato”.

⁶⁰⁹ Idem. Os autores comentam que as regras sobre a duração do mandato sofreram diversas alterações ao longo do funcionamento da CEDH. No decorrer das modificações, o Conselho da Europa chegou ao consenso de que quanto maior for o mandato, maior será a independência e a imparcialidade do juiz. Além disso, verificou-se

A Corte Europeia de Direitos Humanos conta com quatro órgãos de apoio técnico, a saber: *Bureau* (artigo 9 do Regulamento), *Registry* (Capítulo III do Regulamento)⁶¹⁰, os Relatores não-judiciais (artigo 18A do Regulamento) e o Jurisconsulto (artigo 18B do Regulamento).

Araújo, Blücher e Stefani apontam que sob uma perspectiva histórica, é relevante notar o desenvolvimento do texto da Convenção, a partir dos seus protocolos, com o objetivo de ampliar a legitimidade dos agentes não-estatais, facilitando o acesso efetivo à jurisdição da CEDH e maximizando a proteção dos direitos previstos na Convenção⁶¹¹. Originalmente, os ANE não detinham acesso à CEDH, tão somente os Estados Membros e a extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos, órgão de natureza política a quem competia analisar a admissibilidade e o mérito da demanda, tal como um mandatário do indivíduo na causa contra o Estado Membro acusado (similar ao atual Sistema Interamericano). Entretanto, com a modificação do desenho político da Europa, houve um significativo aumento na adesão de novos Estados ao sistema de proteção de direitos humanos europeu que também levou ao aumento considerável do número de casos e questionamentos sobre a verdadeira efetividade do sistema. Na tentativa de sanar esses questionamentos sobre sua efetividade, surgiu o Protocolo 9 de 1994, que permitia a qualquer indivíduo provocar a jurisdição da Corte quando a Comissão reconhecesse a violação alegada⁶¹². Mais além, o Protocolo 11 de 1998

que a proibição de reeleição também garante maior imparcialidade e independência. Quando a Convenção foi aprovada pela Assembleia Consultiva, não havia determinação da duração do mandato dos juízes. Em 1950, o Comitê de Experts incluiu provisão para mandato de 9 anos com a possibilidade de uma reeleição. Excepcionalmente, quatro dos primeiros juízes tiveram um mandato de 3 anos para permitir a renovação de 1/3 da Corte a cada 3 anos. O Protocolo 11 alterou o mandato para 6 anos e criou o limite de 70 anos. Com o Protocolo 14, o mandato voltou a ser de 9 anos e foi retirada a possibilidade de reeleição. Esse protocolo também alterou as condições de mandato de juízes eleitos para substituir um juiz que não cumpriu seu mandato integralmente. Pela regra anterior, o novo juiz apenas concluiria os anos restantes, mas, pela nova regra, o juiz é eleito para um mandato completo de 9 anos.

⁶¹⁰ Creamer e Godzimska comentam nesse sentido como o *Registry* influenciam o nível de credibilidade da Corte Europeia de Direitos Humanos. “Finally, a number of factors condition the Registry’s ability to affect government agents’ estimations of the Court’s trustworthiness. In particular, we identify four factors related to court administration that we see as shaping views on trustworthiness: the qualifications of Registry officials; the relationship between the Registry and ECtHR judges; the relationship between the Registry and the parties; and the institutional memory and capacity of the Court”. CREAMER, Cosette; GODZIMRSKA, Zuzanna. Trust in the Court: The Role of the Registry of the European Court of Human Rights. **The European Journal of International Law**, v. 30, n. 2, 2019, p. 684. Ainda nesse sentido, ARAUJO, BLÜCHER e STEFANI, op. cit., comentam que ele possui 640 funcionários, incluindo advogados, administradores, técnicos e tradutores. Sua função principal é o processamento de adjudicações. Os advogados do Registry estão divididos em 33 departamentos para o processamento dessas petições. Além dos departamentos de processamento de petições, o Registry possui outros setores: informação, informação e publicação de julgados, pesquisa e biblioteca, imprensa e relações públicas, satisfação, línguas e administração interna.

⁶¹¹ Ibid., p. 292.

⁶¹² CONCIL DE L’EUROPE. Série des Traités du Conseil de l’Europe - n° 140. **Protocole n° 9 à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales**. Rome, 6.XI.1990. Disponível em <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=140>. Acesso em 13 de outubro de 2023. Em seu artigo 3°, “Seules les Hautes Parties contractantes, la Commission et la personne

reformulou profundamente a estrutura da CEDH ao extinguir a Comissão Europeia de Direitos Humanos e instituir um caráter jurisdicional permanente e compulsório da que permitiu o acesso direto por indivíduos, organizações não governamentais e grupo de indivíduos⁶¹³. A garantia do acesso direto à CEDH por qualquer indivíduo, a denominada *jus standi*, é um diferencial do sistema europeu com relação aos demais sistemas internacionais de Direitos Humanos⁶¹⁴.

No que concerne sua matéria consultiva, a CEDH possui competência para emitir opiniões requeridas pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre os direitos previstos na Convenção e, ampliando a competência consultiva da CEDH, o recente Protocolo 16 de 2018, inaugurou a possibilidade de Tribunais de mais alta instância dos Estados Membros requererem opiniões consultivas sobre a aplicação da Convenção em casos submetidos ao referido Tribunal, zelando pela aplicação harmoniosa e difundida da Convenção, também no direito interno dos Estados Membros⁶¹⁵. Assim sendo, no que concerne a legitimidade ativa, a Convenção dispõe que “qualquer Estado Membro pode submeter à CEDH qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outro Estado Membro”⁶¹⁶ além de, como supramencionado, também prever os agentes não-estatais como titulares do direito de petição, garantindo acesso direto à CEDH por parte de “qualquer indivíduo, organização não governamental ou grupo de

physique, l'organisation non gouvernementale ou le groupe de particuliers qui a introduit une requête en application de l'article 25 ont qualité pour se présenter devant la Cour”.

⁶¹³ CONCIL DE L'EUROPE. Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 155. Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention. Strasbourg, 11.V.1994. Disponível em <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=155>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

⁶¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. **The Access of Individuals to International Justice**. New York: Oxford University Press, 2011. p 34, “Contrary to what sceptics used to predict, in a relatively short time all the States Parties to the ECHR, in an unequivocal demonstration of maturity, became Parties also to Protocol n. 11, thus enabling also it to enter into force in 1998. This event represented a highly gratifying step to all those who labour in favour of the strengthening of the international protection of human rights. The individual is thus endowed, at last, with direct access to an international tribunal (*jus standi*), as a true subject – and with full legal capacity – of the international law of human rights.” Caçado Trindade, também na obra já mencionada aqui “International Law for Humankind”, dedica o capítulo 10 inteiro ao tema da benéfica abertura crescente do *jus standi* nas Cortes e Tribunais e demais sistemas de solução de controvérsias internacionais. TRINDADE, op. cit., 2010.

⁶¹⁵ Rever, nesse sentido, CONCIL DE L'EUROPE. Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 214. **Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales**. Strasbourg, 2.X.2013. Disponível em <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=214>. Acesso em 13 de outubro de 2023. E ainda artigo 47 da Convenção. COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Textes Officielles. **Convention européenne des droits de l'homme**. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_FRA. Acesso em 12 de outubro de 2023.

⁶¹⁶ Ibid., artigo 33 da Convenção.

indivíduos que se considere vítima de violação por qualquer Estado Membro dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos”^{617 618}.

Já a legitimidade passiva, como era de se esperar, corresponde aos Estados Membros. Nesse quesito, aponta-se a possibilidade de responsabilização de determinado Estado Membro por ato ou omissão de suas empresas públicas, quando demonstrada a dependência institucional e organizacional com relação àquele Estado. Nesta hipótese, aplica-se o mesmo entendimento sobre a legitimidade ativa de empresas públicas não vinculadas ao governo do Estado Membro, na condição de organização não-governamental⁶¹⁹. Um Estado Membro não poderá ser responsabilizado, entretanto, quando o ato violador a ele atribuído decorrer de decisão emanada de outra organização internacional da qual é parte. Não seria devida, portanto, a responsabilização de certo Estado Membro por ação ou omissão relacionada a resolução do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, ou ainda no curso de uma missão de paz⁶²⁰.

A importância do já comentado Protocolo nº 11 se demonstra na medida em que este jurisdicionaliza o sistema de proteção e permite o ingresso direto das vítimas à Corte. Essa jurisdicionalização total do processo de proteção, acompanhada pelo direito de qualquer indivíduo demandar contra os Estados Parte, entrou em vigor na Europa ao mesmo tempo em que ocorriam avanços substanciais no processo de unificação de alguns países, tais como a eliminação total de barreiras impositivas e a adoção de uma moeda única⁶²¹. A consequência dessa jurisdicionalização total do processo de proteção foi uma grande avalanche de casos a tal ponto que o Secretário Geral da Corte Europeia declarou a crise do sistema europeu de proteção na celebração dos trinta anos da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1999⁶²². Outro efeito deveras importante deste Protocolo é o fato dele tornar a jurisdição da

⁶¹⁷ Ibid., artigo 34 da Convenção.

⁶¹⁸ ARAUJO, BLÜCHER e STEFANI, op. cit, p. 295 comentam nesse sentido que as organizações não governamentais são definidas conforme uma análise residual, ou seja, toda pessoa jurídica que não for uma organização vinculada ao governo de um Estado Membro. Neste sentido, empresas públicas estão habilitadas a apresentar reclamações quando demonstrada a sua independência funcional e institucional em relação ao governo do Estado Membro, e não desempenhar poder governamental ou serviço público.

⁶¹⁹ Conforme entendimento consolidado em COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Case of Mutu and Pechstein v. Switzerland**. Applications nos. 40575/10 and 67474/10. Strasbourg, le 2 October 2018. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-186828%22%5D%7D>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

⁶²⁰ ARAUJO, BLÜCHER e STEFANI, op. cit, p. 309.

⁶²¹ Idem.

⁶²² BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Revista Estudos Avançados**. Vol.17, n.47, abril 2003, pp. 225-236, “Entretanto, a incorporação dos países do Este ao sistema europeu determinou grandes tensões como consequência da grande avalanche de casos, que passaram a ser apresentados, a tal ponto que o Secretário Geral da Corte Européia, falando por ocasião dos atos comemorativos dos trinta anos da Convenção Americana de Direitos Humanos, celebrados em novembro de 1999, em São José da Costa Rica, assinalou que o sistema europeu de proteção e defesa dos Direitos Humanos encontrava-se em crise. Em

Convenção vinculante em todos os Estados Parte⁶²³. Nesse sentido, elogiosamente Helfer aponta que “essa jurisdição dá às partes privadas acesso direto aos tribunais e cria um eleitorado para os seus julgamentos que está interessado e capaz de pressionar as instituições governamentais nacionais a prestarem atenção e cumprirem esses julgamentos⁶²⁴”.

Visualiza-se assim, claramente, como a Corte Europeia de Direitos Humanos se revela um importante instrumento de Direito Internacional na efetivação dos Direitos Humanos no continente europeu, podendo servir como parâmetro para o avanço na discussão e promoção da proteção de direitos principalmente no que se refere à legitimidade ativa e *jus standi* dos ANE.

3.1.2.4 Tribunal de Justiça da União Europeia

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) foi criado em 1952, por meio do Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Europeia de Carvão e Aço (CECA), e entrou em vigor em 26 de julho de 1952. O Tratado de Roma, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1958, instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE), bem como a estrutura atual do TJUE. A Corte é regulada pelos artigos 251 a 281 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE, também conhecido como Tratado de Lisboa) e pelo artigo 19 do Tratado da

verdade, já no seminário sobre o sistema interamericano de defesa e proteção dos Direitos Humanos, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos fez realizar em Washington, em 1996, os participantes europeus questionavam a sabedoria de reduzir-se a flexibilidade do sistema europeu para abri-lo a tensões, até então, ignoradas. Valorizavam altamente o sistema dos órgãos em nosso hemisfério, que permite um filtro de petições, que de outro modo perturbariam o melhor funcionamento do sistema”.

⁶²³ MADSEN, Mikael Rask. “Legal Diplomacy” - Law, Politics and the Genesis of Postwar European Human Rights. In: HOFFMANN, Stefan-Ludwig (Ed.). **Human Rights in the Twentieth Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 62-82. *Passim*, “Further weakening the basic framework of the system, the recommendations of the Commission were not in themselves legally binding and had to be accepted by a Committee of Ministers to gain effect; they were, thus, in principle, under the control of an inter-state political body rather than an independent legal body. The Commission could, however, also choose to bring the case before the Court, granted that the state in question had accepted the jurisdiction of the Court and that the case could not be settled by conciliation. Individuals had no option of bringing a case before the Court, whilst states could choose to bring a case before the Court. [...] The case of the United Kingdom is exemplary in this regard. As noted, the United Kingdom accepted the individual petition and the jurisdiction of the Court only in 1966 against the backdrop of a very limited jurisprudence. However, the relevant actors had a ‘feeling’ that these institutions had already developed a sound understanding of what could – and should – be implied by the notion of European human rights. [...] It should be underlined that of the first eight declarations of acceptance of the jurisdiction of the Court, seven were limited to a time period and, thus, up for renewal. Austria, Denmark, the Federal Republic of Germany, Iceland and Luxembourg had specified this period to be three years; Belgium and the Netherlands initially accepted the jurisdiction for five years”.

⁶²⁴ HELFER, Laurence R. Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime. **The European Journal of International Law** Vol. 19 no. 1, 2008, p. 132.

União Europeia (TUE, também conhecido como Tratado de Maastricht). Ele possui sua sede em Luxemburgo e os Estados submetidos à sua jurisdição são os 27 (vinte e sete) Estados-Membros da União Europeia⁶²⁵.

Na estrutura do TJUE, observa-se a formação de dois órgãos com regulamentos próprios: o Tribunal de Justiça propriamente dito e o Tribunal Geral. Ele também possui duas Secretarias, cada uma vinculada a um dos Tribunais. O Tribunal de Justiça propriamente dito conta com 27 juízes e 11 advogados gerais, já o Tribunal Geral possui 55 juízes; ambos contam com cerca de 2.254 funcionários com as mais variadas atribuições⁶²⁶.

O TJUE é custeado pelos Estados-Membros da União Europeia e a contribuição de cada um para o orçamento da UE é calculada de forma equitativa, de acordo com o rendimento de cada país. De acordo com o artigo 20(4) do RPTJ (Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça⁶²⁷), o Secretário é o responsável pela preparação e execução do orçamento do TJUE e compete ao Tribunal de Contas da União Europeia a fiscalização dos gastos do TJUE, bem como acerca do cumprimento do orçamento⁶²⁸.

Em ambos os Tribunais, há uma fase oral e uma escrita elencados no artigo 20 do Estatuto, sendo o processo iniciado por uma petição escrita de um advogado ou agente dirigida à Secretaria do tribunal ao qual deseja-se litigar.

Conforme disposto no artigo 263 (2) do TFUE, o Tribunal é “competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder”⁶²⁹. Assim sendo, será atribuição do Tribunal de Justiça conhecer recursos entre as instituições da UE e/ou interpostos pelos Estados-Membros contra o Conselho e/ou

⁶²⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Princípios, países, história**. Perfis dos países. Disponível em https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt. Acesso em 12 de outubro de 2023.

⁶²⁶ EUROPEAN UNION. Court of Justice of Europe Union. Institution. **The Court in Figures**. Disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_80908/en/. Acesso em 12 de outubro de 2023.

⁶²⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Tribunal de Justiça. **Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça**. Versão consolidada do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça de 25 de setembro de 2012. Disponível em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_pt.pdf. Acesso em 13 de outubro de 2023. Em artigo 20(4) do RPTJ, “O secretário dirige os serviços da instituição, sob a autoridade do presidente do Tribunal. É responsável pela gestão do pessoal e pela administração, bem como pela preparação e a execução do orçamento”.

⁶²⁸ Scofield e Amorim apontam que, não obstante, dentro do TJUE há ainda um departamento que realiza o controle dos seus gastos: o *Directorate for the Budget and Financial Affairs*. Haveria, assim, uma fiscalização tanto interna quanto externa. SCOFIELD, Ana Clara Balda e AMORIM, André Ricci de. Tribunal de Justiça da União Europeia. In: In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022, p. 63.

⁶²⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Tribunal de Justiça. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Jornal Oficial da União Europeia, C 202, 7 de junho de 2016. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

Parlamento Europeu. Por sua vez, cabe a análise, em primeira instância, ao Tribunal Geral dos recursos interpostos por particulares e/ou por um Estado-Membro contra a Comissão. Se o Tribunal Geral considerar que não é competente para a apreciação de uma ação ou recurso, mas sim o Tribunal de Justiça, remete-lhe o respectivo processo e vice-versa (artigo 54.2 do ETJUE - Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia⁶³⁰). O último Tribunal pode ainda atuar como segunda instância para analisar decisões proferidas pelo Tribunal Geral em sede de recurso, limitando-se às questões de direito, dos acórdãos e despachos.

Ambos os Tribunais são constituídos por seções que funcionam em formação de 3 ou 5 juízes (artigo 13.1 do RPTG e artigo 16 do ETJUE), podendo os litígios ser apreciados pelo juiz singular quando não houver dificuldade das questões jurídicas ou de fato suscitadas, quando for reduzida a importância do processo e não houver outras circunstâncias especiais (artigo 14 em consonância com o artigo 29, ambos do RPTG). Sempre que a complexidade jurídica, importância ou circunstâncias do processo o justificarem, este poderá ser remetido à Grande Seção, composta por 15 juízes ou ainda quando um Estado-Membro ou instituição comunitária que seja parte o solicite (artigo 60 do RPTJ).

Para além da competência contenciosa, o TJUE pode exercer competência consultiva na hipótese em que se pretende fiscalizar preventivamente se existe compatibilidade entre as normas da UE e um projeto de acordo a ser celebrado entre a União Europeia e Estados terceiros. A legitimidade para requerer a consulta é dos Estados-Membros, do Parlamento Europeu, do Conselho ou da Comissão, cuja previsão vem consubstanciada no artigo 218 (11) do TFUE. Existe também um dever de notificação entre todos os legitimados (se a consulta é apresentada pela Comissão, deve haver notificação aos Estados-Membros, ao Parlamento e ao Conselho, por exemplo). Embora essa consulta receba o nome de parecer, o seu conteúdo possui efeitos vinculantes e, em caso de parecer negativo, o tratado estaria impedido de entrar em vigor por incompatibilidade com as normas internas da União Europeia⁶³¹.

Os juízes de ambos os tribunais são nomeados de comum acordo pelos governos dos Estados-Membros após a consulta ao Comitê (artigos 253 a 255 do TFUE) criado em 1º de março de 2010, especialmente para verificar a adequação dos candidatos ao exercício de suas funções, sejam elas de juízes ou advogados-gerais, antes dos governos dos Estados-Membros procederem à sua nomeação. Ele é composto por 7 membros, escolhidos entre antigos membros do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, membros dos tribunais superiores

⁶³⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Tribunal de Justiça. **Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia**. Disponível https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/pt/. Acesso em 13 de outubro de 2023.

⁶³¹ SCOFIELD e AMORIM, op. cit., p. 67.

nacionais e juristas de reconhecida competência, sendo um deles indicado pelo Parlamento Europeu e os demais, pelo Conselho. Seus membros possuem um mandato de 4 (anos), podendo ser reconduzidos, nos termos do artigo 3º das Regras Operacionais do Comitê, anexas à Decisão do Conselho de 25 de fevereiro de 2010, que estabelece as normas de funcionamento do Comitê⁶³².

O mandato tanto dos juízes quanto dos advogados-gerais de ambos os tribunais é de 6 anos, ocorrendo a substituição parcial de ambos a cada 3 anos (artigo 253.1 e 2 do TFUE, além do artigo 254.2 do TFUE). Entretanto, as normas comunitárias que regulam o TJUE, tais como o ETJUE, o RPTJ e o RPTG são silentes sobre o tema da possibilidade de prorrogação do mandato para completar julgamento.

Como todos os outros sistemas analisados até agora, o TJUE pode atuar em natureza consultiva. A legitimidade para solicitar um parecer, como dissemos acima, é dos Estados-Membros, do Parlamento Europeu, do Conselho ou da Comissão, nos termos do artigo 218 (11) do TFUE. A questão da legitimidade ativa em natureza contenciosa é complexa e pode mudar a partir do tipo de ação, a saber: por incumprimento, anulação, exceção de ilegalidade e controle das omissões. Em alguns casos, o Estado perderia sua legitimidade em ajuizar ações às organizações intergovernamentais. Passaremos às hipóteses.

Nas ações de incumprimento, ou seja, em que um Estado-Membro desconsidere o direito da UE ou aplique-o de forma inconsistente, a legitimidade processual ativa é assegurada à Comissão e aos Estados (conforme esposado nos artigos 258 e 259 do TFUE) ou ainda ao Conselhos do Banco Europeu de Investimento ou do Banco Central Europeu, caso as obrigações sejam decorrentes dos respectivos tratados (artigo 271 do TFUE).

Por sua vez, nas ações de anulação, visa-se impugnar atos praticados pelas instituições e órgãos da UE e, portanto, a legitimidade ativa total será dos Estados-Membros, do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão (artigo 263.2 do TFUE). A legitimidade ativa parcial poderá ser do Tribunal de Contas, BCE e Comitê das Regiões apenas para defender suas respectivas prerrogativas (artigo 263.3 do TFUE) sendo, por fim, restrita aos particulares (pessoa física ou jurídica) que tenham sido afetados direta e individualmente por ato regulamentar (artigo 263.4 e 5 do TFUE).

⁶³² EUROPEAN UNION. The Council of The European Union. **Decision of 25 February 2010**, relating to the operating rules of the panel provided for in Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union (2010/124/EU). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0124&qid=1515579400225&from=EN>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

As ações de exceção de ilegalidade são devidas se transcorrido o prazo supracitado, prevista no artigo 277 do TFUE. Sua legitimidade ativa é assegurada aos Estados-Membros, instituições/órgãos da UE e particulares, com intenção de não aplicação de determinado dispositivo, com efeito *inter partes*.

Por fim, a ação de controle de omissões será cabível quando instituições/órgãos da UE se abstiverem de se pronunciar sobre assunto quando deveriam fazê-lo em virtude de Tratado. Nessa hipótese, estariam legitimados os Estados-Membros e as instituições da UE (artigo 265.1 do TFUE), mas também os particulares para acusar uma das instituições, órgãos ou organismos da União de não lhe ter dirigido um ato que não seja recomendação ou parecer (artigo 265.3 do TFUE).

Diferentemente das Cortes que vimos anteriormente, as normas comunitárias são silentes quanto à figura do *amicus curiae*. Mesmo sem especificar essa figura, em contrapartida, o artigo 40 do ETJUE prevê que tanto os Estados-Membros quanto os órgãos, organismos e instituições da União Europeia bem como particulares podem intervir nas causas submetidas ao TJUE, desde que demonstrem interesse na resolução da causa submetida ao tribunal. Eles apenas seriam proibidos de intervir nos litígios entre Estados-Membros, entre instituições da União Europeia ou ainda Estados-Membros e instituições comunitárias⁶³³. Os artigos 142 e 129 do RPTG e RPTJ, respectivamente, preceituam que essa intervenção somente terá o intuito de apoiar, no todo ou parte, os pedidos de uma das partes, não conferindo os mesmos direitos processuais que os atribuídos às partes, como o de pedir a realização de uma audiência. Assim, a intervenção pode ocorrer em qualquer momento do processo, sendo acessória ao litígio principal. Interessante e contrário à lógica dos artigos anteriores é o fato de que, nos termos do artigo 42 do ETJUE, os intervenientes supracitados podem impugnar os acórdãos proferidos em processos nos quais não tenham sido chamados a intervir, mediante recurso de oposição de terceiro, caso entendam que os seus direitos foram prejudicados.

A legitimidade passiva referente aos processos da TJUE, tal como no caso da legitimidade ativa, varia conforme o caso; por essa razão, passa-se à discussão pontual dividida por ação que, lembrando, dividem-se em ação por incumprimento, anulação, exceção de ilegalidade e controle das omissões.

Nas ações de incumprimento, o Estado-Membro que descumpriu obrigação proveniente de tratado será o sujeito passivo respondendo como sujeito unitário, nos termos do artigo 258 (2) do TFUE. Nas ações de anulação, têm legitimidade passiva as

⁶³³ SCOFIELD e AMORIM, op. cit., pp. 74 e 75.

instituições/órgãos autores do ato impugnado, tais como do Conselho, da Comissão, do BCE e do Parlamento Europeu (artigo 263 do TFUE). Nas ações de exceção de ilegalidade, têm legitimidade passiva uma instituição, um órgão ou um organismo da UE, cuja previsão é albergada no artigo 277 do TFUE. Por fim, na ação de controle de omissões, o sujeito passivo será o Parlamento Europeu, o Conselho, a Comissão, o BCE ou os órgãos/organismos da UE, conforme artigo 265 (1) do TFUE, podendo responder de forma isolada ou conjunta (litisconsórcio passivo). Pontua-se, por fim, que na legitimidade passiva, tal como na ativa, podem constar como parte organizações intergovernamentais.

Scofield e Amorim comentam que a principal função da jurisdição da UE consiste na interpretação e aplicação do respetivo direito primário e secundário, assegurando a respetiva primazia e garantindo a uniformização da sua aplicação, isto é, o reenvio prejudicial, de competência exclusiva do Tribunal de Justiça⁶³⁴. Eles comentam nesse sentido existirem dois princípios basilares do direito comunitário, o efeito direto e a primazia. Haveria um entendimento firmado de que quando as normas comunitárias forem suficientemente claras, precisas e incondicionais, devem gozar de efeito direto e, portanto, não precisam ser internalizadas no ordenamento jurídico dos Estados-Membros da União Europeia para que produzam efeitos ou que os seus nacionais pleiteiem o *enforcement* dos direitos delas derivados frente às cortes domésticas⁶³⁵. Por meio da primazia, havendo conflito entre a legislação comunitária e a legislação de um Estado-Membro da União Europeia, independentemente de sua natureza, o direito comunitário deve prevalecer e tal norma doméstica não mais deverá ser aplicada no Estado em questão; esse direito não pode ser derogado ou modificado pela legislação nacional de seus Estados-Membros.

Observações interessantes podem ser feitas se refletirmos no diálogo judicial possível com a CEDH. Krommendijk comenta que, ao longo do tempo, o acervo decisório da CEDH passou a ser percebido não apenas como fonte persuasiva; a postura do TJUE seria tratar a interpretação da CEDH como se esta fosse dotada da mesma força vinculante e como se a Corte fizesse parte da sua própria jurisprudência⁶³⁶. Ainda assim, cabe destacar que a União Europeia não será legalmente vinculada à Convenção até a sua adesão ao Conselho da Europa, uma vez que a Convenção não faz parte do direito comunitário⁶³⁷. De forma geral, a doutrina entende ainda que há diversas inconsistências e uma ausência de metodologia na

⁶³⁴ SCOFIELD e AMORIM, op. cit., p. 77.

⁶³⁵ Idem.

⁶³⁶ KROMMENDIJK, Jasper. The use of ECtHR Case Law by the CJEU after Lisbon: the view of the Luxembourg insiders. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Volume 22, issue 6, 2015, p. 9.

⁶³⁷ SCOFIELD e AMORIM, op. cit., pp. 79 e seguintes.

aplicação pelo TJUE do acervo decisório da CEDH.⁶³⁸ Ressalta-se ainda que há casos em que as referidas Cortes proferem decisões incongruentes sobre o mesmo tema. Não obstante, elas estão caminhando para um alinhamento de suas jurisprudências havendo mesmo citações por parte do TJUE de casos apreciados pela CEDH e vice-versa, aumentando a sua legitimidade, bem como o impacto normativo em seus Estados-Membros⁶³⁹.

Esse diálogo, entretanto, não ocorreria em ambos os sentidos. Voeten comenta que é mais comum que o TJUE utilize precedentes da CEDH para embasar seus acórdãos do que o oposto, levando-se ainda em consideração que todos os Estados-Membros da União Europeia são Partes Contratantes do Conselho da Europa, mas o contrário não ocorre. Destaca-se ainda que o acervo decisório da CEDH é o mais citado pelo TJUE em comparação com a Corte Internacional de Justiça e a Organização Mundial de Comércio⁶⁴⁰.

Nesse sentido, o próprio ex-Presidente do TJUE comenta a importância que a União Europeia passe a fazer parte da CEDH, uma vez que: “esses dois sistemas de proteção, que se sobrepõem, além disso, aos sistemas nacionais, são complementares em termos de função e

⁶³⁸ KROMMENDIJK, op. cit., p. 14, “Several scholars have criticised the inconsistencies and the apparent absence of a method and explanation in the reliance on the case law of the ECtHR by the CJEU. Douglas-Scott, for example, labeled the practice as ‘messy, unpredictable and complex’, while De Búrca pointed to the ‘increasingly selective’ use of Strasbourg and the ‘detached, autonomous and potentially uninformed case law’ of the CJEU with respect to fundamental right. Similar observations have been put forward with respect to the CJEU’s reliance on its own case law. Several interviews agreed with the absence of a uniform practice, which was considered inherent in any institution where human beings work. Interviewees confirmed that there is no general orientation, decision or plan within the CJEU on how to deal with the case law of the ECtHR. Rather, a step-by-step or spontaneous approach applies. The attention that is being paid to a legal source, including the case law of the ECtHR, also”.

⁶³⁹ SCHEECK, Laurent. Competition, Conflict and Cooperation between European Courts and the Diplomacy of Supranational Judicial Networks. **Institut d’Etudes Européennes - Université Libre de Bruxelles**, Working Paper: No 23/07, August 2007, p. 12. Disponível em

<https://warwick.ac.uk/fac/soc/pais/research/researchcentres/csgr/garnet/workingpapers/2307.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2023. Em páginas 11 e 12, “Whereas Luxembourg sometimes gave the impression of snatching the ECHR away from the ECtHR (see opinion 2/94 or the Senator Lines case), its current use of the ECHR’s case law looks more like a tribute to the ECtHR’s work, than a vampiric appropriation likely to cause Strasbourg’s demise. Given its authority with regard to national courts, the ECJ’s recent approach has a legitimizing effect on Strasbourg’s activities with regard to the protection of fundamental rights. Although the ECJ does not, or cannot, go so far as to feel bound by the ECHR, references to this instrument have been increasing dramatically over the last ten years. References to ECHR articles and case law are now quite commonplace in Luxembourg and the judges are much less cautious than they were a couple of years ago”.

⁶⁴⁰ VOETEN, Erik. Borrowing and Nonborrowing among International Courts. **The Journal of Legal Studies**. Vol. 39, 2010, p. 565. “For example, all European Union member states have accepted the compulsory jurisdiction of the ECtHR. There are implicit and perhaps even explicit chains of delegation that allow the ECJ to follow ECtHR precedent, explicitly following the Nice Charter. The reverse is, of course, not necessarily so given that twenty countries that are subject to the ECtHR’s jurisdiction are non-EU members. So, the ECtHR should be more careful in citing the ECJ than vice-versa. Moreover, the ECJ should increase its reliance on ECtHR case-law following the Nice Charter. A similar situation exists in the area of trade, where several regional dispute settlement mechanisms interpret treaty provisions that are similar to the WTO, raising opportunities for forum shopping”.

interdependentes em termos dos seus poderes normativos”⁶⁴¹. Ao tornar-se parte do Conselho da Europa, a União Europeia possibilitará uma maior consistência na proteção dos direitos fundamentais no continente europeu, podendo inclusive participar dos processos quando envolverem direito comunitário.

Além da CEDH, o TJUE dialoga com o acervo decisório de outro sistema do qual é membro: a OMC⁶⁴². Tendo em vista que a União Europeia é membro da Organização Mundial do Comércio, o TJUE já se pronunciou algumas vezes em relação às normas e decisões dessa organização no efeito, recepção e aplicação das normas da OMC no ordenamento jurídico comunitário. A recíproca, entretanto, não é a mesma, visto que a OMC considera a jurisprudência do TJUE como parte do *acquis* da União Europeia, concedendo-lhe efeitos jurídicos similares. Essa negação de efeito direto às normas elaboradas pela OMC não diminui sua importância para o sistema jurídico da UE, mas apenas que elas serão pautadas pelo princípio da interpretação consistente.

Outro órgão internacional com poder decisório com o qual o TJUE demonstra um alto grau de deferência é Corte Internacional de Justiça, tais como em casos envolvendo o direito internacional do mar e dos tratados, mitigando, portanto, o risco da fragmentação do direito internacional⁶⁴³.

⁶⁴¹ CALLEWAERT, Johan. **The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights**. Council of Europe Publishing. Strasbourg. 2014, p. 13. Disponível em <https://johan-callewaert.eu/wp-content/uploads/2015/05/eu-accession.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2023. No complete no original, “The Convention system and the European Union were both founded in the aftermath of the Second World War. For a long time, they developed independently of each other. It was only gradually, as the European Union extended its competences, that its actions acquired the potential to affect, and indeed infringe, fundamental rights, with the result that EU law set about organizing their protection, mainly through the case law of the CJEU. In most areas, the protection afforded to fundamental rights by EU law has reached a level such that the Court has felt able to describe it as being equivalent to that of the Convention. Sometimes it even surpasses it. The Convention system, for its part, has seen tremendous growth, with over 60 years of case law and over 15 000 judgments delivered by the Court. Over the course of this process, the mutual influences between the Convention and EU law have grown, with the result that the two systems now rely extensively on each other, a shining illustration of this in EU law being Article 52, paragraph 3, of the Charter. As noted by CJEU President V. Skouris, ‘[t]hese two systems of protection, which are superimposed moreover on the national systems, are complementary in function and interdependent in terms of their rule-making powers’. Unlike all its member states, however, the European Union is not yet part of the Convention system. It may therefore be described as the missing link. This is an anomaly which should long since have been rectified. So the situation today is that we have two legal systems which function as major sources of fundamental rights in Europe but whose interrelations have not yet been given a legal structure despite the fact that their spheres of competence increasingly overlap, which is a source of dysfunction and jeopardizes legal certainty. The purpose of the European Union’s accession to the Convention is precisely to provide the missing structural elements by regulating relations between the Convention and the European Union *mutatis mutandis* on the model of the relations between the Convention and states. This will make it possible to achieve four different but complementary aims”.

⁶⁴² SCOFIELD e AMORIM, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁴³ KASSOTI, E. Fragmentation and Inter-Judicial Dialogue: the CJEU and the ICJ at the Interface. **European Journal of Legal Studies**. Vol. 8, n. 2, 2015, p. 37. “A survey of the ever-burgeoning CJEU jurisprudence reveals that the EU courts, when faced with questions of international law, show a high degree of deference to the case-law of the ICJ and use it as an authoritative interpretation of international norms that are of relevance to

Scofield e Amorim comentam que na década de 1960, quando o TJUE estabeleceu a primazia e o efeito direto por meio de seu acervo decisório, a União Europeia ainda estava em expansão, sem um grande movimento para a adesão de novos Estados-Membros, nem mesmo dos Estados Candidatos e Potenciais Estados Candidatos e, ainda que o TJUE tenda a privilegiar o interesse comunitário como um todo, pode haver casos em que haverá uma maior deferência às práticas, políticas e interesses nacionais de seus Estados-Membros⁶⁴⁴. No que concernem os ANE, de qualquer maneira, evidencia-se que, em virtude de sua competência e julgamentos serem voltados para além do Estado, incluindo diversas organizações intergovernamentais, esse sistema é um dos que mais acolhe os ANE desse tipo já que aqui eles não serão apenas participantes do processo e sim partes legítimas. A mesma lógica poderia ser aplicada para o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul⁶⁴⁵ e o Órgão de Solução de Diferenças da OMC⁶⁴⁶, razão pela qual os mesmos não serão abordados neste trabalho.

3.1.2.5 Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos

Pereira e Silva apontam que o estudo do Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos (TADHP), também chamada de Corte Africana de Direitos Humanos, revela-se como um desafio linguístico, cultural, histórico e político. Elas comentam que além das dificuldades do acesso ao material, a Corte insere-se em uma região e contexto que exigem do pesquisador o estudo da sua história e da União Africana antes de dedicar-se ao estudo da Corte em si. Importaria frisar, nesse sentido, que a descolonização tardia dos Estados Africanos os deixaram inicialmente reticentes a quaisquer Tratados Internacionais e restrição por parte de Cortes à sua soberania e à não interferência nos assuntos internos. A criação da Corte

their work. This is especially the case when they are faced with questions of customary international law – chiefly relating to international law of the sea and to international treaty law”.

⁶⁴⁴ SCOFIELD e AMORIM, op. cit., p. 94.

⁶⁴⁵ Nesse sentido, ver BARRETO, Caio César Ovelheiro Menna e OLIVEIRA, Leonardo Vieira de. Tribunal Permanente de Revisão do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

⁶⁴⁶ Nesse sentido, ver SILVA, Fabiane da Costa Gaspar e HUANG, Juliana. Organização Mundial do Comércio. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

Africana, nesse interim, foi resultado da pressão interna e internacional em adaptar-se ao sistema internacional de direitos humanos⁶⁴⁷.

A ideia de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos já era pensada desde os trabalhos preparatórios do Ato Constitutivo da Organização da Unidade Africana (OUA), em 1961. A ideia não seguiu adiante na altura porque poucos Estados africanos haviam alcançado sua independência. Os países africanos lutaram duramente contra os colonizadores buscando libertar-se do jugo destes. Por isso que, na altura, a criação de uma Corte Africana de Direitos Humanos não era prioridade para os Estados africanos. Não foi criada a Corte, mas foi criada a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que por sua vez instituiu a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. A Comissão Africana representou um grande avanço na tutela de direitos humanos no continente, ao fornecer aos indivíduos um mecanismo de proteção contra o Estado violador. Todavia, a efetividade de sua atuação foi muito prejudicada pela morosidade de seus procedimentos, que duram, no mínimo, três sessões ordinárias, até a solução definitiva. Além disso, as recomendações da Comissão careciam de força imperativa e não tinham prazo para adimplemento, o que incentivava seu descumprimento pelos Estados.⁶⁴⁸

O TADHP ou também chamada a Corte Africana de Direitos Humanos⁶⁴⁹ foi criada em 2004, porém o debate entorno de sua criação remonta a década de 1960, a partir dos trabalhos preparatórios do Ato Constitutivo da Organização da Unidade Africana (OUA). A OUA é a primeira organização continental da África fundada pós-independência, em 1963 e tem como principais objetivos fortalecer o processo de descolonização e erradicação do *apartheid* a fim de promover a unidade e solidariedade entre os Estados e promover a cooperação internacional com base na Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em 2002, a OUA foi sucedida pela União Africana (UA) e atualmente é composta por 55 Estados-membros. A decisão de relançamento foi resultado de consenso dos líderes dos países africanos para redirecionar os objetivos da organização, que antes estavam centrados na descolonização e erradicação do *apartheid*, para uma maior cooperação e integração dos Estados africanos com a finalidade de crescimento e desenvolvimento da região⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ PEREIRA, Adalgisa Gizela Barroso e SILVA, Raquel Guerra e. Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022, p. 313.

⁶⁴⁸ ROCHA, Júlio Cesar de Sá da e BACIAO, Domingos Nhambocha Hale. O Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos: Uma Análise Crítica. **Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**. v. 3, n. 1, 2020, p. 17.

⁶⁴⁹ Pereira e Silva decidem que, apesar do nome oficial ser Tribunal, prefere-se adotar a nomenclatura de Corte Africana de Direitos Humanos em razão da sua natureza de Corte. Neste trabalho, considerando a nomenclatura dos idiomas originais “court” no inglês e francês, assim como a já referida diferenciação entre Tribunais e Cortes em VASCONCELOS e LEGALE, op. cit., concorda-se com a lógica utilizada pelas autoras. PEREIRA e SILVA, op. cit., p. 313.

⁶⁵⁰ UNION AFRICAINE. Qui sommes nous. **L’UA en bref**. Disponível em <https://au.int/fr/appercu>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

O trabalho da UA é implementado através de vários órgãos principais de tomada de decisão como a Assembleia de Chefes de Estado e de Governo, o Conselho Executivo, o Comitê de Representantes Permanentes, os Comitês Técnicos Especializados, o Conselho de Paz e Segurança e a Comissão da União Africana. A estrutura da UA promove a participação dos cidadãos africanos e da sociedade civil através do Parlamento Pan-Africano e do Conselho Econômico, Social e Cultural. Os órgãos que lidam com questões jurídicas são a Comissão da UA sobre Direito Internacional, o Conselho Consultivo sobre Corrupção da UA (AUABC) e o Comitê Africano de Peritos sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança⁶⁵¹.

Na União Africana a função judicial em matéria de direitos humanos é exercida pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), bem como pelo Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos.⁶⁵² A CADHP foi criada como resposta à pressão para a criação de mecanismo de proteção de direitos humanos no continente e elaborou, em 1979, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos⁶⁵³ que entrou em vigor 21 de outubro de 1986 estabelecendo a Comissão de Direitos Humanos como órgão não-jurisdicional para promover os direitos humanos nela consagrados. Entretanto, nesta Carta não se dispôs sobre a criação de um órgão jurisdicional⁶⁵⁴, a Corte foi criada a partir de um Protocolo à Carta adotado em 1998, que só entra em vigor em 2004⁶⁵⁵.

Assim sendo, em 2004, com base no artigo 1 do Protocolo da Carta Africana, a Corte é constituída para exercer a competência consultiva e contenciosa nos casos relacionados à Carta Africana e ao Protocolo, bem como outros instrumentos relacionados à matéria de direitos humanos que tenham sido ratificados pelo Estado da querela em causa. A Corte Africana inicia suas atividades em Adis Abeba (Etiópia), mas em 2007 é transferida para sua sede permanente em Arusha (Tanzânia). Ao todo, trinta e quatro Estados ratificaram o

⁶⁵¹ AFRICAN UNION. **Overview**. Disponível em: <https://au.int/en/overview>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

⁶⁵² Ibid.

⁶⁵³ ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos** (Carta de Banjul). Adotada na Assembleia de Chefes de Estado e Governo, Nairobi, Quênia, em 27 de junho de 1981.

⁶⁵⁴ PEREIRA e SILVA, op. cit., p. 314. “A ideia da criação de uma Corte não era apoiada pelos Estados Africanos em razão da preocupação pelo princípio da soberania e não interferência nos assuntos internos, desde a sua independência. Contudo, as graves violações de direitos humanos vivenciadas no continente africano durante as décadas de 80 e 90 aumentaram a pressão interna e internacional para a criação de um órgão jurisdicional regional, no caso a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Como resultado, a Assembleia de Chefes de Estado e Governo da OUA cederam à pressão e solicitaram ao Secretário Geral da OUA a convocação para reforçar a Comissão e criar a Corte Africana. Desta forma, o Secretário Geral convocou a elaboração de um Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (também chamado Protocolo à Carta), sendo os primeiros esboços elaborados em 1995”.

⁶⁵⁵ Idem. “Um dos motivos para o atraso se deve a exigência do Protocolo à Carta de um número mínimo de quinze (15) ratificações para entrar em vigência. Outra razão se deve ao fato de que o Protocolo também estabelecia a criação de um novo órgão judicial no seu ato constitutivo: A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.”.

Protocolo à Carta e são membros da Corte Africana dentre os cinquenta e quatro países que assinaram a Carta. O Marrocos, apesar de fazer parte da União Africana, não assinou a Carta e tampouco seu Protocolo, apesar de comprometer-se a respeitar os direitos ali descritos⁶⁵⁶. Entretanto, apenas 8 Estados aceitaram o acesso direto à jurisdição da Corte por indivíduos e ONGs conferido pelo artigo 34⁶⁵⁷.

A Corte Africana tem jurisdição com relação à interpretação e aplicação da Carta Africana de Direitos Humanos, e dos Povos, do Protocolo à Carta e também sobre qualquer outro instrumento relevante ratificado pelo Estado parte⁶⁵⁸. Em outras palavras, a jurisdição da Corte é restrita para analisar casos de violações de direitos humanos na região africana⁶⁵⁹. A Corte não possui Estatutos, porém possui Diretivas para as ações (*Practice Directions to Guide Potential Litigants*) e teve ao todo três Regimentos (*Rules of the court*). O primeiro foi um regimento de procedimento provisório de 2008, o segundo, o Regimento que esteve em vigência de junho de 2010 a setembro de 2020 e, por fim, o terceiro Regimento, que inclui a todos anteriores em vigor em 25 de setembro de 2020⁶⁶⁰.

A Corte Africana possui uma Secretaria, ou também chamada de Registro, conforme o disposto no artigo 24 do Protocolo à Carta e a regra 16 do atual Regimento Interno da Corte⁶⁶¹. No total, a Corte conta com onze juízes Corte⁶⁶², dois membros da Secretaria e com outros oficiais jurídicos da Secretaria e intérpretes⁶⁶³.

A contribuição é realizada por Estados Membros e Parceiros Internacionais⁶⁶⁴ e o orçamento é do tipo exógeno, estabelecido anualmente pela Assembleia da Geral da UA, com base na proposta elaborada pelo Secretário do Tribunal.

⁶⁵⁶ AFRICAN UNION. African Court. **Basic Information**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/basic-information/#ratification>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

⁶⁵⁷ Idem, “only eight (8) States have accepted the competence of the Court according to its Art. 34 (6), according to which individuals and NGOs can directly file cases to the African Court. In the absence of such a Declaration, the application must be submitted to the Banjul Commission first, which may then – after preliminary examination – decide to refer the case to the Court”.

⁶⁵⁸ Idem.

⁶⁵⁹ PEREIRA e SILVA, op. cit., p. 317.

⁶⁶⁰ AFRICAN UNION. African Court. **Basic Documents**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/documents>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

⁶⁶¹ AFRICAN UNION. African Court. **Office of the Registrar**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/office-of-the-registrar/>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

⁶⁶² AFRICAN UNION. African Court. **Current Judges**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/current-judges/>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

⁶⁶³ UNION AFRICAINE. Cour africaine des droits de l’homme et des peuples. **Règlement intérieur (le Règlement)**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/documents/>. Acesso em 13 de outubro de 2023. Os pontos que abordamos encontram-se especificamente no capítulo 3, “la Greffe”.

⁶⁶⁴ PEREIRA e SILVA, op.cit., p. 319 apontam que a respeito do financiamento há uma curiosidade em relação a grande diferença de porcentagem que os Estados membros e da relevante contribuição de parceiros internacionais externos ao continente africano (cerca de 71% do orçamento seria proveniente de doadores externos tais como a União Europeia).

De maneira geral, o Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos e dos Povos, como comentamos no início deste tópico, é composto por dois órgãos: a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. A Comissão é um órgão quase-judicial, estabelecida em 1986 pela Carta Africana, destinada a promover os direitos humanos e dos povos e assegurar a respectiva proteção na África⁶⁶⁵. Importante ressaltar que entre 1987 até 2016, ano que a Corte entrou em vigor, a Comissão foi o único órgão de proteção de direitos humanos da União Africana⁶⁶⁶. Com esse fim, a Carta estabeleceu uma ampla competência à Comissão para: fazer estudos e pesquisas sobre direitos humanos na África; encorajar as organizações nacionais e locais a darem pareceres ou fazer recomendações aos governos; formular e elaborar princípios e regras que sirvam de base a governos para resolver problemas jurídicos com relação a direitos humanos; cooperar com instituições africanas e internacionais na promoção e proteção de direitos humanos e dos povos; assegurar a proteção de direitos humanos da Carta; e interpretar a Carta a pedido de um Estado parte, ou de uma instituição da UA ou de uma organização africana reconhecida pela UA (artigo 45 da Carta Africana).

Além da Comissão, em 1998 o Protocolo à Carta Africana estabeleceu a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos como órgão judicial complementar ao mandato de proteção da Comissão. Ela tem como missão fortalecer a proteção do sistema de direitos humanos na África e garantir o respeito e cumprimento da Carta Africana, assim como outros instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos, através de decisões judiciais e opiniões consultivas⁶⁶⁷. Como supramencionado, o Protocolo à Carta Africana em seu artigo 34 (6) exige que os Estados depositem uma especial declaração de acesso direto à jurisdição da Corte por indivíduos e ONGs e, em virtude da débil quantidade de Estados que o fizeram, a Corte não pode exercer jurisdição sobre os casos de indivíduos e ONGs da maioria dos

⁶⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos** (Carta de Banjul). Adotada na Assembleia de Chefes de Estado e Governo, Nairobi, Quênia, em 27 de junho de 1981. Em artigo 30 da Carta: É criada junto à Organização da Unidade Africana uma Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, doravante denominada “a Comissão”, encarregada de promover os direitos humanos e dos povos e de assegurar a respectiva proteção na África.

⁶⁶⁶ PEREIRA E SILVA, op. cit, p. 319.

⁶⁶⁷ Artigos 2, 3 e 4 do Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. **Protocolo relativo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Burkina Faso, 1998. Disponível em https://au.int/sites/default/files/treaties/36393-treaty-0019_-_protocol_to_the_african_charter_on_human_and_peoplesrights_on_the_establishment_of_an_african_court_on_human_and_peoples_rights_p.pdf. Acesso em 13 de outubro de 2023.

Estados parte. A própria Corte reconhece que “não tem competência para receber casos de alegada violação de direitos humanos da grande maioria dos cidadãos da União”⁶⁶⁸.

A Corte Africana é o único órgão responsável pela análise de admissibilidade dos casos submetidos à sua jurisdição. Além dessa atividade, o artigo 2º do Protocolo afirma que o órgão judicial servirá para complementar a atuação da Comissão. A jurisdição da Corte Africana é obrigatória para petições apresentadas pela Comissão, por organizações intergovernamentais africanas e pelos Estados Membros, sejam os Estados autores ou acusados. A jurisdição é facultativa nos casos de petições apresentadas por ONGs e indivíduos, dependendo de autorização expressa e avulsa do Estado, previsto nos artigos 5º, parágrafo 3º, e 34, parágrafo 6º, do Protocolo. Além dessas funções, a Comissão pode acionar a Corte tanto após a decisão de mérito quanto antes de ser esgotada a instância quase-judicial (para investigar a violação e produzir um relatório dos fatos da causa).

O acesso à Corte Africana pode ser direto (jurisdição obrigatória) ou indireto (jurisdição facultativa) através da Comissão Africana, Estados parte do Protocolo, organizações intergovernamentais africanas, ou ainda organizações não governamentais e indivíduos (nos casos em que os Estados tenham depositado a especial declaração que comentamos algumas vezes – vale destacar que essa é uma das principais críticas à Corte, porque limita a legitimidade ativa dos indivíduos e ONGs ao reconhecimento do Estado parte do Protocolo à Carta, bem como à referida declaração especial de jurisdição⁶⁶⁹). A jurisdição facultativa refere-se aos casos de indivíduos e ONGs de um Estado que não tenham depositado a especial declaração de reconhecimento da jurisdição da Corte, mas que, após submissão do caso à Comissão Africana de Direitos Humanos, a mesma valorou que a Corte deveria ocupar-se da querela. Nesses casos, a Comissão será configurada como parte Requerente da ação perante a Corte e deixará de estar na posse da denúncia (artigo 130 e 132 do Regulamento).

No que diz respeito às denúncias interestatais, via de regra, só é permitido à Comissão conhecer e examinar as denúncias após a tentativa prévia de resolução amigável entre os próprios estados. Após decorridos pelo menos três meses de tentativas infrutíferas é que o Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos terá competência para intervir. Nos casos

⁶⁶⁸ AFRICAN UNION. African Court. **Activity Report of the African Court on Human and Peoples' rights**. Disponível em: <https://www.african-court.org/wpafc/activity-report-of-the-african-court-on-human-and-peoples-rights-1-january-31-december-2019>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

⁶⁶⁹ MURRAY, Rachel. The Human Rights Jurisdiction of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights. In: JALLOH, Charles C.; CLARKE, Kamari M.; NMEHIELLE, Vincent O. (eds.). **The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges**. Cambridge University Press, 2019, p. 965-988.

em que o Estado requerente se recusar a tratar diretamente com o Estado requerido, será permitido o encaminhamento da denúncia diretamente ao Presidente da Comissão cabendo ao Estado requerente a comunicação ao Estado requerido a sua proposição. Admitida a demanda, ambos os Estados são chamados a apresentar suas razões escritas ou em audiência. É dada prioridade à tentativa de solução amistosa do litígio e, caso não ocorra, a Comissão encaminha um relatório à Assembleia da Organização da Unidade Africana, onde expõe a controvérsia e indica recomendações que considere necessárias⁶⁷⁰.

A Corte realiza quatro sessões ordinárias por ano e pode estabelecer Comitês e grupos de trabalho para facilitar a sua atuação quando for considerado necessário, conforme artigos 22 e 23 de seu Regulamento. Suas deliberações são realizadas na Câmara e devem permanecer confidenciais e deverão ser completas em duas sessões consecutivas da Corte (artigo 67 do Regimento). Seu julgamento é realizado dentro de noventa dias, devendo ser realizado por maioria dos membros juízes presentes (abstenções não são permitidas, porém votos separados são autorizados, podendo ser separado ou dissidente, nos casos em que a decisão não seja unânime); no caso de empate na votação, o juiz presidente terá o voto de qualidade (artigo 69 do Regimento).

A Corte possui igualmente competência consultiva ao abrigo do artigo 4º do Protocolo e pode, a pedido de um Estado Membro da União Africana, de qualquer um dos órgãos da União Africana ou de qualquer organização africana reconhecida pela União Africana, emitir um parecer sobre quaisquer questões de natureza jurídica relacionadas com a Carta ou com quaisquer outros instrumentos de direitos humanos pertinentes, desde que o objeto do parecer não esteja relacionado com uma questão que estiver sendo examinada pela Comissão. Essa jurisdição consultiva da Corte Africana conta com uma legitimidade ativa mais ampla pois faculta às ONGs reconhecidas pela UA o poder de acionar o órgão para elucidar a interpretação de tratados regionais. Pode-se dizer assim que as ONGs dispõem de um

⁶⁷⁰ UNION AFRICAINE. Cour africaine des droits de l’homme et des peuples. **Règlement intérieur (le Règlement)**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/documents/>. Acesso em 13 de outubro de 2023. No artigo 66, entre os parágrafos 2 e 5, percebe-se a preferência pelas resoluções amigáveis, “2. When adopting a pilot judgment procedure, the Court reserves the right to initiate a friendly-settlement agreement to resolve the disputes between the parties. 3. The Court shall, in its pilot judgment, identify both the nature of the structural or systemic problem, as well as the type of remedial measures which the Respondent State is required to take at the domestic level by virtue of the operative provisions of the judgment and the time within which the measures shall be implemented. 4. Subject to any decision to the contrary, in the event of the failure of the Respondent State to comply with the operative provisions of a pilot judgment, or failure to implement a friendly settlement agreement, the Court shall resume its examination of the Applications which have been adjourned in accordance with paragraph 1(e) above. 5. The pilot judgment or any friendly settlement shall be published in accordance with the Rules”.

mecanismo jurídico que, apesar de não-vinculante, antecipa decisões do órgão naquela matéria.

Como já comentado, Corte é composta por onze juízes de nacionalidades diferentes e a indicação é realizada por cada Estado Parte do Protocolo à Carta que poderá indicar até três e pelo menos dois nacionais; o voto é secreto (artigo 12 do Protocolo à Carta). A Assembleia da UA, composta pelos chefes de Estado e Governo, deverá garantir a representação das principais regiões da África e das suas tradições legais, bem como a representação de igualdade de gênero, conforme artigos 13 e 24 do Protocolo à Carta. Conforme artigo 15 do mesmo texto, esses juízes são eleitos para o mandato de seis anos da Corte e trabalham meramente em tempo parcial, com exceção do juiz presidente, podendo ser reeleitos uma única vez. O Protocolo à Carta previu requisitos para nomeação dos juízes que não encontram qualquer paralelo nas Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos. Exige, por exemplo, que a composição da Corte Africana represente cada uma das cinco regiões do continente africano: o Norte, o Sul, o Leste, o Oeste e o Centro (artigo 10 do Regimento)⁶⁷¹.

A Corte possui rol amplo de legitimados para requerer as medidas de proteção internacionais, como Estados, indivíduos e organizações. As denúncias entre Estados estão disciplinadas dos artigos 48 a 49 da Carta Africana e os referentes aos indivíduos e organizações, estão previstos no seu artigo 55.

A jurisdição consultiva da Corte Africana conta com uma legitimidade ativa mais ampla, como mencionado supra, pois reconhece às ONGs o poder de acionar o órgão, para elucidar a interpretação de tratados regionais. Assim sendo, as ONGs africanas reconhecidas pela UA dispõem de um mecanismo jurídico que, apesar de não-vinculante, estabelece o posicionamento do órgão sobre determinada matéria, incidindo sobre possíveis decisões. Tendo em vista a atual falta de acesso à jurisdição contenciosa, é um substitutivo mínimo para que as ONGs possam pressionar os Estados Membros a adotarem certas medidas de proteção aos direitos humanos⁶⁷².

O papel das ONG e dos indivíduos (incluindo as vítimas e as partes nos casos) na execução dos acordos do Tribunal Africano não pode ser subestimado. Ben Kioko, consultor jurídico da UA, afirma “O papel das organizações não governamentais e dos indivíduos na monitorização e avaliação da execução dos julgamentos é crucial, como tem sido o caso do processo de democratização no continente na última

⁶⁷¹ PEREIRA e SILVA, op. cit., p. 326.

⁶⁷² WACHIRA, George Mukundi. African Court on Human and Peoples' Rights: Ten years on and still no justice. **Minority Rights Group International**, Londres, 2008. Disponível em <https://www.refworld.org/docid/48e4763c2.html>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

década”. Ao fazer lobby ativamente e exercer pressão sobre o Estado, as ONGs e os indivíduos podem influenciar uma rápida implementação dos julgamentos⁶⁷³.

Interessante comentário é feito por Pereira e Silva no sentido de que a Carta Africana vem de uma abordagem global e comunitária sobre os direitos humanos. Tal fato seria observável pela forma como a Carta trata de direitos e deveres pois no continente africano a ideia de direitos são inseparáveis da ideia de deveres⁶⁷⁴.

Na Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos a legitimidade passiva é sempre do Estado pois considera caber a esse ator a responsabilidade internacional do por violação de direitos humanos.

No que concerne a participação dos *amicus curiae*, a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos impõe alguns requisitos previstos nos artigos 42 a 46 *Practice Directions of the African Court*⁶⁷⁵.

Após esse recorrido é possível constatar que a matéria de direitos humanos no seio do continente africano ainda é recente e, apesar da criação de um sistema internacional para proteção dos direitos humanos, este ainda possui (notadamente pela sua juventude) pouca adesão apesar de manter forte diálogo com as Cortes de Direitos Humanos, em especial a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois em alguns casos faz menção a decisões das Cortes supracitadas. Entretanto, numa tentativa benéfica de encontrar sua própria legitimidade e independência, Corte Africana raramente faz referência a outras Cortes ou a Tratados Internacionais de Direitos Humanos na parte

⁶⁷³ Ibid., p. 23., no original “The role of NGOs and individuals (including victims and parties to the cases) in the execution of judgments of the African Court cannot be underestimated. Ben Kioko, legal counsel to the AU, says: ‘The role of non-governmental organizations and individuals in monitoring and evaluating the execution of judgments is crucial, as has been the case with the democratization process on the continent in the last decade.’ By actively lobbying and exerting pressure on the state, NGOs and individuals can influence a speedy implementation of the judgments”. Nesse mesmo sentido, “Voltando um pouco para a história do sistema africano de proteção de direitos humanos, vamos perceber que os indivíduos e as organizações não governamentais (ONGs) sempre foram os entes mais interessados em acionar a Corte”. ROCHA e BACIAO, op. cit., p. 21.

⁶⁷⁴ PEREIRA e SILVA, op. cit., p. 330.

⁶⁷⁵ AFRICAN UNION. African Court. **Practice Directions to Guide Potential Litigants**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/documents/>. Acesso em 13 de outubro de 2023. Segundo esse dispositivo, “Request to act as *Amicus Curiae* - 42. An individual or organization that wishes to act as *amicus curiae* shall submit a request to the Court, specifying the contribution they would like to make with regard to the matter. 43. The Court will examine the request and determine within a reasonable time from the date of receipt of the request, whether or not to accept the request to act as *amicus curiae*. 44. If the Court grants the request to act as *amicus curiae*, the person or organization making the request shall be notified by the Registrar and invited to make submissions, together with any annexes, at any point during the proceedings. The Application, together with any subsequent pleadings relating to the matter for which the request for *amicus curiae* has been made, shall be put at the disposal of the person or organization. 45. The Court on its own motion may invite an individual or organization to act as *amicus curiae* in a particular matter pending before it. 46. The *amicus curiae* brief and its annexes submitted to the Court on a matter shall be immediately transmitted to all the parties, for their information”.

dispositiva da sentença, e quase sempre condena o Estado parte apenas com base na Carta Africana⁶⁷⁶.

3.1.2.6 Corte Permanente de Arbitragem

A Corte Permanente de Arbitragem (CPA) é um o mecanismo de solução de controvérsias entre Estados mais antigo ainda em funcionamento no mundo. Ele deve seu nascimento à Conferência de Paz da Haia de 1899 e foi estabelecida pela Convenção sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais dela resultante (essa sua constituição foi revisada durante a segunda Conferência em 1907). A sua inovação está em proporcionar um fórum permanente para a resolução de conflitos via arbitragem, e, apesar de existir um histórico bem sucedido de arbitragens internacionais, a CPA foi a primeira organização intergovernamental que proporcionou um fórum para a resolução de disputas internacionais através da arbitragem e de outros meios pacíficos de resolução de controvérsia⁶⁷⁷. Apesar desse caráter inovador, a CPA possuiu majoritariamente um âmbito de aplicação mais marcadamente europeu nos seus primeiros anos. A referida Conferência que o estabeleceu teve participação de apenas seis Estados não europeus entre os 26 participantes: China, Japão, Pérsia (atual Irã), Sião (atual Tailândia), Estados Unidos e México⁶⁷⁸. Ela conta atualmente com 122 países participantes⁶⁷⁹, número semelhante ao de partes do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional⁶⁸⁰. Embora Haia, nos Países Baixos, seja a sede original e principal da CPA, três novas sedes internacionais foram recentemente criadas, através de *Host Country Agreements*: Buenos Aires (2019); Singapura (2018); e Maurício (2010)⁶⁸¹.

Apesar do que sugere seu nome, o caráter “permanente” da CPA não está ligado diretamente aos órgãos investidos do poder jurisdicional para a solução de controvérsias, mas

⁶⁷⁶ PEREIRA e SILVA, op. cit., pp. 334 à 338.

⁶⁷⁷ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **History**. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/history/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁶⁷⁸ LAFER, Celso. **Relações internacionais, política externa e diplomacia brasileira: pensamento e ação**. Volume 2. Brasília: FUNAG, 2018, p. 939.

⁶⁷⁹ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Contracting Parties**. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/contracting-parties/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁶⁸⁰ ANDRADE, Caio Cezar Delgado de Andrade e LOPES, Débora Fiszman Igrejas. Corte Permanente de Arbitragem. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022, p. 161, p. 162.

⁶⁸¹ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **International Bureau**. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/about/structure/international-bureau/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

à estrutura administrativa existente para dar suporte ao processamento das arbitragens. Também por essa razão é prudente ter reservas quanto à classificação da CPA como um sistema de solução de controvérsias⁶⁸². Na realidade, a natureza arbitral que permite às partes escolherem desde os árbitros até as regras do procedimento e o direito aplicável, torna difícil a visualização de eventual caráter sistemático da instituição e do tipo de litígio que ela se propõe a resolver. Apesar dessas características que a afastam dos outros sistemas de solução de controvérsias internacionais, a CPA é comumente entendida como um embrião da Corte Permanente de Justiça Internacional e, posteriormente, da Corte de Justiça Internacional, dada a abrangência de sua atuação (seu o escopo de atuação não se limita aos direitos humanos). Atualmente, não só os Estados têm acesso à corte uma vez que os regulamentos em vigor permitem a submissão de casos envolvendo Estados e partes privadas e, em situações específicas, casos envolvendo apenas partes privadas. Andrade e Lopes apontam que a falta do caráter sistemático da CPA, a antiguidade da instituição, e o surgimento de outros sistemas de soluções de controvérsias fizeram a CPA perder relevância⁶⁸³.

As principais bases normativas da CPA são as Convenções sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais, datadas de 1899 e 1907. Além desses estatutos, a CPA conta com o Regulamento de Arbitragem de 2012, que consolida outros quatro Regulamentos anteriores (criados entre 1992 e 1996). Embora esse documento não seja propriamente um fundamental para a constituição da Corte, tais regras ditam, na prática, o funcionamento de grande parte dos procedimentos arbitrais submetidos à CPA⁶⁸⁴. Importa notar que a CPA prevê expressamente a hipótese de aplicação de distintos Regulamentos para tratar de procedimentos envolvendo matérias específicas, como as *Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to the Environment and/or Natural Resources* que chegaram a prever a criação de uma lista de árbitros especializados no tema⁶⁸⁵. Ademais, a própria CPA destaca sua disposição e flexibilidade em administrar procedimentos regulados pelas regras da UNCITRAL⁶⁸⁶.

⁶⁸² LAFER, op. cit., comenta mesmo que “a assim chamada Corte Permanente [...] não é propriamente uma Corte, mas sim uma estrutura administrativa com sede na Haia”, p. 945 e 946.

⁶⁸³ ANDRADE e LOPES, op. cit., p. 162.

⁶⁸⁴ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Arbitration Rules 2012**. Disponível em <https://docs.pca-cpa.org/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁶⁸⁵ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Resources**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/resources/pca-conventions-and-rules/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁶⁸⁶ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Arbitration Rules 2012**. Disponível em <https://docs.pca-cpa.org/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2023. Consta no preâmbulo “These Rules are for use in arbitrating disputes involving at least one State, State-controlled entity, or intergovernmental organization. They add a new option for arbitration of disputes under the auspices of the Permanent Court of Arbitration (hereinafter the “PCA”) without replacing the previously adopted PCA Rules, which remain valid and available. The Rules are optional and are based on the 2010 UNCITRAL Arbitration

A Corte tem uma estrutura organizacional dividida em três partes: Conselho Administrativo; membros da Corte; e Secretaria⁶⁸⁷. O primeiro deles é formado pelos representantes diplomáticos das Partes Contratantes que já sejam acreditados junto aos Países Baixos. O Conselho é presidido pelo Ministro das Relações Exteriores dos Países Baixos, mas há um mecanismo de rotação entre grupos de países no caso de sua ausência⁶⁸⁸. Como parte integrante do Conselho Administrativo, existem outros dois órgãos: o Comitê Financeiro e o Comitê de Orçamento. O primeiro tem como objetivo examinar e emitir opiniões sobre os documentos que são submetidos ao Conselho Administrativo. Sua composição consiste em três *experts* em finanças independentes, que trabalham *pro bono* em mandatos renováveis de três anos. Já o Comitê de Orçamento tem suas funções definidas no *Financial Regulations and Rules*, adotado em 2011 pelo Conselho de Administração; todas as Partes Contratantes podem participar do Comitê de Orçamento⁶⁸⁹. A Secretaria (*International Bureau*) é formada por funcionários jurídicos e administrativos de nacionalidades diferentes e presta serviços amplos em relação aos procedimentos (questões administrativas e logísticas, suporte técnico, organização de viagens e apoio de idioma). O Secretário-Geral é eleito pelo Conselho Administrativo pelo período também renovável de cinco anos⁶⁹⁰. Por fim, os Membros da Corte consistem no painel independente de potenciais árbitros escolhidos pelas Partes Contratantes. Em conformidade com suas duas Convenções de 1907 e 1910, cada Parte Contratante poderá nomear até quatro pessoas, reconhecidas internacionalmente pela sua reputação, para integrar o painel da Corte. Os Membros são nomeados pelo período renováveis de seis anos⁶⁹¹.

O corpo de funcionários da CPA é formado por um total de sessenta e quatro funcionários, alocados da entre consultores jurídicos e assistentes, funcionários

Rules with changes made in order to: (i) Reflect the public international law elements that may arise in disputes involving a State, State-controlled entity, and/or intergovernmental organization; (ii) Indicate the role of the Secretary-General and the International Bureau of the PCA; and (iii) Emphasize flexibility and party autonomy”.

⁶⁸⁷ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **About Us**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/about/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁶⁸⁸ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Administrative Council**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/about/structure/administrative-council/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁶⁸⁹ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Permanent Court of Arbitration, 122th Annual Report (Editor-Chief: ROLLAT, Simon)**. Hague, 2022. Disponível em [341817ff-pca-annual-report-2022.pdf](https://pca-cpa.org/en/about/structure/annual-report-2022.pdf) (pca-cpa.org). Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁶⁹⁰ Idem.

⁶⁹¹ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Members of the Court**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/about/structure/members-of-the-court/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

administrativos, um assistente da Secretária-Geral, administradores de casos (*Case Managers*) e funcionários da ICCA (International Congress and Convention Association)⁶⁹².

Andrade e Lopes observam que, diferentemente de diversas outras informações a respeito da CPA, os dados de financiamento, autonomia financeira e orçamentária e os custos específicos não são amplamente divulgados⁶⁹³. À parte desse fato, verifica-se desde outubro de 1994 a existência de um Fundo de Assistência Financeira, que tem por objetivo auxiliar os Estados ditos em desenvolvimento a pagarem parte dos custos envolvendo algum dos meios de resolução de disputa oferecidos pela CPA. Esse fundo é aberto a doações de quaisquer pessoas, conforme artigo 4 do *Terms of References and Guidelines* e tem como condições de utilização: o Estado deve ser Parte Contratante da Convenção da Haia de 1899 ou de 1907; ter celebrado um acordo com o objetivo de submeter o litígio a um dos meios de resolução de disputas da CPA; e constar, no momento do pedido, da lista do Comitê de Ajuda ao Desenvolvimento da OCDE⁶⁹⁴.

Sobre o corpo normativo da CPA é interessante notar que suas regras processuais estão espalhadas em diversos instrumentos já que suas Convenções da Haia de 1899 e 1907 já traziam alguma definição de que as regras procedimentais poderiam ser afastadas por acordo das partes, em linha com a ideia de autonomia dos litigantes em procedimentos arbitrais. A Convenção de 1907 inovou com relação à Convenção de 1899 ao prever a arbitragem por procedimento sumário nas causas que, por sua natureza, o admitirem em seu artigo 86⁶⁹⁵. Nesse sentido, apesar de as Convenções tratarem dos aspectos processuais, estes estão hoje mais detalhadamente regulados nos regulamentos de arbitragem sendo o Regulamento de Arbitragem da CPA de 2012, atualmente em vigor e de abrangência geral, uma consolidação dos quatro regulamentos anteriores que tratavam de tipos específicos de disputas. Entretanto, ainda podem ser escolhidos pelas partes: o Regulamento Opcional para Arbitragens entre Dois Estados, de 1992, o Regulamento Opcional para Arbitragens entre Duas Partes das Quais Somente Uma seja um Estado, de 1993, o Regulamento Opcional para Arbitragens entre Organizações Internacionais e Estados, de 1996 e o Regulamento Opcional para

⁶⁹² PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Staff**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/staff/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁶⁹³ ANDRADE e LOPES, op. cit., p. 168.

⁶⁹⁴ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Financial Assistance Fund**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/about/faf/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁶⁹⁵ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes**. Disponível em <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/bd7626f1-1907-convention-for-the-pacific-settlement-of-international-disputes.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2023. “With a view to facilitating the working of the system of arbitration in disputes admitting of a summary procedure, the Contracting Powers adopt the following rules, which shall be observed in the absence of other arrangements and subject to the reservation that the provisions of Chapter III apply so far as may be”.

Arbitragens entre Organizações Internacionais e Partes Privadas, também de 1996⁶⁹⁶. Esse atual Regulamento de 2012 também foi elaborado à luz das revisões feitas na Regras de Arbitragem do UNCITRAL em 2010, como anteriormente apontamos.

O procedimento arbitral tem início com o recebimento do Requerimento de Arbitragem pela parte requerida (conforme artigo 3.2 do Regulamento de 2012). Se as partes tiverem acordado que a disputa será resolvida por árbitro único, devem escolhê-lo de comum acordo ou, não sendo este possível, o árbitro será nomeado pelo Secretário-Geral da CPA (artigo 8.1). Se for estabelecido que tribunal deve ser composto por três árbitros, cada parte nomeará um árbitro e estes, em conjunto, escolherão o terceiro, que atuará como presidente (artigo 9.1). Não havendo acordo sobre a escolha do presidente pelos árbitros nomeados pelas partes, o Secretário-Geral atuará como autoridade nomeadora (artigo 9.3). Finalmente, cumpre destacar que não há necessidade de os árbitros serem membros da CPA. Essas etapas iniciais do Regulamento assemelham-se àquelas previstas nos regulamentos adotados por centros especializados em arbitragens comerciais ao redor do mundo pois a praxe da arbitragem comercial internacional é justamente a resolução de conflitos por tribunal triplo, composto por árbitros indicados requerente e requerido (ou pelos polos de partes requerentes e requeridas) e com o presidente escolhido pelos árbitros. Entretanto, a migração das regras previstas nas Convenções que traziam um sistema de nomeação dos árbitros mais complexo em caso de divergência entre as partes e envolvimento de outros Estados-parte parece indicar uma tendência de aproximação entre as ditas arbitragens de Direito Público das arbitragens de Direito Privado (*i.e.*, arbitragens comerciais) e uma unificação da prática arbitral⁶⁹⁷.

Próprio da fluidez das arbitragens, quanto ao procedimento em si o Regulamento dá ao tribunal ampla possibilidade de conduzir a arbitragem de maneira que considere apropriada, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que, em um estágio apropriado da arbitragem, se dê a cada uma das partes a oportunidade de apresentar suas causas. Apesar dessa liberdade, o tribunal deve realizar audiências caso uma das partes solicite a apresentação de prova oral, depoimentos de peritos ou alegações orais além de fixar um cronograma processual, ouvidas as partes a seu respeito. Esses dispositivos são característicos de procedimentos arbitrais, demonstrando a maior liberdade e autonomia sobre o procedimento (artigo 17). Sobre as manifestações das partes, deve haver uma “declaração de demanda”, equivalente à petição inicial e contestação. A existência de eventuais outras

⁶⁹⁶ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **PCA Arbitration Rules**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/pca-arbitration-rules-2012/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁶⁹⁷ ANDRADE e LOPES, op. cit., p. 170.

manifestações, como réplicas, trélicas e razões finais ficarão a cargo das partes e/ou do tribunal arbitral (artigo 24).

Na origem, como supramencionado, as Convenções que criaram a CPA a pensaram como o foro apropriado para a resolução pacífica de disputas entre Estados. Nesse sentido, o artigo 42 da Convenção de 1907 deixa claro que a corte é competente para processar todas as arbitragens entre os Estados-parte, salvo estipulação em contrário em favor de um “tribunal especial”. Entretanto, apesar de essa ter sido a força-motriz da criação da CPA e de ser, na essência, a única hipótese prevista nas convenções, os regulamentos elaborados ao longo dos anos ampliaram consideravelmente o escopo de atuação da Corte e, conseqüentemente, o rol de casos que podem ser admitidos. Assim sendo, atualmente podem se recebidos casos nas seguintes hipóteses⁶⁹⁸:

- a) quando um Estado, uma entidade controlada por um Estado ou uma organização intergovernamental celebra convenção de arbitragem com um ou mais Estados, entidades controladas por um Estado, organização intergovernamental ou partes privadas;
- b) em disputas exclusivamente entre partes privadas;
- c) quando não houver presença de um Estado, uma entidade controlada por um Estado ou organização intergovernamental.

Assim sendo, além de admitir casos em que as partes tenham convencionado a aplicação das regras da própria CPA, a Corte pode admitir processos que sejam regulados por outras regras, caso em que exercerá papel de “administradora” (como, por exemplo responsável por comunicações entre as partes, custódia de documentos). Pode-se perceber

⁶⁹⁸ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Arbitration Rules 2012**. Disponível em <https://docs.pca-cpa.org/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2023. “Article 1 - Scope of application - 1. Where a State, State-controlled entity, or intergovernmental organization has agreed with one or more States, State-controlled entities, intergovernmental organizations, or private parties that disputes between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual, treaty-based, or otherwise, shall be referred to arbitration under the Permanent Court of Arbitration Arbitration Rules 2012 (hereinafter the ‘Rules’), then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree. 2. Agreement by a State, State-controlled entity, or intergovernmental organization to arbitrate under these Rules with a party that is not a State, State-controlled entity, or intergovernmental organization constitutes a waiver of any right of immunity from jurisdiction in respect of the proceedings relating to the dispute in question to which such party might otherwise be entitled. A waiver of immunity relating to the execution of an arbitral award must be explicitly expressed. 3. The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration at the Hague (hereinafter the ‘International Bureau’) shall serve as registry for the proceedings and provide secretariat services. 4. The involvement of at least one State, State-controlled entity, or intergovernmental organization as a party to the dispute is not necessary for jurisdiction where all the parties have agreed to settle a dispute under these Rules. However, where the Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration determines that no State, State-controlled entity, or intergovernmental organization is a party to the dispute, the Secretary-General may decide to limit the Permanent Court of Arbitration’s role in the proceedings to the function of the Secretary-General as appointing authority, with the role of the International Bureau under these Rules to be assumed by the arbitral tribunal”.

dessa maneira que o escopo de atuação da CPA é consideravelmente amplo, o que é natural dada a maior flexibilidade de procedimentos arbitrais. Não há, portanto, uma definição apriorística de matérias sobre as quais a CPA e os tribunais arbitrais constituídos sob suas regras podem tratar, muito embora a Corte tenha, com o tempo, desenvolvido regulamentos específicos para tipos diferentes de situação e embora também exista a limitação de matéria para arbitragens envolvendo exclusivamente partes privadas. A despeito dessa considerável ampliação do rol de casos em que a CPA pode atuar, vê-se que ainda existe uma preocupação em orientar os recursos da instituição aos litígios que envolvam interesse público, seja via participação direta ou indireta dos Estados⁶⁹⁹.

Importa destacar que, diferentemente do que ocorre com relação a sentenças em arbitragens comerciais ou mesmo em arbitragens de investimentos, não é possível socorrer-se do Poder Judiciário da sede da arbitragem para requerer a anulação de uma sentença de procedimento da Corte entre dois Estados. Comumente se considera que as arbitragens interestatais estão completamente desvinculadas da sede e subordinadas diretamente ao Direito Internacional Público; além disso, os Estados gozam de imunidade perante os tribunais uns dos outros, por motivos óbvios⁷⁰⁰. Pode-se, entretanto, interpor recurso aos tribunais dos Países Baixos, se a sentença foi proferida na sede da CPA, para requerer a anulação de sentença nas hipóteses previstas pela lei holandesa nas arbitragens envolvendo partes privadas⁷⁰¹.

Conforme se desprende do já referido artigo 1º do Regulamento, as arbitragens submetidas à CPA contam com, pelo menos, um Estado, uma entidade controlada pelo Estado ou uma organização intergovernamental no polo ativo da demanda. Não há uma restrição

⁶⁹⁹ ANDRADE e LOPES, op. cit., p. 172.

⁷⁰⁰ TZENG, Peter. **The Annulment of Interstate Arbitral Awards**. In: Kluwer Arbitration Blog, 1st July 2017. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/01/the-annulment-of-interstate-arbitral-awards/>. Acesso em 14 de outubro de 2023. “In commercial and investment arbitration, where procedural irregularities arise, either party can seek annulment of the award before an annulment body, such as a national court or an ICSID *ad hoc* committee. In other words, commercial and investment arbitral awards are subject to a compulsory control mechanism. The case of Croatia/Slovenia, however, is an interstate arbitration. Two questions thus arise. First, as a matter of *lex lata*, are interstate arbitral awards subject to a compulsory control mechanism? Second, as a matter of *lex ferenda*, should interstate arbitral awards be subject to such a mechanism? [...] In conclusion, interstate arbitral awards are not subject to a compulsory control mechanism, but, in the opinion of the present author, they should be. On a practical level, how could this compulsory control mechanism be established? First, as a matter of customary law, one could envisage an evolution of the law of jurisdictional immunity so as to extend the exception contained in Article 17 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property to interstate arbitrations, such that at the very least State immunity could not be invoked in interstate annulment proceedings. Second, as a matter of conventional law, States could come together to conclude a multilateral convention that provides for a compulsory control mechanism for interstate arbitrations between State parties, as has been proposed at least once in the past. Third, as a matter of State practice, States could simply begin to offer to accept the jurisdiction of the ICJ on the basis of *forum prorogatum* for disputes over the validity of interstate arbitral awards”.

⁷⁰¹ ANDRADE e LOPES, op. cit., p. 173.

sobre legitimidade passiva ou ativa. O artigo 1(1) do Regulamento indica ainda, como requisito, a existência de um acordo entre um ou mais Estados, entidades estatais, organizações intergovernamentais ou partes privadas sobre a resolução de disputas por arbitragem sobre um contrato ou tratado. No caso de que todas as partes sejam privadas, a CPA poderá limitar sua atuação apenas às funções de autoridade nomeadora (artigo 2 do Regulamento), passando as funções de secretaria para o próprio Tribunal Arbitral.

Interessa apontar que, entretanto, nos casos ambientais, pode-se ter apenas partes privadas envolvidas. A ideia é que, mesmo entre partes privadas, existam interesses públicos relevantes em jogo, conforme disposto no artigo 1 do Regulamento sobre Disputas Ambientais de 2002⁷⁰².

Assim sendo, no que interessa aos ANE, perceber-se uma ampliação extrema do rol de legitimidades ativas e passivas, mesmo com a pontual limitação nos casos de partes estritamente privadas. Esse um movimento pode ser valorado como uma clara adequação às novas demandas internacionais que mantém a CPA atualizada.

Saindo da legitimidade em figurar como parte da demanda e abordando igualmente o tema da participação na qualidade de *amicus curiae*, destaca-se que as Convenções e o Regulamento da CPA não tratam especificamente sobre essa possibilidade. Por outro lado, isso não impede que interessados em participar nessas condições possam peticionar ao Tribunal Arbitral requerendo sua participação na arbitragem⁷⁰³.

Por fim, diante de todas as características expostas, no que concerne o estudo dos ANE da Corte em referência, podemos apontar que, possivelmente característica a abertura e

⁷⁰² PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Conciliation of Disputes Relating to Natural Resources and the Environment**. Disponível em <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Conciliation-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and-or-Natural-Resources.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2023. “Article 1 - Scope of Application - 1. These Rules apply to conciliation of disputes relating to natural resources and/or the environment. For the purposes of these Rules, ‘conciliation’ means a process whereby parties request a third person, or a panel of persons, to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute relating to natural resources and/or the environment. The characterization of the dispute as relating to the environment or natural resources is not necessary for application of these Rules, where all the parties have agreed to settle a specific dispute under these Rules. 2. Such disputes shall be conciliated in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may, at any time, expressly agree upon in writing, unless such modification is excluded by the agreement under which the dispute arises or the agreement to conciliate. The expression ‘agree upon in writing’ includes provisions in agreements, contracts, conventions, treaties, the constituent instrument of an international organization or agency or reference upon consent of the parties by a court. For the purposes of this and all following articles, ‘writing’ may include electronic methods of communication in accordance with accepted international practice”.

⁷⁰³ ANDRADE e LOPES, op. cit., 177. “Isso ocorreu, por exemplo, na arbitragem da Chevron v. República do Equador. Contudo, não há informações sobre se o pedido foi ou não aceito. Já no caso Arctic Sunrise Arbitration, Países Baixos v. Rússia, o *Greenpeace* também apresentou pedido para ingresso como *amicus curiae*. Porém, mesmo sem objeção expressa das Partes, o Tribunal Arbitral negou o pedido ‘por não encontrar razões suficientes para deferi-lo’”.

flexibilidade das partes e dos temas aqui tratados, o ator não estatal pode estar diretamente afetado como parte demandada (tendo em vista a inexistência de requisitos de legitimidade passiva), em algumas hipóteses específicas, como parte requerente (como vimos, pessoas em casos de Direito Ambiental ou ainda organizações intergovernamentais ou intragovernamentais se cumpridos os requisitos) e, muito dificilmente, como participante (falta de previsão e prática do dispositivo *amicus curiae*).

3.1.2.7 Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos

Finalizando trazer segurança jurídica para o ambiente de investimentos estrangeiros, o Banco Mundial coordenou os trabalhos que culminaram na Convenção de Washington em 1965 que, dentre outros pontos, instituiu o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID, sigla mais comumente utilizada em inglês). Ele é considerado um grande marco na evolução histórica da proteção ao investimento, já que se formou um centro internacional com o objetivo de administrar os procedimentos de conciliação e arbitragem envolvendo Estados hospedeiros e investidores privados⁷⁰⁴. Antes do nascimento desse Centro, a proteção ao investimento envolvia principalmente o instituto da proteção diplomática, com suas óbvias limitações em virtude da prudência estatal em indispor-se e complicar as relações internacionais públicas por querelas privadas.

Essa falta de regulamentação dos investimentos estrangeiros no nível bilateral e multilateral, própria da atualidade neoliberalista, refletiu-se também num aumento expressivo do número de casos de arbitragem e o aumento vertiginoso no número de litígios envolvendo investidores e Estados hospedeiros trouxe consigo questionamentos a respeito de como a proteção ao investimento estava tomando forma.

Apesar dos ares positivos aportados pela segurança jurídica desse sistema, uma forte crítica ao ICSID diz respeito ao constrangimento imposto pelas arbitragens aos poderes regulatórios dos Estados e seu poder, no decorrer de suas resoluções, em mudar o direito doméstico.

⁷⁰⁴ SAMPAIO, Fabrício Machado e HIRSCH, Gustavo. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022, p. 189.

Embora representem um impulso político mais pesado, os esforços multilaterais mais amplos para reformar o ISDS também dão motivos para otimismo e proporcionam uma rara janela de oportunidade. Também aqui, os esforços da UNCITRAL e de outros lugares tenderam a ser expressos em termos de direito público, sem qualquer menção às compensações entre o ISDS e o direito privado nacional. No entanto, alguns destes projetos podem, no entanto, atenuar estas últimas preocupações. Por exemplo, um tribunal multilateral de investimento sistemático (ou mecanismo de recurso) poderia mitigar o flagelo da incerteza sobre a relação tratado/contrato. Dependendo das escolhas de concepção, poderá também eliminar os incentivos para os investidores apresentarem reivindicações paralelas dos acionistas (através de fortes disposições sobre *res judicata*, *lis pendens* e junção obrigatória). Neste sentido, o projeto do tribunal de investimento pode revelar-se altamente desejável do ponto de vista do direito privado, embora raramente seja justificado nesses termos. No entanto, a reforma institucional não é uma panaceia e poderia perversamente levar a consolidar as distorções da jurisprudência atual em vez de as eliminar - por exemplo, adotando uma abordagem ineficientemente rígida à questão do tratado/contrato, ou endossando reivindicações de perdas refletidas pelos acionistas. Por mais importantes que sejam, as reformas institucionais e processuais devem ser acompanhadas por uma reforma substantiva dos tratados, sejam eles bilaterais ou multilaterais. O quadro do direito privado revela patologias substanciais na jurisprudência dos tratados de investimento. O IIL distorce o espaço político nacional de direito privado, tanto ou mais do que prejudica a autonomia regulatória geral do Estado (tradução nossa)⁷⁰⁵.

Outra forte crítica (apesar de compreensível em virtude na natureza privada dos temas) é falta de transparência e de coerência nas decisões arbitrais. Nesse ponto, reclama-se que arbitragem de investimentos lida eminentemente com matéria de interesse público, o que torna complexa a utilização de procedimentos típicos da arbitragem comercial, de natureza privatista⁷⁰⁶.

Uma terceira crítica contundente no âmbito do ICSID é sobre o ativismo dos julgadores muitas das vezes estar relacionado com interpretações a favor dos investidores e seus interesses. Nesse sentido, discute-se o relacionamento existente entre grandes escritórios de advocacia, árbitros e especuladores visando aumentar o número de casos, influenciar a tomada das decisões e manter as críticas ao sistema de arbitragem de investimentos restritas

⁷⁰⁵ ARATO, Julian. The Private Law Critique of International Investment Law. **The American Journal of International Law**. Vol. 113:1, 2019, p. 54, no original “although a heavier political lift, the broader multilateral efforts at reforming ISDS also give cause for optimism, and provide a rare window of opportunity. Here too, the efforts at UNCITRAL and elsewhere have tended to be cast in public law terms, with nary a mention of the tradeoffs between ISDS and domestic private law. Yet some of these projects may nevertheless ameliorate the latter concerns. For example, a systematic multilateral investment court (or appellate mechanism) could mitigate the scourge of uncertainty over the treaty/contract relationship. Depending on design choices, it might also remove incentives for investors to bring parallel shareholder claims (through strong provisions on *res judicata*, *lis pendens*, and mandatory joinder). In this sense, the investment court project might prove highly desirable from a private law perspective, even though it is rarely justified in those terms. However, institutional reform is not a panacea, and could perversely lead to entrenching the distortions of the current jurisprudence instead of removing them - for example, by adopting an inefficiently rigid approach to the treaty/contract question, or endorsing share-holder reflective loss claims. Important as they are, institutional and procedural reforms must be accompanied by substantive treaty reform, whether bilateral or multilateral. The private law frame reveals substantial pathologies in the investment treaty jurisprudence. IIL distorts domestic private law policy space, as much or more than it undercuts the state’s general regulatory autonomy”.

⁷⁰⁶ SAMPAIO e HIRSCH, op.cit., p. 191.

ao mundo acadêmico, por meio de influentes *lobbies* entre Estados e organizações internacionais⁷⁰⁷. Através da *punchline* “você aceitaria processar o diabo se o tribunal fosse no inferno?” Eberhardt e Olivet, começam suas críticas ferozes à existência desse Centro de Arbitragem.

Você aceitaria processar o diabo se o tribunal fosse no inferno? Claro que não. Mas os governos fizeram isso centenas de vezes. E continue fazendo isso. [...] As bases jurídicas para estas disputas são os tratados de investimento entre Estados. Historicamente, foram implementadas por governos ocidentais que queriam proteger as suas empresas quando investiam no estrangeiro. Queriam conceder aos seus investidores acesso a um sistema de resolução de litígios justo e independente, caso tivessem problemas com o Estado anfitrião. Os próprios tribunais do Estado anfitrião foram considerados demasiado tendenciosos, demasiado lentos e, por vezes, demasiado corruptos para desempenharem esse papel. Daí a ideia de um corpo “neutro” de peritos jurídicos, os árbitros, que deveriam atuar como mediadores independentes. A ideia da arbitragem de investimentos como um espaço justo e independente para resolver disputas entre multinacionais e governos é uma das principais justificações para um sistema que custou caro aos contribuintes e mina a capacidade dos governos soberanos de agirem no interesse dos seus povos. Este relatório argumenta que a alegada justiça e independência da arbitragem de investimentos é uma ilusão. A lei e as consequentes disputas são em grande parte moldadas por escritórios de advogados, árbitros e, mais recentemente, por uma falange de especuladores que ganham muito dinheiro com as disputas. Impulsionada pelos seus próprios interesses lucrativos, esta “indústria de arbitragem” incentiva ativamente um número cada vez maior de reclamações corporativas, ao mesmo tempo que cria as lacunas legais e mecanismos de financiamento necessários para o seu funcionamento contínuo. Esta indústria também é responsável pelo crescimento do seu próprio negócio com interpretações dos tratados pró-investidores. Entretanto, os advogados de investimento lutam ativamente pela manutenção da arbitragem de investimentos contra os seus críticos, nos círculos académicos e através de *lobby* político direto contra reformas no interesse público. Ao assinar tratados de investimento e concordar com a arbitragem, os Estados aceitaram de facto ser processados pelo diabo no inferno (tradução nossa)⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ EBERHARDT, Pia e OLIVET, Cecilia. **Profiting from Injustice**. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling investment arbitration boom. Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute. Brussels / Amsterdam, November 2012.

⁷⁰⁸ Ibid., p. 11. “Would you go to court with the devil if the court was held in hell? Of course not. But governments have done it hundreds of times. And continue to do so. [...] The legal bases for these disputes are investment treaties between states. Historically, they were put in place by Western governments wanting to protect their companies when they invested abroad. They wanted to grant their investors access to a fair and independent dispute settlement system if they ran into problems with the host state. The host state’s own courts were considered too biased, too slow and sometimes too corrupt to play that role. Hence the idea of a ‘neutral’ body of legal experts, the arbitrators, who should act as independent mediators. The idea of investment arbitration as a fair and independent space to resolve disputes between multinationals and governments is one of the key justifications for a system which has cost taxpayers dearly and undermines the capacity of sovereign governments to act in the interests of their people. This report argues that the alleged fairness and independence of investment arbitration is an illusion. The law and the consequential disputes are largely shaped by law firms, arbitrators and, more recently, a phalanx of speculators who make a lot of money from the disputes. Driven by their own profit interests, this ‘arbitration industry’ actively encourages an ever-growing number of corporate claims, while creating the necessary legal loopholes and funding mechanisms for its continued functioning. This industry is also responsible for growing its own business with pro-investor interpretations of the treaties. Meanwhile, investment lawyers actively fight for maintaining investment arbitration against its critics, in academic circles and through direct political lobbying against reforms in the public interest. By signing investment treaties and agreeing to arbitration, states have indeed accepted to be sued by the devil in hell”. E segue “Investment arbitration lawyers, arbitrators and funders have largely escaped public attention. Many of

Os argumentos a favor desse sistema seriam que o avanço do capitalismo e das evoluções tecnológicas no final da segunda Guerra Mundial foram o cenário para, em 1944, serem celebrados os acordos para a criação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento. Alguns episódios deixaram ainda mais cristalina a urgência em efetivar a estruturação de um arcabouço jurídico que tratasse da matéria, tais como casos traumáticos ocorridos no início do século, como a Revolução Russa e as nacionalizações no México, não se pode deixar de mencionar a nacionalização dos ativos petrolíferos britânicos pelo Irã em 1951, expropriações da *Liamco* na Líbia em 1955 e a nacionalização do Canal de Suez pelo Egito em 1956⁷⁰⁹.

Assim sendo, nasce em 1966 o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimento como parte do arranjo institucional do Banco Mundial. O artigo 2º da Convenção estabelece sua sede em Washington, nos EUA⁷¹⁰ e, ainda que a sede seja nesse país, o ICSID possui escritórios de apoio em diversas cidades do mundo onde são administradas as arbitragens de investimentos⁷¹¹.

Os Estados que desejarem ser membro contratante do ICSID devem assinar a Convenção de Washington e aderir à mesma. Atualmente, o Centro possui a adesão de 165 Estados à Convenção⁷¹². Sampaio e Hirsch comentam que o sucesso da adesão do ICSID tem duas explicações recorrentes. A primeira seria a necessidade de países em desenvolvimento aderirem a fim de atrair mais investimentos estrangeiros e, em segundo lugar, a relevância para países exportadores de capital em aderirem a um sistema gestado por países desenvolvidos com o objetivo de proteger os interesses de seus investidores privados⁷¹³.

their cases are unknown and some never become public. The vested interest behind their actions is well hidden by a thick layer of legal rhetoric about judicial independence, fairness and advancing the rule of law. It is therefore time to shine a spotlight on the key actors in the arbitration industry, who drive and profit from the injustices of global investment rules”.

⁷⁰⁹ SAMPAIO e HIRSCH, op.cit., p. 193.

⁷¹⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other State**. Disponível em https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Convention.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2023. “Article 2 - The seat of the Centre shall be at the principal office of the International Bank for Reconstruction and Development (hereinafter called the Bank). The seat may be moved to another place by decision of the Administrative Council adopted by a majority of two-thirds of its members.”.

⁷¹¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Member States. **Hearing Facilities**. Disponível em <https://icsid.worldbank.org/services/hearing-facilities>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁷¹² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Member States. **Database of ICSID Member States**. Disponível em <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁷¹³ SAMPAIO e HIRSCH, op.cit., p. 191.

Importa apontar, contudo, que o número de países contratantes vem sofrendo abalos nos últimos anos pois, apesar dos benefícios garantidos pelos ISDS apontados acima, as críticas contra o mecanismo têm colocado em xeque a sua permanência como principal meio de solução de litígios entre investidor e Estado. Grande parte da doutrina e organizações não governamentais apontam o ICSID como fruto de um sistema que foi criado de forma coercitiva, refletindo as assimetrias de poder da época e resultado de uma organização injusta, desbalanceada e ilegítima⁷¹⁴. Outro ponto que contribui para a diminuição da utilização do ICSID é o que, no âmbito técnico, o apontamento de árbitros muitas vezes gera um conflito de interesses dado o aumento vertiginoso do número de casos, a baixa diversidade entre os julgadores, a claudicante jurisprudência das arbitragens ao analisar tratados vagos e a limitação do poder regulatório dos Estados hospedeiros. Mais além, discute-se a legitimidade de arbitragens *ad hoc* confidenciais tratarem de temas que muitas das vezes envolvem políticas públicas nas áreas de saúde, meio ambiente e governança⁷¹⁵.

Esse contexto de intensos questionamentos tem gerado a retirada de alguns países da Convenção do ICSID; países como Equador, Bolívia e Venezuela denunciaram a Convenção de Washington e se retiraram do Centro e, ainda que a retirada desses países não represente um movimento uníssono da América Latina, ele simboliza um ponto relevante de efetivação das críticas feitas ao Centro ao longo das últimas duas décadas⁷¹⁶.

Essa onda de desconfiança não se restringe a países ditos em desenvolvimento. A União Europeia tornou público seu entendimento em 2018 de que a arbitragem de investimentos não seria o mecanismo mais adequado para solucionar disputas públicas envolvendo investimentos internacionais, uma vez que eles possuem a mesma base legal das

⁷¹⁴ PUIG, Sérgio e SHAFFER, Gregory. Imperfect Alternatives: Institutional Choice and Reform of Investment Law. **American Journal of International Law**, 112(3), 2018, pp. 361-409. Em página 365, “Many scholars and NGOs contended that ISDS developed from coercive origins, reflects asymmetric power differentials, and, as a result, is unfair, imbalanced, and illegitimate. Although other scholars contested these depictions, the media often adopted this frame, emphasizing ISDS’s undemocratic and highly clandestine nature”.

⁷¹⁵ SAMPAIO e HIRSCH, op.cit., p. 193.

⁷¹⁶ LUÍS, Daniela Tavela; FONTOURA COSTA, José Augusto. Repúblicas Bolivarianas e o ICSID: será que o inimigo não é outro? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. 16, 2016, pp 191 e 210 “A América Latina vem liderando a reação contra o sistema internacional de proteção e promoção do investimento estrangeiro, o qual se apoia, principalmente, em tratados internacionais específicos e na arbitragem do Centro Internacional para Solução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID). Os motivos para esta reação forte da região contra o ICSID são variados, mas podem ser resumidos a duas percepções centrais: (i) a existência de um viés pró-investidor, e; (ii) o risco a políticas públicas soberanas legítimas, em especial nas áreas ambiental, de saúde, trabalho e direitos indígenas. [...] Portanto, os rumos da América Latina com relação à proteção de investimento se mostram incertos. Se, por um lado, as Repúblicas Bolivarianas lideram o movimento de crítica ao sistema internacional de proteção de investimentos e, especialmente, ao ICSID, por outro, países como o Uruguai e Chile parecem ter receio de seguir esta linha e perder oportunidades de receber investimentos. Parece-nos, portanto, difícil, que se chegue a um consenso regional sobre a política e os mecanismos de proteção do investimento no âmbito da América Latina”.

arbitragens privadas comerciais (com interesses de entes privados, sem considerar necessariamente o envolvimento de um Estado)⁷¹⁷.

Para regular os procedimentos de conciliação e arbitragem administrados pelo ICSID, além da Convenção que o originou foram elaboradas as Regras de Arbitragem do ICSID, que definem os aspectos burocráticos e procedimentais das disputas de investimentos. Em seu aparato burocrático, o Centro conta com uma Secretaria permanente, que presta serviços de apoio às arbitragens e aos Estados membros e aproximadamente setenta funcionários que realizam as atividades administrativas do centro⁷¹⁸.

O ICSID está inserido na estrutura do Banco Mundial e possui como fontes principais de financiamento o BIRD e as custas cobradas das partes envolvidas nos procedimentos jurisdicionais remetidos ao Centro. Essas custas provenientes da arbitragem são a maior parte do orçamento do ICSID e, portanto, pode-se classificá-lo como um Sistema de Solução de Controvérsias em um financiamento endógeno ou autossuficiente⁷¹⁹.

Uma arbitragem administrada pelo ICSID possui geralmente como etapas: o protocolo do requerimento de arbitragem ao Secretário-Geral do ICSID; constituição do tribunal com três árbitros; após sessenta dias, acontecimento da primeira audiência com o objetivo de discutir questões procedimentais; apresentação dos memoriais pelas partes, testemunhas, peritos, etc.; ao final da instrução, publicação do laudo arbitral com a assinatura dos três árbitros, sendo admissível a apresentação de voto em separado. Entende-se o ICSID

⁷¹⁷ EUROPEAN UNION. European Commission. **Capital Markets Union: Commission provides guidance on protection of cross-border EU investments**. Press release, Brussels, 19 July 2018. Disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_19_483. Acesso em 14 de outubro de 2023. “The Commission welcomes EU Member States' commitments on the legal consequences of the Achmea judgement and in particular their commitment to terminate all bilateral investment treaties (BITs) between themselves. As the Commission has consistently stated, and as outlined in its July 2018 Communication on the Protection of intra-EU investment, the dispute settlement mechanisms provided in these treaties as well as they intra-EU application of the Energy Charter Treaty are incompatible with EU law and discriminate between EU investors. The protection for all EU investors against unlawful interference by Member States is provided by EU law, which ensures that all investors are treated equally. EU investors cannot rely on different intra-EU BITs concluded between two Member States. This was confirmed by the Court of Justice of the European Union in its March 2018 judgment in the Achmea case. Following this judgment, the Commission has intensified its dialogue with all Member States. As a result, all Member States committed to terminate all intra-EU BITs. The Commission also welcomes the fact that the majority of Member States committed to undertake action to ensure that the Energy Charter Treaty cannot be used as a basis for arbitration between investors and EU Member States. The commitments taken by Member States provide additional legal clarity for investors and arbitral tribunals and aim to prevent new arbitral awards and arbitration procedures incompatible with EU law”.

⁷¹⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Secretariat - Overview**. Disponível em <https://icsid.worldbank.org/about/secretariat>. Acesso em 14 de outubro de 2023. Sobre as funções acima descritas, ver artigos 9 à 11 da Convenção. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other State**. Disponível em https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Convention.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2023.

⁷¹⁹ SAMPAIO e HIRSCH, op. cit., p. 197.

como um sistema autônomo, construído de modo a ser autocontido e com maior autonomia possível das legislações nacionais dos locais em que ocorrem os investimentos⁷²⁰.

Suas sentenças arbitrais em regra são definitivas e não há um órgão de apelação constituído nas arbitragens de investimentos. A Convenção do ICSID, contudo, abre a possibilidade de pedidos de esclarecimentos (artigo 50) ou revisão do julgado em situações excepcionais quando um fato novo com a capacidade para alterar o julgado tenha surgido (artigo 51). A Convenção traz ainda a possibilidade de anulamento do laudo arbitral em situações como inadequação da constituição do tribunal, excesso de poderes, corrupção ou violação de alguma norma procedimental fundamental (artigo 52).

Os árbitros que participam de um tribunal arbitral administrado pelo ICSID não necessariamente são integrantes do Painel de Árbitros do Centro, o que faz com que as partes estejam ainda mais livres escolha nesse procedimento. Os mandatos dos árbitros constantes do Painel de Árbitros são de seis anos renováveis; esse tipo de medida procura afastar elementos políticos para a eleição de árbitros ao Painel do ICSID, o que, contudo, não impede que os tribunais arbitrais constituídos pelas partes possuam forte viés eurocêntrico, já que as partes acabam por optar, em sua maioria, por árbitros da Europa Ocidental⁷²¹.

Na verdade, o Centro historicamente enfrenta um problema de baixa representatividade de árbitros que não sejam da Europa Ocidental e da América do Norte e o fato de as partes terem autonomia para indicação dos árbitros pode justificar essa desigualdade e diminuir a responsabilidade do Centro. Dentre todas as discrepâncias existentes nos apontamentos dos árbitros, a falta da presença africana é a mais pungente.

Ainda que os países africanos se façam presentes em 61 dos 255 casos iniciados e conclusos após 2010, o número de árbitros oriundos do continente africano segue irrisório. Enquanto alguns árbitros europeus foram nomeados até dez vezes nestas sessenta e uma arbitragens com países africanos, apenas dez árbitros africanos participaram destas arbitragens, de um total de 183 árbitros envolvidos nos casos (três para cada arbitragem). Os árbitros africanos, portanto, em arbitragens com países africanos, não representam nem 10% do total de julgadores. Ilustrando esta discrepância de representatividade, a árbitra Brigitte Stern, da França, atuou a mesma quantidade de vezes que todos os árbitros africanos na amostragem acima⁷²².

Como dito ao longo deste tópico, o ICSID é um centro que administra disputas envolvendo investimentos internacionais, ou seja, entre um Estado hospedeiro e um investidor (pessoa física ou jurídica) com a nacionalidade de outro Estado, ambos em acordo em remeter

⁷²⁰ SCHREUER, Christoph et al. **The ICSID Convention: a Commentary**. Cambridge University Press, 2009. Em página 626, “some have called for an entirely autonomous application of international law”.

⁷²¹ SAMPAIO e HIRSCH, op. cit., p. 202.

⁷²² Idem.

ao ICSID a jurisdição para solução de controvérsias. Assim sendo, o aspecto essencial a verificar para esse exercício da jurisdição pelo ICSID é o consentimento estatal. Esse consentimento pode se dar de três formas distintas: por meio da assinatura de um tratado bilateral ou multilateral de investimentos com cláusula de resolução de litígios com referência ao ICSID; por meio de um contrato de investimento firmado entre o Estado e o investidor, tendo este contrato forte viés administrativo; ou ainda podem os Estados promulgar leis nacionais que submetam ao ICSID as disputas envolvendo investimentos estrangeiros em seu território⁷²³. Esses requisitos *ratione personae* são cruciais para a jurisdição do ICSID. A Convenção permite, de um lado, que nacionais de Estados parte levem reclamações contra outros Estados parte e, do outro, que Estados parte levem reclamações contra nacionais de outros Estados parte. Nesse sentido, além do Estado, um ANE privado também é sempre parte do procedimento no ICSID, seja ele pessoa física ou jurídica.

Menos evidente, a participação de *amicus curiae* nos tribunais de investimentos é uma questão discutida há tempos com o objetivo de aumentar a legitimidade destas arbitragens por meio da participação da sociedade civil nos procedimentos⁷²⁴. Argumenta-se que a participação da sociedade civil diminuiria o *déficit* democrático dos procedimentos arbitrais, tradicionalmente sigilosos e sem possibilidades de participação de terceiros. Ainda que haja certa resistência nos tribunais arbitrais em promover esta abertura democrática, a reforma das

⁷²³ SAMPAIO e HIRSCH, op. cit., p. 207.

⁷²⁴ VIÑUALES, Jorge E. Human rights and investment arbitration: the role of amici curiae International Law. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**. número 8, junio-noviembre, 2006, p. 245, “In the last several years, the legitimacy of the international trade and investment regimes has been fiercely challenged. The failure of the OECD’s attempts to adopt a Multilateral Investment Agreement and the public protests against the WTO or the G8 are but obvious illustrations of this phenomenon. The battle is now moving toward more sophisticated ‘fronts’. Investment arbitration may now be considered one such front, although not an easy one for NGOs. The implications of *amicus* intervention in this new front are still ambiguous. Whereas, on the one hand, the overall legitimacy of mixed investment arbitrations may be enhanced if civil society is brought in, on the other hand, it is difficult to determine whether a particular NGO is really representative of some sector of civil society. Some *amici* may indeed be more a friend of the State than a friend of the Court. Two recent decisions, Vivendi and Interagua, deal with this issue. However, before analyzing these cases, it is useful to briefly discuss their precedents in the WTO and the NAFTA contexts”. Nesse mesmo sentido, SCHADENDORF, Sarah. Human Rights Arguments in *Amicus Curiae* Submissions: Analysis of ICSID and NAFTA Investor-State Arbitrations. **Transnational Dispute Management**. Vol. 10, issue 1, January 2013, p. 23 “Arbitral tribunals seem to be driven by concerns for their own reputation rather than by human rights concerns and thus established an official mechanism for public participation which is associated with hopes relating to increased transparency and legitimacy. *Amici curiae* have provided useful and relevant human rights arguments and sometimes enriched the tribunals’ knowledge and perspectives, even though they have been unable to provoke a substantiated statement on the role of human rights in international investment law and arbitration. On the part of the tribunals, no notable efforts have been made to develop a human rights oriented interpretation of investment law standards or a methodology to balance human rights and investment concerns. Given the results of this analysis, human rights related *amicus curiae* submissions have not proved to be an effective means for the sincere connection of the two legal regimes. Hence, initiatives and pressure from human rights organizations should continue, especially in view of the most recent arbitral decision in Pezold/Border Timbers. Concomitantly, mechanisms for judicial dialogue between international investment tribunals and human rights courts should be considered to promote a meaningful interaction and to increase coherence between these two branches of international law”.

regras de arbitragem do ICSID em 2006 trouxe a possibilidade da participação de *amicus curiae* nos procedimentos e concederam à pessoa ou entidade que não seja parte na disputa o direito de apresentar petição escrita. Essa possibilidade de participação do *amicus curiae* pode ser um passo importante no sentido de se valorizarem os direitos sociais que muitas vezes são discutidos nas arbitragens de investimentos tendo em vista o valor público do debate⁷²⁵.

O primeiro caso no qual foi levantada a possibilidade dessa modalidade de participação foi no caso Aguas del Tunari contra o Estado da Bolívia⁷²⁶. Negada a participação no caso anterior, foi finalmente no caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal S.A. contra a República da Argentina que o tribunal entendeu pertinente a participação da sociedade civil em um procedimento envolvendo também o acesso à água por parte da população⁷²⁷. Outro caso icônico que comentamos umas tantas vezes neste trabalho também envolve, curiosamente, o direito à água: caso Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, também contra o governo da Argentina⁷²⁸.

Sendo o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos um órgão de solução de controvérsias híbrido, o ICSID pode ser caracterizado tanto como tendo natureza pública quanto privada. Considerando que participam dos procedimentos no âmbito do ICSID uma parte privada e uma parte estatal, e o direito material subjacente aos procedimentos é um ramo do direito misto, composto de normas de caráter essencialmente privados (contratos e investimentos) mas também público (como questões de direito administrativo e, frequentemente atreladas, de direitos humanos).

Nesse sentido, levando em conta a complexidade política de convencimento que essa zona limítrofe de interesses público e privado frequentemente têm, surpreende perceber a grande adesão ao ICSID. Seu site oficial indica 165 *contracting and signatory states*⁷²⁹, o que parece indicar um mecanismo atraente ainda que revestido dos problemas indicados no texto. Interessa observar nesse sentido o que justifica o curioso contrassenso dessa alta aceitação:

⁷²⁵ SAMPAIO e HIRSCH, op. cit., pp. 207 à 209.

⁷²⁶ Ainda que o desfecho tenha sido negativo para o *amicus curiae*, o debate foi colocado em pauta. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Case No. ARB/02/3**, Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, concluded March 28, 2006.

⁷²⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Case No. ARB/03/19**, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic, concluded May 5, 2017.

⁷²⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Case No. ARB/07/26**, Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs The Argentine Republic, concluded December 8, 2016.

⁷²⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Member States. **Database of ICSID Member States**. Disponível em <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

muitos desses Estados são países ditos em desenvolvimento que, apesar do custo, buscam se mostrarem atrativos aos investimentos estrangeiros.

3.1.2.8 Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional (TPI) tinha nasceu como objetivo julgar os crimes mais graves na esfera internacional, respeitando-se a complementaridade com os sistemas internos e para lidar com situações de pós-conflito. Ele começou suas atividades em 2002, após a ratificação de 60 Estados de seu instrumento normativo principal, o Estatuto de Roma, adotado em 1998, com sede na Haia, nos Países Baixos. Atualmente, o Tribunal possui um Escritório de Ligação/Comunicação com as Nações Unidas em Nova York, além de sete Escritórios de Países, 6 localizados na África - Kinshasa e Bunia (República Democrática do Congo); Kampala (Uganda); Bangui (República Centro-Africana); Abidjan (Costa do Marfim; Bamako (Mali) - e 1 na Ásia - Tbilisi (Geórgia)⁷³⁰. Prova de seu sucesso, 123 países são Estados partes do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁷³¹.

A base normativa principal desse sistema de solução de controvérsias é, portanto, o Estatuto de Roma, adotado na Conferência de Roma em 16 de julho de 1998, que estipula, dentre outros assuntos, a fundação do Tribunal Penal Internacional e define os crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Além do Estatuto de Roma, o sistema do Tribunal Penal Internacional conta com uma série de estatutos internos, regulamentos e regimentos utilizados para estabelecer o funcionamento de seus diferentes órgãos, a saber, *Rules of Procedure and Evidence (RPE)*⁷³², *Elements of Crimes*⁷³³,

⁷³⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **About the Court**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/about>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

⁷³¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Assembly of States Parties to the Rome Statute. **The States Parties to the Rome Statute**. Disponível em <https://asp.icc-cpi.int/states-parties>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

⁷³² INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Rules of Procedure and Evidence**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

⁷³³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Elements of Crimes**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/ElementsOfCrimesEng.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

*Regulations of the Court*⁷³⁴, *Regulations of the Registry*⁷³⁵ e *Regulations of the Office of the Prosecutor*⁷³⁶.

Guedes, Sá e Nery apontam a importância em ressaltar que, apesar de não fazer referência expressa a outro sistema de solução de controvérsia de caráter judicial ou arbitral, o Estatuto de Roma faz um apelo expresso ao sistema de solução de controvérsias político das Nações Unidas. Assim sendo, o Estatuto reconhece que a Corte é parte de um sistema internacional cujo centro se encontra a Organização das Nações Unidas havendo, portanto, uma necessidade de coordenar a responsabilidade das Nações Unidas de manutenção da paz e segurança internacional com o papel judicial do TPI⁷³⁷.

O aparelho burocrático do TPI conta com mais de 900 profissionais de aproximadamente 100 Estados⁷³⁸, cuja estrutura administrativa e organizacional divide o órgão em 3 diferentes Câmaras, no Escritório da Promotoria, na Presidência, na Assembleia dos Estados e no *Registry*. O Tribunal também possui uma Assembleia de Estados Membros, órgão de supervisão e corpo legislativo baseado na representação dos Estados membros⁷³⁹. Essa Assembleia se reúne pelo menos uma vez por ano para estabelecer as políticas gerais para administração da Corte (artigo 112 do Estatuto), avaliar suas atividades em grupos de trabalho e potencialmente debater temas que podem levar adoção que modifiquem o quadro jurídico do TPI, seja pela via secundária ou mesmo adotando emendas⁷⁴⁰. Mais além, ela se ocupa das eleições dos Juízes, do debate acerca de novos projetos no âmbito do TPI e da adoção do orçamento anual da Corte. Já o Escritório da Promotoria define-se como órgão independente da Corte cujo mandato lhe autoriza a receber e analisar denúncias e informações acerca de supostos crimes dentro da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, analisando as

⁷³⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Regulations of the Court**. Disponível em https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RegulationsCourt_2018Eng.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2023.

⁷³⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Regulations of the Registry**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RegulationsRegistryEng.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

⁷³⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Regulations of the Office of the Prosecutor**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RegulationsOTPEng.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

⁷³⁷ GUEDES, Jonas Bomtempo, SÁ, Maria Carolina de Souza Ribeiro de e NERY, Pedro Lyrio Verissimo. Tribunal Penal Internacional. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022, p. 350.

⁷³⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **About the Court**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/about>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

⁷³⁹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Understanding the International Criminal Court**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/understanding-the-icc.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

⁷⁴⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Assembly of States Parties to the Rome Statute. **Resolutions - Sessions**. Disponível em <https://asp.icc-cpi.int/resolutions/sessions>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

situações para verificar a razoabilidade de se iniciar uma investigação⁷⁴¹. A Presidência, por sua vez, é composta por 3 juízes eleitos por uma maioria absoluta dos 18 juízes da Corte, para o máximo de 2 mandatos de 3 anos e seria responsável pela administração da Corte à parte das competências do Escritório da Promotoria. Esse órgão representa externamente a Corte, ajuda com a organização do trabalho dos juízes e garante o cumprimento das sentenças impostas pelo TPI. A Câmara de Pré-Julgamento aloca os 18 juízes do TPI, incluindo os membros da Presidência, em uma de 3 divisões judiciais. Esses juízes lidam com questões que surgem antes da fase de julgamento, supervisionando a forma com que o *Office of the Prosecutor* conduz suas investigações e atividades de promotoria para garantia dos direitos dos suspeitos, vítimas e testemunhas durante a fase de investigação e assegurando a integridade dos procedimentos. Por outro lado, as Câmaras de Julgamento determinam a culpabilidade ou inocência do acusado, podendo impor uma sentença de prisão (não maior que 30 anos) ou pecuniária, tendo a função de garantir que os julgamentos sejam justos e céleres, sendo conduzidos com respeito aos direitos dos acusados, vítimas e testemunhas e garantindo a participação das vítimas. A Câmara Recursal seria aquela capaz de reverter ou até mesmo anular o julgamento anteriormente emitido⁷⁴².

Por fim, como em todas as Cortes e Tribunais aqui estudados, o *Registry* trata-se de órgão neutro da Corte que presta serviços aos demais órgãos para que o TPI possa funcionar e conduzir procedimentos públicos justos e efetivos. Ele é responsável por tarefas de apoio judicial, tais como administração geral de registros/arquivos da Corte, tradução e interpretação, serviços de biblioteca, assistência jurídica, apoio à representação das partes, apoio às vítimas e testemunhas, dentre outras tarefas. Ele também está a cargo das relações externas, informações públicas, apoio às atividades de campo, apoio às vítimas e testemunhas além de também tratar da administração do funcionamento da Corte, notadamente a segurança, orçamento, finanças, recursos humanos e serviços gerais⁷⁴³.

No que concerne o financiamento do TPI, sua autonomia financeira é de característica endógena, de modo que seu orçamento é estabelecido pela Assembleia dos Estados

⁷⁴¹ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Understanding the International Criminal Court**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/understanding-the-icc.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023. Em especial nas páginas 10 e 11.

⁷⁴² Ibid, *passim*.

⁷⁴³ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. About the Court. **Registry**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/about/registry/default>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

Membros⁷⁴⁴, sendo construído a partir de contribuições voluntárias de Estados Membros, organizações internacionais, indivíduos, corporações e outras entidades⁷⁴⁵.

Partindo aos aspectos processuais, aponta-se que a competência do Tribunal em relação aos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma (competência *ratione temporis*). Se os Estados membros desejarem que o Tribunal tenha competência retroativa à data de adesão, eles deverão fazer uma declaração expressa (artigo 11 do ER). Entretanto, nos casos de denúncia pelo Conselho de Segurança, não é possível iniciar ou dar prosseguimento a inquérito ou procedimento passados 12 meses da resolução que solicita tal medida (artigo 16 do ER). Além da competência *ratione temporis*, deverão ser observadas a competência *ratione loci e ratione personae* do TPI. A demanda começaria, portanto, quando, após análise preliminar, por denúncia de Estado Parte ou *proprio moto*, o Tribunal perceber que a conduta tiver sido cometida em território de Estado Parte; o imputado for nacional de um Estado Parte; ou houver aceitação expressa da competência do Tribunal por Estado que não seja Parte, mas nele tiver sido cometida a conduta ou dele for o nacional imputado pelo crime (artigo 12 do ER).

Além desses requisitos de admissibilidade, importa salientar o respeito ao princípio da complementaridade (o caso não será admitido se ele for ou tiver sido objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição, salvo se esse Estado não tiver vontade genuína de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tiver capacidade para fazê-lo conforme artigo 17 do ER). Cumpre lembrar que também existe vedação expressa ao *bis in idem* (nenhuma pessoa poderá ser julgada por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido, artigo 20 do ER).

Como dito anteriormente, o Tribunal Penal Internacional é formado no mínimo por dezoito juízes da Corte, eleitos para mandatos de nove anos (artigo 36.9.a)⁷⁴⁶ e mesmo que seu mandato tenha expirado, um Juiz alocado nas Câmaras de Julgamento e Apelação continuarão em seu mandato para completar qualquer julgamento, apelação que já tenha sido iniciada perante aquela respectiva câmara (artigo 36.10). A Presidência também pode estabelecer uma proposta para aumento ou diminuição do número de juízes do Tribunal, que será veiculada aos Estados Parte e votada na reunião da Assembleia dos Estados Parte, sendo

⁷⁴⁴ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Financial Regulations and Rules**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/news/financial-regulations-and-rules>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

⁷⁴⁵ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Understanding the International Criminal Court**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/understanding-the-icc.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023. Em página 10, “The Court is funded by contributions from the States Parties and by voluntary contributions from governments, international organisations, individuals, corporations and other entities”.

⁷⁴⁶ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Judges of the Court**. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/JudgesENG.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

aprovada por uma maioria de dois terços (artigo 112). A reeleição é vedada de acordo com o artigo 36.9 (a)⁷⁴⁷ do ER, salvo se o referido magistrado for selecionado em uma eleição especial para suprimir uma vaga de um juiz que faleceu ou se demitiu do cargo e, se o tempo restante do mandato do juiz substituído for de três anos ou menos, o juiz eleito poderá ser reeleito (artigo 37.2 do ER).

Curioso apontar que as indicações ao TPI ficam a cargo de cada Estado Parte que não necessariamente deve ser nacional do respectivo Estado que o indicou, mas deve ser nacional de um Estado Parte do Estatuto (artigo 36.4 b do ER). Ademais, temos que essa indicação dos candidatos é feita a partir dos requisitos estabelecidos no artigo 36, 3b, i e ii do Estatuto de Roma, formando-se, a partir daqui, duas listas referentes a cada um dos requisitos, onde os Estados devem dirigir seus votos (artigo 36.5 do Estatuto de Roma); uma lista é formada de candidatos indicados por sua competência em Direito Penal e procedimentos criminais e outra é formada por candidatos indicados por sua *expertise* em Direito Internacional, como DIH e Direitos Humanos⁷⁴⁸. A eleição é feita pela Assembleia de Estados Parte em reunião estabelecida de acordo com o artigo 112 com base no voto secreto dos membros

Aponta-se nesse quesito uma influência exacerbada do elemento político tanto na indicação dos candidatos quanto no próprio processo eleitoral que impõe uma necessidade de investimento não somente de capital político, mas também financeiro⁷⁴⁹. Pode-se identificar uma segmentação dos Juízes eleitos, visto que os Estados que têm mais capital político e financeiro para investir nas campanhas acabam por possuírem mais chances de eleger juízes em um processo também marcado por uma forte politização dos votos dos Estados, sendo comum a troca de votos por favores na política da Assembleia dos Estados Parte⁷⁵⁰. Aponta-se assim que muitas vezes os Estados não votam nas considerações de mérito, mas sim nos benefícios políticos que serão alcançados no processo.

Pode parecer perverso que o procedimento de seleção de juízes imparciais e independentes para servir num dos mais importantes tribunais internacionais seja caracterizado como uma “campanha”, mas isso reflete a prática até à data. Pragmaticamente, o apoio governamental é fundamental para uma candidatura judicial bem-sucedida do TPI. As campanhas judiciais exigem um compromisso político e financeiro significativo. A realização de tais campanhas é cada vez mais dispendiosa e os Estados gastam frequentemente capital financeiro e diplomático

⁷⁴⁷ Ibid.

⁷⁴⁸ OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. **Raising the Bar: Improving the Nomination and Election of Judges to the International Criminal Court** (report principally researched and written by Yassir Al-Khudayri.). New York, 2019. Disponível em <https://www.justiceinitiative.org/uploads/a43771ed-8c93-424f-ac83-b0317feb23b7/raising-the-bar-20191112.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023, pp. 17 e seguintes.

⁷⁴⁹ Ibid, p. 36.

⁷⁵⁰ Ibid, pp. 38 à 40.

para garantir apoio ao seu candidato. Como parte deste processo, os nomeados envolvem-se numa intensa competição para a angariação de votos nas capitais de Estados Partes selecionados e na sede da ONU na cidade de Nova Iorque. A negociação de votos é uma prática comum na arena internacional, herdada principalmente do sistema da ONU, onde todas as principais posições aprovadas pelo Estado são decididas através de acordos políticos. O sucesso das campanhas eleitorais depende do apoio do governo, do investimento financeiro e político por trás do candidato e da oportunidade destas atividades. O início precoce de uma campanha pode garantir compromissos de votação nas fases iniciais do processo. [...] As considerações políticas e a pressão para a retirada entram em jogo em três cenários principais diferentes. A primeira é quando os estados tentam influenciar diretamente outros a favor do seu candidato entre os turnos eleitorais. [...] A segunda situação ocorre no contexto da dinâmica regional. Conforme observado acima, após a quarta rodada de votação, [...] quando há dois ou mais candidatos do mesmo grupo regional, os Estados da mesma região tendem a ‘unir-se’ por um dos candidatos, retirando o(s) outro(s). Isto ocorre em particular com grupos regionais com menos Estados votantes, pois pretendem garantir que terão pelo menos um juiz eleito. O terceiro cenário ocorre quase invariavelmente durante as últimas rondas de votação, quando muitas vezes há apenas uma vaga judicial para preencher e poucos candidatos. Nessas situações, são feitas sugestões informais para a desistência de um ou mais candidatos. Os candidatos que desistem são geralmente aqueles com menos votos; no entanto, conforme explicado por um diplomata, alguns candidatos com um maior número de votos podem ser vistos como “claramente não qualificados” e, portanto, alguns Estados podem ainda recusar-se a votar neles com base nisso. (tradução nossa)⁷⁵¹.

Além da politização, outro problema apontado por ONGs no processo geral de eleição dos juízes é o fato de que a prática dos Estados na operacionalização das indicações em conjunto com a própria normatividade do Estatuto de Roma não promovem de forma mais eficiente a qualificação dos juízes apontados e eleitos para o TPI. Eles destacam que os Estados não promovem as indicações por intermédio de processos justos, transparentes e baseados no mérito e qualificações profissionais, não garantindo uma avaliação adequada das

⁷⁵¹ Idem, “It may seem perverse that the procedure for selecting impartial and independent judges to serve on one of the most important international courts is characterized as a ‘campaign’, but that reflects the practice to date. Pragmatically, governmental support is fundamental for a successful ICC judicial candidacy. Judicial campaigns demand significant political and financial commitment. Such campaigns are increasingly expensive to run, and states often spend financial and diplomatic capital in securing support for their candidate. As part of this process, nominees engage in an intense vote-harvesting competition in the capitals of select States Parties and the UN headquarters in New York City. Vote trading is a common practice in the international arena, one that is principally inherited from the UN system, where all major state-endorsed positions are decided through political arrangements. Successful election campaigns are contingent upon a government’s support, the financial and political investment behind the candidate, and the timeliness of these activities. An early start to a campaign can secure voting commitments at the initial stages of the process. [...] Political considerations and pressure to withdraw come into play in three different principal scenarios. The first is when states try to directly influence others in favor of their nominee between election rounds. [...] The second situation occurs in the context of regional dynamics. As noted above, after the fourth round of voting, MVRs for geographical representation no longer apply. In these situations, when there are two or more candidates from the same regional group, states of the same region tend to ‘band together’ for one of the candidates, withdrawing the other(s). This occurs in particular with regional groups with fewer voting states, as they want to ensure that they have at least one judge elected. The third scenario occurs almost invariably during the last rounds of voting, when there is often only one judicial vacancy to fill and very few candidates. In these situations, informal suggestions are made for one or more candidates to withdraw. The withdrawing candidates are usually the ones with the fewest votes; however, as explained by a diplomat, some candidates with a higher number of votes may be seen as ‘clearly unqualified’, and thus some states may still refuse to vote for them on that basis”.

habilidades, competências e qualificação prévia dos candidatos o que certamente levará à indicação de juízes não qualificados para o corpo de funções do TPI⁷⁵². Estudos apontariam que 18 dos 22 candidatos não passaram por avaliações acerca de suas qualificações. Por conseguinte, esse processo levaria à formação de uma Corte não totalmente preparada para lidar com os desafios a ela impostos. Eles apontaram igualmente que o critério de indicação procedimental para altos cargos do judiciário não seria eficaz para a qualidade de serviço judicial prestado pelo TPI e administração de suas complexas litigâncias⁷⁵³.

Desde a modernidade, pelo menos, o indivíduo já era considerado como capaz de integrar o polo passivo e sofrer imputação de crimes no Direito Internacional, a exemplo da proibição da pirataria e sua imputação ao indivíduo que o cometia, podendo ser punido pelo país que o capturasse⁷⁵⁴. Entretanto, Guedes, Sá e Nery comentam que a criação de um tribunal penal internacional só foi consolidada após os tribunais militares do pós-Segunda Guerra Mundial, (julgamento de Nuremberg e o tribunal de Tóquio) e Tribunais *ad hoc*⁷⁵⁵.

O chamado Tribunal Internacional Militar, um tribunal das chamadas potências vencedoras, driblava o princípio da anterioridade e optou por uma competência *ratione personae* contemplava pessoas físicas e jurídicas, tais como a Gestapo e a Direção do Partido Nacional Socialista. Esse tribunal obviamente recebeu diversas críticas: desrespeito aos princípios basilares do direito penal acusatório secular, tais como o princípio do juiz natural e da anterioridade da lei penal. Reconhecidamente, foi um julgamento mais político que jurídico⁷⁵⁶.

Já o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia foi um tribunal *ad hoc* criado pela resolução 808 de 1993 do CSNU, que encerrou suas atividades em 2017. Sua competência *ratione personae* abrangia somente indivíduos, ressaltando que foi usado o

⁷⁵² OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, op. cit., pp. 32 e 33, “Interviews showed that states infrequently nominate judicial candidates to the ICC through the methods prescribed in the Rome Statute, but instead used ‘informal’ methods that, as detailed above, encompass varying degrees of transparency and independence. [...] Generally speaking, a transparent process is one that abides by international standards: it identifies candidates through an open and public call for applications and selects the most qualified candidate according to established criteria and a decision-making procedure”.

⁷⁵³ OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, op. cit., p. 51 “Finally, too many ICC judges are being elected based on criteria that fail to ensure the expertise required for an effective bench. Knowledge and experience in criminal law and procedure, as well as substantial experience in managing complex trials, are key to the effective exercise of judicial functions at the ICC and should be required of all judges elected to the ICC bench, not only some of them”.

⁷⁵⁴ CASSESE, Antonio. **International law**. 2nd edition, Oxford University, 2005, p. 15 “probably one of the few exceptions to this network of legal rights and obligations was constituted by general rule on piracy. This rule authorized every State to seize and capture pirates on the high seas, whatever their nationality and whether or not they had attacked one of its ships or threatened to do so”.

⁷⁵⁵ GUEDES, SA e NERY, op. cit., p 362.

⁷⁵⁶ Ibid, p. 363 e seguintes.

princípio do controle geral para responsabilizar atos de particulares no caso Tadic, mas em 1986 a CIJ tinha usado o princípio do controle efetivo. Outro tribunal *ad hoc* foi o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, criado em 1994 pela resolução 955 do CSNU que teve atividades iniciadas em 1995 e cujo encerramento ocorreu em 2015. Segue a competência *ratione personae* do tribunal *ad hoc* anterior, ou seja, julgava somente indivíduos⁷⁵⁷.

Com Estatuto de Roma de 1998 finalmente nasceria um tribunal permanente, o TPI. Ele nasceu da percepção das vantagens de uma instituição constante, com bases jurídicas e competências definidas. Além de custos menos onerosos que os com a formação de um Tribunais para um contexto geográfico e eventual, um tribunal permanente seria mais qualificado e minimizaria os questionamentos jurídicos que incidiram sobre os tribunais anteriores.

O projeto do TPI ganhou maior factibilidade na medida em que a corrente majoritária dos países parecia se convencer das aparentes vantagens de estabelecer uma instituição em bases permanentes, constituída por meio de tratado internacional e dotada de competência geral, que não se limitasse a contexto geográfico ou a situações específicas. Na eventualidade de um novo genocídio, por exemplo, que demandasse a atuação de um órgão penal internacional, seria preferível contar com um tribunal permanente, que já deveria estar em plenas condições de atuar, de modo mais célere e menos custoso, do que com um órgão que teria de ser estabelecido após a ocorrência dos crimes. As vantagens de natureza institucional também pareceriam presentes, até mesmo no sentido de minimizar os questionamentos jurídicos e de aumentar a sua efetividade. Por essas razões, foi desencadeado um movimento em direção a um TPI⁷⁵⁸.

A parte com legitimidade para acionar o Procurador, pedindo que se investigue uma situação em que haja indícios de ter ocorrido um ou mais crimes do artigo 5º do ER seria do Estado Parte. Estes aceitam automaticamente a jurisdição do TPI, conforme o artigo 12(1) do Estatuto podendo, contudo, ser possível que um Estado aceite a jurisdição do TPI sem ser parte no Estatuto. Assim sendo, esses Estados que não fazem parte do Estatuto podem acionar a jurisdição do TPI ao apontar outro Estado Parte em cujo território a situação ocorreu ou mesmo apontar uma situação em seu próprio território. Além dos Estados, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, nos termos do capítulo VII da Carta da ONU, pode denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de se ter ocorrido um ou mais crimes do artigo 5º do ER, não sendo necessário nesses casos que o Estado tenha reconhecido a jurisdição do TPI, nem ser o Estado de nacionalidade do acusado (artigo 13.b do ER). Como

⁷⁵⁷ Idem.

⁷⁵⁸ CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional: Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2012, p. 34.

terceira hipótese, o Procurador também possui legitimidade para dar início a uma investigação (artigo 15 do ER).

A legitimidade passiva do TPI atinge por excelência o indivíduo. Ele é competente para julgar pessoas físicas, acima dos 18 anos, nacionais de um Estado Parte ou de um Estado que aceita a sua competência, bem como indivíduos que não são nacionais de Estado parte, mas cometeram crimes em território de um Estado parte, ou ainda indivíduos que cometeram crimes em um território, cuja situação foi levada ao TPI pelo CSNU, conforme o artigo 25 do Estatuto. Ainda segundo artigo 28 do mesmo texto, as imunidades destes não são óbice para a jurisdição do TPI, podendo figurar no polo passivo chefe de Estado, chefe de Governo, membros do governo ou do parlamento, representantes eleitos e funcionários públicos, chefes militares, ou superiores hierárquicos, cujas tropas sob seu comando e controle efetivo, ou sob sua autoridade ou controle efetivo cometeram os crimes do Estatuto. Segundo com o artigo 33, o indivíduo, civil ou militar, que cometer um crime do Estatuto em cumprimento de decisão do governo ou superior hierárquico poderá igualmente figurar no polo passivo, salvo se estivesse obrigado por lei a cumprir a decisão, não tiver conhecimento da ilegalidade da decisão e se a decisão não for manifestadamente ilegal. As decisões manifestadamente ilegais são as de cometer crimes de genocídio e contra a humanidade. A pessoa, portanto, deve atuar intencionalmente e ter conhecimento dos elementos materiais do crime sendo causas de exclusão da responsabilidade criminal as circunstâncias do artigo 30 e 31. Importante destacar, mesmo se esse ponto é recorrente nesta pesquisa, que a responsabilidade do indivíduo (como a responsabilização dos ANE de maneira geral) não afeta a responsabilidade estatal (ponto reforçado no ponto 4 do artigo 25 do ER).

O conceito de vítimas para o TPI é amplo, podendo abarcar pessoas naturais que sofreram um mal como resultado de um crime da jurisdição da corte, mas também organizações ou uma instituição que teve um dano a sua propriedade que teria que ser dedicada a serviços religiosos, educação, arte ou ciência ou caridade, inclui monumentos históricos, hospitais e objetos para fins humanitários (Regra 85 da RPE). Sua participação ao processo é garantida desde que haja uma petição ao Secretário (o promotor ou da defesa poderá rejeitar a petição se não considerar que a pessoa é uma vítima, ou não respeitar os direitos do acusado no que tange a sua defesa, nem o julgamento equitativo e imparcial - Regra 89 do RPE). As vítimas ainda podem buscar reparações, tais como restituição, indenização, reabilitação e o TPI pode de ofício ou por requerimento destas, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão dos danos, indicando os princípios que fundamentam a decisão (artigo 75 do ER).

A participação dos *amicus curiae* é regida pela Regra 103 das Regras de Procedimento e Evidências do TPI e podem se dar em qualquer estágio do processo. Essa participação é valorada pela Câmara, que analisará se a mesma é desejável para a determinação do caso, ou não, podendo convidar um *amicus* ou conceder/permitir a sua participação. Por fim, aponta-se que podem atuar como *amicus curiae* Estados, organizações ou indivíduos, de forma escrita ou oral. Com nas cortes anteriores, há certa discricionariedade na escolha da participação dos *amicus curiae*, bem como do conteúdo a ser trazido por esses, o que pode permitir certa permeabilidade política na escolha dos participantes.

Extremamente recente em comparação com outras cortes ou tribunais internacionais, o TPI já conseguiu alcançar um notável grau de legitimidade, contando com a adesão de 123 Estados Parte. Apesar das críticas históricas feitas neste tópico (politização desse Sistema de Solução) e nos tópicos anteriores deste trabalho (debate sobre a necessidade de incluir pessoas jurídicas no polo passivo), não se pode negar a importância desse Tribunal no direito internacional. Ele foi, nesse sentido, pioneiro ao conferir um protagonismo dos indivíduos nas relações internacionais e, portanto, histórico para abertura de outros agentes que não o Estado no universo jurídico internacional.

3.2 Modalidades de regulação

Buxbaum aponta que as instituições reguladoras evoluíram com o passar dos anos para se adaptar às mudanças aportadas pela globalização⁷⁵⁹. Primeiramente, elas desenvolveram padrões substantivos harmonizados por meio da promulgação de instrumentos internacionais originários dos ordenamentos jurídicos nacionais pois acreditava-se na efetividade de regulação de atividades transnacionais a partir de regimes de jurisdição compulsória. Dessa lógica nasceram, a exemplo da ótica econômica, a Organização Mundial do Comércio (OMC), a União Europeia (UE), o Encontro Ásia-Europa (ASEM) e o Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA). A internacionalista aponta que a construção de um regime regulatório global foi mal sucedido nestes três últimos devido à sua menor escala de harmonização; o tempo mostrou que a convergência necessária para a implementação de um sistema regulatório harmonizado provou-se inconstante quando macro devido às diferenças das instituições executórias estatais.

Nessas zonas nas quais essa harmonização de regimes substantivos provou-se ineficaz, buscaram-se regimes de cooperação e coordenação de sistemas através da negociação de acordos bi ou multilaterais e desenvolvimento de redes transnacionais. Essa regulamentação, em geral realizada por agências públicas, tem obtido algum progresso nas décadas recentes, formando verdadeiros *networks* transnacionais baseados em jurisdições de cooperação e regulação econômica.

Já a terceira camada de adaptação regulatória para responder ao crescimento da atividade transnacional foi a ênfase na autorregulação e adoção gradativa de padrões de *soft law* e outros modos de autorregulação. Essa nova fase foi construída através do reconhecimento dos vazios da regulação doméstica e ineficácia dos instrumentos internacionais tradicionais.

Não obstante estudiosos debatam se essa forma de autorregulação é eficaz, sem dúvida ela se tornou uma característica mais comum do ambiente regulatório. [...] Os debates atuais sugerem que embora os sistemas regulatórios tenham evoluído bastante substancialmente em resposta à mudança na natureza e na escala da atividade econômica, essa evolução ocorreu em grande parte dentro do paradigma jurisdicional tradicional. A regulação das zonas transfronteiriças beneficiou-se da coordenação aprimorada de sistemas nacionais díspares, mas a soberania do Estado-nação continua sendo a fonte da maior parte do poder regulador. Essa

⁷⁵⁹ BUXBAUM, Hannah L., *Public Regulation and Private Enforcement in a Global Economy: Strategies for Managing Conflict*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Tome 399, 2019, p. 288 e seguintes.

incompatibilidade entre grandes mudanças nos modos de atividade econômica e mudanças mais modestas nos modos de regulação atraiu significativa atenção acadêmica (tradução nossa)⁷⁶⁰.

Um problema advindo dessa miscelânea de modalidades de regulação foi a sobreposição de regimes substantivos harmonizados, coordenados e autorregulatórios. Os participantes de certos tipos de atividade econômica enfrentam o ônus de cumprir vários regimes que impõem custos de transação significativos, além de uma duplicação ineficiente de esforços por parte dos reguladores. Outrossim, a regulamentação por várias instituições pode levar à dissuasão excessiva de determinada atividade (multas e penalidades duplicadas)⁷⁶¹. Esse conflito entre jurisdições em relação a normas substantivas e processuais limita o progresso em direção a soluções regulatórias uniformes e, assim, perpetua esses riscos de regulamentação excessiva⁷⁶². Ainda assim, conforme frisa Buxbaum em coro com

⁷⁶⁰ Ibid., pp. 290 e 291. No original “Although scholars debate whether this form of self-regulation is effective, it has undoubtedly become a more common feature of the regulatory environment. [...] The foregoing discussion suggests that although regulatory systems have evolved quite substantially in response to the changing nature and scale of economic activity, that evolution has occurred largely within the traditional jurisdictional paradigm. Regulation in the crossborder arena has benefited from improved co-ordination of disparate national systems, but the sovereignty of the nation State remains the source of most regulatory power. This mismatch between huge changes in the modes of economic activity and more modest changes in the modes of regulation has drawn significant scholarly attention”.

⁷⁶¹ “The regulation of transnational economic activity by multiple institutions - regulatory institutions in multiple countries, multiple regulatory institutions within a single country, or both - creates various forms of regulatory overlap. At the very least, participants in certain types of economic activity face the burden of complying with multiple regimes. Issuers with cross-listed securities must comply with more than one set of registration and disclosure requirements; participants in cross-border mergers must obtain clearance of their transaction in more than one system. This form of overlap imposes significant transaction costs on market participants, and involves inefficient duplication of effort by regulators. Moreover, regulation by multiple institutions may lead to over-deterrence of particular activity. This might take the form of duplicative and therefore excessive fines and penalties; it might also result from the obligation to comply with the most restrictive elements of each applicable regime. Conflict across jurisdictions regarding optimal substantive and procedural norms limits progress toward uniform regulatory solutions, and thereby perpetuates these risks of over-regulation”. Ibid., p. 293.

⁷⁶² Por vezes vista como negativa, essa sobreposição de modalidades de regulação pode funcionar de forma complementar e reforçar o sistema internacional de direitos humanos. A arquitetura da regulação internacional, além de ser formada por instrumentos de heterorregulação, autorregulação e corregulação, possuiria duas camadas: a) um plano da *hard law* com a junção de todas as normas que comprometem e vinculam a comunidade internacional para com as suas premissas e incentiva os Estados a legislar sobre o tema de forma padronizada; b) uma camada *soft law* que procura a sensibilização e a pré-orientação no cumprimento dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário. “Não obstante a singularidade da solução, a junção das duas formas de regulação, aproveita a natureza de cada uma delas, pois enseja a complementaridade dos instrumentos de *soft law* e ressalta a importância do comprometimento dos Estados na manutenção da Ordem Internacional pautada pela aceitação da universalidade dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário, no instrumento de *hard law*. Enquanto o nível *hard law* impõe obrigações padronizando conceitos e procedimentos e comprometendo os Estados no controle desse Mercado, o nível *soft law* realiza o importante papel da sensibilização e da pré-orientação dos atores envolvidos quanto a suas responsabilidades no cumprimento dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário”. REIS, Marco Aurélio Barbosa dos. **A Sociedade Internacional e a Regulação do Mercado Global da Força**. Tese (doutorado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Ciências Econômicas. Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais. Porto Alegre, 2016, p. 180.

grande parte dos doutrinadores de DIDH, o maior risco enfrentado pela economia global é provavelmente a falta de regulamentação⁷⁶³.

Quanto aos sujeitos à incidência da norma, de maneira geral as formas de controle são chamadas de heterorregulação, autorregulação e corregulação (ou regulações participativas)⁷⁶⁴. Em parecer de iniciativa, o Comitê Econômico e Social Europeu definiu a heterorregulação como o corpo de normas criadas pelos Estados e produzido nas instituições supranacionais de eleição democrática. É o que comumente designa o conjunto das leis em sentido amplo, ditadas pelo poder legislativo cujas previsões são acompanhadas de meios de coerção destinadas a fazê-las cumprir, se necessário pela força, e de medidas de natureza civil ou penal que sancionam o seu incumprimento (*hard law*). Esse mesmo documento trouxe o conceito de autorregulação como a assunção, pelos próprios agentes econômicos, de certas regras de comportamento entre si ou em relação a terceiros no mercado e na sociedade, cujo cumprimento é acordado entre eles, sem mecanismos de coerção externos. Ela pode ser originária ou delegada, legal, costumeira ou jurisprudencial e ainda nacional ou transnacional. Por fim, a corregulação foi definida como uma forma de regulação dos interessados (*stakeholders*) promovida, orientada, dirigida ou controlada por uma entidade terceira, seja um organismo oficial ou uma entidade reguladora independente, normalmente com poderes de fiscalização, de controle e em alguns casos de sancionamento⁷⁶⁵.

⁷⁶³ BUXBAUM, op. cit., p. 293. “**The greater risk facing the global economy, however, is likely under-regulation.** As the following chapters will demonstrate, when regulatory institutions face significant conflict with other countries – whether substantive, procedural, or political - they may choose to retreat from broad engagement with transnational activity. In particular, they may focus their attention on a relatively narrow set of ‘domestic’ interests, defined in a way that minimizes or excludes shared interests in global economic welfare. Moreover, they may articulate those interests by reference to territorial linkages, thus leaving certain forms of transnational activity outside the reach of any enforcement regime. This is not an argument against efforts to mitigate international conflict in economic regulation. It simply points out that too quick a retreat from conflict may reduce the overall level of enforcement activity at a time when the losses caused by unlawful economic activity are growing” (ênfase adicionada).

⁷⁶⁴ SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 70. Em âmbito doméstico, Saddy comenta que as formas de controle serão chamadas de heterorregulação quando vierem de fora da categoria à qual elas se dirigem (regulação feita por autoridades públicas a terceiro, quando a incidência da regulação não caia sobre si mesma nem sobre o próprio ente que a exerce); ou de autorregulação quando o próprio sujeito criar para si meios de autocontenção das suas escolhas.

⁷⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA. Comitê Econômico e Social Europeu. **Parecer de Iniciativa sobre a autorregulação e corregulação no quadro legislativo comunitário**, C 291/29, 4 de setembro de 2015, p. 31. Em mesmo parecer, pontua-se ainda as diferenças entre códigos de conduta e códigos de boas práticas: 3.5. Embora muitas vezes tomados como sinônimos, os códigos de ética e os códigos de boas práticas exprimem duas noções diferentes que importa distinguir. 3.6. Ambas as noções exprimem a ideia de uma compilação de normas ou de regras, oriundas de processos de autorregulação ou de corregulação, representando a forma mais elaborada de traduzir o acordo entre os interessados relativamente a essas normas, e têm como objetivo tornar transparentes e acessíveis a todos os interessados o conjunto dessas normas e a forma da sua aplicação. 3.7. No entanto, os códigos de ética respeitam a normas deontológicas no exercício de certas profissões, cujos profissionais detêm o poder legal de se autorregular, no quadro que lhes é facultado pelas leis nacionais ou normas internacionais que regem o

Já quanto à sua natureza, as modalidades de regulação dividem-se em *hard law* ou *soft law*. A principal diferença entre as normas de *hard law* e *soft law* numa perspectiva legal seria sua dimensão obrigatória. Os tratados e convenções internacionais processados e aprovados são normalmente denominados de *hard law* pois são indubitavelmente vinculantes e possuem exigibilidade perante organismos internacionais. Também se enquadram nessa modalidade os costumes internacionais e os atos decisórios das organizações internacionais. Assim sendo, têm-se por *hard law* ou normas de direito rígido aquelas cuja obrigatoriedade jurídica possibilitam a aplicabilidade de sanções jurídicas por intermédio de tribunais, cortes ou sistemas de solução de controvérsias internacionais ou até mesmo órgãos internos judiciais dos países signatários.

Diferentemente, a *soft law* não pode ser implementada nem exigida por meio da força e possui impacto legal indireto pois opera numa zona cinzenta entre a política e as normas legais. Nessa perspectiva, a *soft law* pode ter um papel normativo no Direito Internacional já que o seu cumprimento é uma escolha política e cumpri-la infere autoridade e respeito pelas ideias nela consubstanciadas, sendo uma ferramenta muito útil na elaboração das normas vinculantes, além de contribuir para o progressivo desenvolvimento do Direito Internacional ao reafirmar a *hard law* já codificada. Essas declarações, códigos de conduta, diretrizes e outras promulgações de organizações interestatais, resoluções e declarações de organização não governamentais, apesar de não exigíveis como o mesmo peso que as leis, podem assumir um peso normativo significativo. Como já comentado neste mesmo trabalho quando abordamos as fontes aplicáveis aos ANE, o conceito de *soft law* é relativamente recente e emergiu da relevante e crescente diplomacia multilateral. A ideia subjacente à sua adoção e sua aceitação generalizada infere que há uma lentidão das normas jurídicas em responder às necessidades humanas, as quais nem sempre encontrariam respaldo nas ações governamentais

A oposição entre essas duas naturezas de normas são facilmente identificáveis no tempo para sua formulação, na sua finalidade e nos seus efeitos jurídicos. No que concerne o fator tempo, a *hard law* poderia ser descrita como um produto acabado, o final de uma evolução geracional mais longa e, portanto, uma norma terminada na sua inteireza. Já as normas de *soft law*, seriam um vir a ser, um ato de vontade do seu emissor. Quanto o fator finalidade, percebe-se que ao emitir normas de *hard*, estabelecem-se obrigações jurídicas fortes, que exigem serem efetivamente cumpridas; enquanto isso, apesar de inevitavelmente existir um poder normativo no *soft law*, o seu cumprimento é meramente recomendado sem

exercício das suas profissões liberais (médicos, advogados, jornalistas, etc.). 3.8. Os códigos de boas práticas designam antes a compilação das normas de auto ou de correção no sentido que se adota no presente parecer.

que haja sanções aplicáveis aos violadores de suas recomendações. Por fim, quanto aos efeitos jurídicos, em um ordenamento legal preenchido de *hard*, existem procedimentos estabelecidos para sua execução. Nos instrumentos de *soft law*, contrariamente, o não cumprimento desses compromissos representam normalmente custos de reputação ou credibilidade. Shaffer alega que para os positivistas sequer existiria a definição de *soft law*, na medida em que não haveria a possibilidade de lei não vinculante ou não obrigatória, fato que afastaria a clássica distinção desses dois modelos atrelada ao código binário vinculante (*binding*) / não vinculante (*non-binding*). Entretanto, no âmbito do direito internacional há certo consenso sobre a existência e até mesmo prevalência da *soft law*, em virtude da ausência de instituições centralizadas e autoridade internacional. Finalmente, Shaffer relembra que, de acordo com a escola construtivista, a efetividade e eficácia da norma internacional importaria mais que sua exigibilidade.

A doutrina construtivista, ao contrário, concentra-se menos na natureza vinculante do direito na fase de promulgação, e mais na eficácia do direito na fase de implementação, abordando a lacuna entre o direito-dos-livros e o direito-em-ação; eles observam como mesmo o direito interno varia em termos do seu impacto no comportamento, de modo que as distinções binárias entre *hard law* vinculativo e *soft law* não vinculativo são ilusórias⁷⁶⁶.

Devido à fartura de trabalhos acadêmicos sobre as diferenças e semelhanças entre esses dois tipos de instrumentos, decidiu-se, após esse breve recorrido conceitual supra, passar-se à pontuação não-exaustiva das principais modalidades de regulação aplicada aos ANE quanto aos sujeitos de incidência, isto é, a partir dos envolvidos na gênese do instrumento e os sujeitos que sofrerão com sua incidência.

3.2.1 Heterorregulatórios

Como dito anteriormente neste trabalho, os mecanismos de controle dos ANE estão espalhados em vários instrumentos de direito internacional e, de maneira geral, não englobam

⁷⁶⁶ SHAFFER, Gregory e POLLACK, Mark. Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance. *Minnesota Law Review*, volume 94, 2010, pp. 712 e 713. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1426123. Acesso em 29 de agosto de 2023. Na redação original “Constructivist scholars, in contrast, focus less on the binding nature of law at the enactment stage, and more on the effectiveness of law at the implementation stage, addressing the gap between the law-in-the-books and the law-in-action; they note how even domestic law varies in terms of its impact on behavior, so that binary distinctions between binding ‘hard law’ and nonbinding ‘soft law’ are illusory”.

vários atores e temas. Esse fato pode ser facilmente explicado pela fragmentação do Direito Internacional (também abordada anteriormente) e a já criticada amplitude do termo atores não estatais, que induz a gênese de textos práticos, fruto de uma tentativa de prevenção à violação de direitos humanos. Sendo a heterorregulação a normatização por autoridades públicas a terceiro, serão abordados os instrumentos publicados por organizações interestatais como também promulgados por autoridades públicas ao executarem extraterritorialidade para controlar ANE fora de seu território.

O direito internacional, apesar de decididamente estar voltado para os Estados, vem reconhecendo a existência e conferindo direitos e deveres à indivíduos e outros grupos como organizações internacionais, grupos armados, transnacionais e ONGs. Apesar da maioria das vezes esses deveres e direitos não tenham vínculo normativo obrigatório tais como os de um tratado, essas normas de DIDH possuem efeito ou significância legal. Essa nova fase no direito internacional foi deflagrada e desenvolvida através de declarações, resoluções, diretrizes, princípios e outros textos proferidos em geral por organizações intergovernamentais como a ONU, OCDE ou OIT. Importa lembrar que as normas de *soft law* também podem ser heterorregulatórias e não são desprovidas de autoridade ou impacto prático; elas no mínimo possuem um “efeito antecipatório”⁷⁶⁷ nas resoluções dos sistemas de resolução de controvérsias internacional e moldam as futuras normas obrigatórias internacionais.

O desenvolvimento do direito internacional e o surgimento de normas obrigatórias é um processo complexo e vivo. Sua evolução é impulsionada pelas ações e declarações dos Estados, bem como pelas decisões judiciais internacionais e domésticas, além da forma como as declarações e a conduta dos atores privados influenciam a política e os governos. Quando maior a adesão ao *soft law* e democratização do discurso de respeito aos direitos humanos, a “linguagem da obrigação ética vai transformando-se aos poucos em uma linguagem de obrigação legal”⁷⁶⁸. Há uma inegável evolução e perspectiva futura de normas vinculatórias diretamente aplicáveis aos ANE pois “o Direito é mais que um conjunto de regras pré-

⁷⁶⁷ INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Beyond Voluntarism: Human rights and the developing international legal obligations of companies**. Geneva, Switzerland, 2002, p. 74. “Although they are not legally binding as are obligations in a treaty, these human rights norms – adopted by states and applying to companies – do have some legal significance or effect as ‘soft law’. [...] They often reflect the compromise reached, when states wish to bring some stability and order into an area of international affairs, and to structure behaviour around a set of norms, but not enough states are prepared to create a legally-binding treaty. **Soft law standards are not without authority and practical impact. They may have at least some ‘anticipatory effect’ in judicial or quasi-judicial decision-making and in shaping new, binding, international norms.** ‘Soft’ environmental principles, for example, have had a significant impact in changing government and corporate conduct and in the development of binding laws (ênfase adicionada)”.

⁷⁶⁸ Idem.

estabelecidas que apenas precisam ser descobertas e interpretadas. O Direito é um agente de política social”⁷⁶⁹.

3.2.1.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos e o *jus cogens*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento fundamental no campo dos direitos humanos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Ela estabelece os direitos e liberdades básicos a que todos os seres humanos têm direito, independentemente de sua raça, cor, religião, gênero, língua, opinião política ou outra condição. Ela foi criada em um período pós-Segunda Guerra Mundial, quando o mundo estava se recuperando dos horrores da guerra e percebeu a necessidade de uma proteção internacional mais robusta dos direitos humanos. A ideia por trás da DUDH foi estabelecer um conjunto de princípios universais que pudessem ajudar a prevenir futuros conflitos e atrocidades.

Sua elaboração revela algumas influências jurídicas notáveis tais como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Carta das Nações Unidas de 1945. Apesar de não ser um tratado legalmente vinculativo, a DUDH tem um poderoso impacto moral e político. Ela serviu de base para muitos tratados de direitos humanos subsequentes e desempenhou um papel fundamental na formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A DUDH inegavelmente enfatiza a dignidade inerente de todos os seres humanos e estabelece os princípios fundamentais que guiam a promoção e proteção desses direitos em todo o mundo.

Em relatório do já extinto Conselho Internacional de Política de Direitos Humanos⁷⁷⁰, apontam-se como instrumentos de responsabilidade internacional direta de natureza heterorregulatória, por excelência, a DUDH e o *jus cogens*. o Conselho cita, corroborando o argumento de Santarelli no tópico referente aos instrumentos atuais e deveres de DIDH incidentes aos ANE, o artigo 30 da Declaração. Reconhece-se que Declaração Universal não é um tratado e, portanto, exorta sem criar obrigações juridicamente vinculativas; entretanto, afirma-se ser amplamente aceito que algumas disposições da Declaração se tornaram

⁷⁶⁹ Ibid., p. 75. No original “Law is more than a body of pre-established rules that merely need to be discovered and interpreted. Law is an agent of social policy”.

⁷⁷⁰ INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. Beyond Voluntarism: Human rights and the developing international legal obligations of companies. Geneva, Switzerland, 2002.

obrigatórias aos Estados. O que todavia segue-se debatendo, infelizmente, é se caberia incluir outros que Estados e indivíduos no vocabulário “grupo ou pessoa” utilizado no texto em foco. Nesse sentido, a doutrina vem argumentando que, uma vez estabelecidas as responsabilidades internacionais dos Estados e dos indivíduos, há de se concordar em ampliar um dever mínimo de respeito aos direitos humanos.

À essa altura [frise-se, texto de 1999!], a Declaração Universal também pode se dirigir às empresas multinacionais. Isso é evidente, embora as empresas não tivessem contato com a Declaração Universal na época em que foi redigida. A Declaração Universal não se dirige apenas aos governos. É “um padrão comum para todos os povos e todas as nações”. Significa que **“cada indivíduo e cada órgão da sociedade deve se esforçar por meio de medidas progressivas para assegurar seu reconhecimento universal e efetivo e observância entre o povo dos Estados membros”**. Todo indivíduo inclui pessoas jurídicas. **Cada indivíduo e cada órgão da sociedade não exclui ninguém, nenhuma empresa, nenhum mercado, nenhum ciberespaço**. A Declaração Universal aplica-se a todos eles⁷⁷¹ (ênfase no original, tradução nossa).

Nesse mesmo sentido, no que se refere ao *jus cogens* o relatório comenta que, apesar de não existir texto que exija de grupos ou indivíduos o respeito obrigatório ao *jus cogens*, pode-se extrair da prática e das resoluções dos sistemas resolução de controvérsias internacionais⁷⁷² que, se a Declaração nos exorta ao respeito de DIDH por todos grupos e indivíduos, essas condições elementares de humanidade também devem ter o mesmo nível de reverência.

3.2.1.2 Declarações e Conferências Mundiais da ONU

⁷⁷¹ HENKIN, Louis. The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets. **Brooklyn Journal of International Law**. Volume 25, Issue 1, 1999, pp. 24 e 25. No original “At this juncture the Universal Declaration may also address multinational companies. This is true even though the companies never heard of the Universal Declaration at the time it was drafted. The Universal Declaration is not addressed only to governments. It is ‘a common standard for all peoples and all nations.’ It means that ‘**every individual and every organ of society** shall strive-by progressive measures to secure their universal and effective recognition and observance among the people of member states.’ **Every individual includes juridical persons. Every individual and every organ of society excludes no one, no company, no market, no cyberspace**. The Universal Declaration applies to them all”.

⁷⁷² INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Beyond Voluntarism: Human rights and the developing international legal obligations of companies**. Geneva, Switzerland, 2002, pp. 62 à 64. “There is no text or practice that says individuals or companies are bound to respect these principles, and one rule (the prohibition on the use of force) is only relevant to relations between states. Nevertheless, it is significant that these norms have been singled out by states as having a ‘constitutional character’ or the ‘character of supreme law’. The International Court of Justice has described these norms as deriving from ‘the principles and rules concerning the basic rights of the human person’ or as ‘elementary considerations of humanity’. If the exhortation in the Universal Declaration that all organs of society should respect human rights is to have meaning, it must mean — at the very least — that businesses should not violate these fundamental rights”.

Fazia parte do discurso rotineiro dos Comitês da ONU enfatizar que apenas os Estados partes estavam legalmente comprometidos com os tratados; nos últimos anos, todavia, houve uma mudança dessa alocação, suavização do posicionamento estadocêntrico e atribuição de algum nível de responsabilidade às entidades privadas. No que concerne o direito à uma alimentação adequada e o direito à padrões acessíveis de saúde, por exemplo, o Comitê de Direito Econômicos, Sociais e Culturais afirmou que, embora apenas os Estados sejam partes do Pacto e, portanto, responsáveis pelo seu cumprimento, todos os membros da sociedade – indivíduos, famílias, comunidades locais, organizações não-governamentais organizações, organizações da sociedade civil, bem como como o setor empresarial privado - têm responsabilidades na realização do direito à alimentação⁷⁷³ e à saúde⁷⁷⁴.

Essas declarações mostram que a Organização das Nações Unidas (e, portanto, alguns Estados) estão mais dispostos a delegar algumas responsabilidades aos atores privados. Da mesma maneira, ao longo da década de 1990, a ONU organizou uma série de Conferências Mundiais sobre questões globais como meio ambiente, direitos humanos, desenvolvimento social e questões de gênero. Tais conferências tiveram a intenção de abordar esses temas de interesse comum através da reunião de líderes de governos, ONGs, acadêmicos e especialistas para debater, negociar e estabelecer diretrizes e acordos que afetam a comunidade internacional na esperança do engajamento na construção racional do consenso. Alguns aspectos importantes facilmente identificáveis dessas conferências mundiais da ONU seriam:

- a) criação de normas e instrumentos jurídicos internacionais uma vez que muitas dessas reuniões resultaram na adoção de tratados, convenções e declarações que acabam por consolidar princípios jurídicos internacionais;

⁷⁷³ UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General Comment 12, “The right to adequate food (Art. 11)”**, E/C.12/1999/5 at 12 May 1999, parágrafo 20, p. 5. No original “While only States are parties to the Covenant and are thus ultimately accountable for compliance with it, all members of society - individuals, families, local communities, non-governmental organizations, civil society organizations, as well as the private business sector - have responsibilities in the realization of the right to adequate food. The State should provide an environment that facilitates implementation of these responsibilities. The private business sector - national and transnational - should pursue its activities within the framework of a code of conduct conducive to respect of the right to adequate food, agreed upon jointly with the Government and civil society”.

⁷⁷⁴ UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, **General Comment 14 “The right to the highest attainable standard of health (Art. 12)”**, E/C.12/2000/4, 4 July 2000, parágrafo 42, p. 15 “While only States are parties to the Covenant and thus ultimately accountable for compliance with it, all members of society - individuals, including health professionals, families, local communities, intergovernmental and non-governmental organizations, civil society organizations, as well as the private business sector - have responsibilities regarding the realization of the right to health. States parties should therefore provide an environment which facilitates the discharge of these responsibilities.”

- b) promoção dos direitos humanos e do desenvolvimento sustentável através do estabelecimento de diretrizes nessas áreas;
- c) facilitação do diálogo e cooperação internacional pois fornecem uma plataforma crucial para que os países reduzam conflitos, compartilhem experiências e construam consensos sobre questões globais;
- d) inclusão de participantes diversificados (ONGs, acadêmicos, especialistas e setor privado), fator que enriquece as discussões e permite a consideração de diferentes perspectivas e interesses;
- e) monitoramento e avaliação para garantir a implementação dos acordos alcançados através de calendários de metas, incentivando a responsabilidade dos Estados participantes.

Dentre esses encontros, cabe destacar as Conferências sobre o meio ambiente no Rio de Janeiro em 1992⁷⁷⁵, sobre os direitos da mulher em Beijing em 1993⁷⁷⁶, sobre População e Desenvolvimento no Caire em 1994⁷⁷⁷ e sobre desenvolvimento social em Copenhague em 1995⁷⁷⁸. Um fator comum entre essas Conferências foi que elas partiram do pressuposto que as transnacionais dividem algumas responsabilidades internacionais com os Estados e até mesmo definiram algumas metas para empresas. Nesse sentido não foram heterorregulatórias de *hard law* pois essas metas não eram legalmente exigíveis, apenas responsabilidades internacionais acordadas. Apesar desses deveres não constituírem propriamente uma obrigação legal, a inclusão de atores privados nessas conferências e declarações demonstram

⁷⁷⁵ UNITED NATIONS. **United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro (Agenda 21)**, Brazil, 3 to 14 June 1992. Em especial a Section III, parágrafo 30, Strengthening the role of business and industry.

⁷⁷⁶ UNITED NATIONS. **The Beijing Declaration and Platform for Action, adopted by the Fourth World Conference on Women**, Beijing, 4-15 September 1995. Nesse texto, o termo *private sector* aparece 31 vezes. Destaque especial para o parágrafo “177. By the private sector, including transnational and national corporations: (a) Adopt policies and establish mechanisms to grant contracts on a non-discriminatory basis; (b) Recruit women for leadership, decision-making and management and provide training programmes, all on an equal basis with men; (c) Observe national labour, environment, consumer, health and safety laws, particularly those that affect women”.

⁷⁷⁷ UNITED NATIONS. **Programme of Action adopted at the International Conference on Population and Development**, Cairo, 5-13 September 1994. Esse programa dedica metade de um capítulo XV ao setor privado. Em parágrafo 15.13 “**The private sector involvement may assist or supplement but must not mitigate the responsibility of Governments** to provide full, safe and accessible reproductive health services to all people” (ênfase adicionada).

⁷⁷⁸ UNITED NATIONS. **Copenhagen Declaration on Social Development and Programme of Action, adopted by the World Summit for Social Development**, Copenhagen, 12 March 1995. Destacam-se o texto dos parágrafos 12 “Making economic growth and the interaction of market forces more conducive to social development requires the following actions: (e) Encouraging transnational and national corporations to operate in a framework of respect for the environment while complying with national laws and legislation, and in accordance with international agreements and conventions, and with proper consideration for the social and cultural impact of their activities” e 45 “Particular efforts by the public and private sectors are required”.

uma transformação do paradigma não-vinculatório para obrigações de um caráter mais legal de *soft law* que pode, eventualmente, evoluir para deveres exigíveis.

3.2.1.3 As Diretrizes da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para Empresas Multinacionais

As Diretrizes da OCDE são recomendações feitas pelos governos às empresas multinacionais que operam nos países aderentes ou a partir deles. Seu objetivo é assegurar que as operações dessas empresas estejam alinhadas às políticas governamentais domésticas, fortalecendo a confiança mútua entre as empresas e as sociedades onde operam, contribuindo para melhorar o clima de investimento internacional e estimulando a contribuição das empresas multinacionais para o desenvolvimento sustentável. O próprio documento reconhece que algumas empresas já adotam documentos internos de boas práticas (como códigos de conduta), sendo essas Diretrizes entendidas como um ponto de referência para as empresas e complemento e reforço para a iniciativa privada. Elas fornecem princípios e padrões voluntários para uma conduta empresarial e são o único código multilateralmente acordado (ou seja, entre Estados de origem e Estados hospedeiros das TNCs) no qual os governos se comprometeram a promover em matéria de conduta empresarial responsável⁷⁷⁹. Adotadas originalmente em 1976 e sujeitas às atualizações periódicas, elas passaram por diversas modificações, sendo a última delas em 2023⁷⁸⁰.

Apesar de ser reconhecidamente vago, esse instrumento foi inovador ao trazer o alargamento da responsabilidade de transnacionais muito além dos direitos trabalhistas de seus empregados com a exigência em parágrafo 2º de que as empresas evitem causar, ou contribuir para, impactos adversos aos direitos humanos por meio de suas próprias atividades e que tratem desses impactos quando ocorrerem⁷⁸¹. Nesse ínterim, cumpre salientar 4 aspectos

⁷⁷⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais**. OECD Publishing, Paris, 2023, pp. 3-12.

⁷⁸⁰ BOOTH, Katharine. **Encontro Global da OECD Watch 2023**: O papel da OCDE, das Diretrizes da OCDE e da OECD Watch. Netherlands, 2023. Disponível em <https://policycommons.net/artifacts/3680217/encontro-global-da-oecd-watch-2023-o-papel-da-ocde-das-diretrizes-da-ocde-e-da-oecd/4486059/> Acesso em 24 de agosto de 2023, p. 7. Mais adiante neste mesmo relatório, essa a OECD WATCH aponta como áreas-chave dignas de atenção para a atualização de 2023: impactos ambientais, alinhamento com a linguagem de direitos humanos, povos indígenas, questões de gênero e digitalização.

⁷⁸¹ INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Beyond Voluntarism: Human rights and the developing international legal obligations of companies**. Geneva, Switzerland, 2002, p. 31. “While the statement is rather vague, the term ‘affected by their operations’ is broad and extends the responsibility of enterprises far beyond respect for the labour rights of their workers. It would include, for example, ensuring that their activities do not harm the human rights of those in the communities in which they operate. The wording also makes clear that multinational enterprises should measure their conduct against the international obligations of the host state and not merely national laws, especially if these are weaker than international standards. The revision also added a recommendation on elimination of child and forced labour and is slightly stronger than the old guidelines on disclosure of environmental information”.

que reforçam o caráter normativo desse instrumento de *soft law* e o enquadra como mecanismo de controle de ANE (manifestamente de TNCs):

- a) o comprometimento à uma declaração de um órgão público ministerial intergovernamental teria a força jurídica análoga ao compromisso político de um Estado;
- b) essas diretrizes possuem um detalhado procedimento de implementação que, apesar de dedicado aos Estados, demonstra seu aspecto quase-judicial;
- c) terceiro, mesmo que seja um tema ainda em debate, a doutrina majoritária considera que essas diretrizes já integraram o direito consuetudinário internacional;
- d) finalmente, se consideramos que a Declaração Universal vincula todos os atores internacionais, a lógica deveria ser a mesma para esse instrumento, permitindo a vinculação não voluntária de respeito aos direitos humanos⁷⁸².

Essas Diretrizes para Empresas Multinacionais sofrem, juntamente com os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, duras críticas quanto à ausência de mecanismos de sanção e caráter não vinculativo. Esse cenário contribuiu para uma visão desses textos como instrumentos pouco práticos de retórica meramente ideológica e propiciou o início do debate entorno do Instrumento Legal Obrigatório, que veremos mais adiante neste trabalho.

3.2.1.4 A responsabilidade jurídica individual internacional

Após a 2ª Guerra Mundial, a humanidade atravessou um período turbulento com a eclosão de conflitos étnicos, rebeliões armadas e ataques terroristas de grandes proporções, demonstrando a necessidade do estabelecimento de um arcabouço jurídico, na esfera internacional, como jamais fora possível. Os julgamentos de Nuremberg e Tóquio foram indubitavelmente precedentes históricos sendo, entretanto, a queda do Muro de Berlim responsável pelo estabelecimento da jurisdição penal internacional permanente como os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, em especial, para a antiga Iugoslávia e para Ruanda⁷⁸³.

⁷⁸² Ibid., pp. 66 à 68.

⁷⁸³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Ed. Elsevier, 2012, p. 119.

Apesar desses avanços foi apenas em 1998 que o Estatuto de Roma deu início ao Tribunal Penal Internacional, durante a Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas. Embora o TPI tenha sido o responsável por alavancar a teoria da responsabilidade penal internacional dos indivíduos, desde as primeiras décadas do século XX já se buscava uma maneira de responsabilizar indivíduos por condutas consideradas bárbaras. Segundo Mazzuoli⁷⁸⁴

A sociedade internacional tem pretendido consagrar a responsabilidade penal internacional desde o final da Primeira Guerra Mundial. Tal fato se deu quando o Tratado de Versalhes pretendeu, sem sucesso, chamar a julgamento o ex-Kaiser Guilherme II de Hohenzollern, até então imperador da Alemanha, por "ofensa suprema à moralidade internacional e à autoridade dos tratados", determinando o seu processo criminal (artigo 227) mediante o estabelecimento de um tribunal penal internacional (artigos 228 e 229). Em seguida, a responsabilização penal pessoal volta à tona quando o Tratado de Sevres, que nunca foi ratificado pela Turquia, pretendeu responsabilizar o Governo Otomano pelo massacre de quase um milhão de armênios, tendo sido esse o primeiro genocídio do Século XX. [...] Como resposta a esse antigo anseio da sociedade internacional, no sentido de estabelecer uma corte criminal internacional de caráter permanente, e ainda em razão das críticas aos tribunais *ad hoc* das Nações Unidas em fazer frente às violações massivas de direitos humanos, finalmente vem à luz o TPI, pelo Estatuto de Roma de 1998. Trata-se da primeira instituição global permanente de justiça penal internacional.

O TPI entrou em vigor apenas em 2002, sendo órgão jurisdicional permanente, com natureza de norma supraconstitucional e “centrífuga”, pois devido ao reconhecimento do princípio universal, suas normas superaram todo tipo de norma do direito interno, aplicando-se de forma igualitária a todos os países que o reconheceram. É, portanto, um tribunal independente e automático, devido a desnecessidade de intervenção externa ou de aceitação do Estado para operar, desde que ratificado por este⁷⁸⁵.

Em seu artigo 26 o Estatuto de Roma esclarece que a competência *ratione personae* do Tribunal Penal Internacional somente poderá ser exercida sobre indivíduos maiores de 18 anos. Portanto, não haverá exercício de jurisdição do Tribunal em face de pessoas jurídicas como Estados ou qualquer outra organização internacional não estatal. Essa decisão de excluir a personalidade jurídica da jurisdição do TPI não foi unânime. Ambos explica que a delegação francesa argumentou fortemente a favor da inclusão destas pessoas pois considerava um item importante pra a restituição e compensação das vítimas. A argumentação francesa propôs algumas mudanças no que viria a ser o Estatuto de Roma, sendo reiteradamente sugerido que a responsabilidade de um grupo ou organização poderia ser vista

⁷⁸⁴ MAZZUOLI, op. cit., p. 1045.

⁷⁸⁵ Ibid., p. 1048.

como a comissão de pessoa natural também submissa à jurisdição do TPI. Ou seja, que a responsabilidade da pessoa natural não seja completamente dissociada da organização e que a responsabilidade penal de sociedades criminosas não exclua a das pessoas naturais⁷⁸⁶.

A proposta final, entretanto, seguiu no sentido de excluir a responsabilidade de Estados e qualquer outra organização internacional⁷⁸⁷. Ambos⁷⁸⁸ considera deveras convincentes os motivos alegados para rejeitar essa proposta: que a inclusão da responsabilidade coletiva prejudicaria foco jurisdicional do Tribunal; que haveriam sérios problemas no recolhimento de evidências; que ainda não existem padrões comuns universalmente reconhecidos para responsabilidade de multinacionais; que o conceito nem mesmo é reconhecido em alguns sistemas criminais; e, finalmente, a ausência de responsabilidade criminal corporativa em muitos Estados tornaria o princípio da complementaridade⁷⁸⁹ impraticável.

⁷⁸⁶ UNITED NATIONS. U.N. Doc. A/CONF.183/13, Vol. II. 1998, **United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court**. Rome, 15 June — 17 July 1998, Disponível em https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf. Acesso em 2 de agosto de 2023. Em página 133, parágrafo 33, “The French proposal, which had already been submitted to the Preparatory Committee, was based on five principles. First, the responsibility of a group or organization must be consequent on the previous commission by a natural person of a crime fairing within the jurisdiction of the Court. The criminal responsibility of natural persons would not, therefore, be completely dissociated from that of the organization, and the criminal responsibility of criminal organizations clearly did not exclude that of natural persons. There was nothing in the proposal to permit the concealment of individual responsibility behind that of an organization. The second principle, stated in the proposed new paragraph 5, corresponded to a provision in the Nuremberg Charter. The third principle, that a decision by the Court on the criminal nature of an organization was binding on States parties and could not be questioned, would certainly require further discussion. Fourthly, the principle that it was for States parties to take the necessary steps to give effect to a Court decision to declare that a group or organization was criminal, was also similar to a provision of the Nuremberg Charter. The fifth principle, to which her delegation would return during the discussion on penalties, was that organizations declared criminal by the Court might incur penalties. France proposed that only fines or confiscation of the proceeds of crimes should be imposed. The purpose of her delegation's proposal was to build a bridge between the countries that accepted criminal responsibility for organizations or groups and those that did not”.

⁷⁸⁷ UNITED NATIONS. U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.5 (1998), **Working paper on article 23, paragraphs 5 and 6 - Part 3**. Rome, 15 June — 17 July 1998. Disponível em <https://www.legal-tools.org/doc/0564c4/pdf/>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

⁷⁸⁸ AMBOS, Kai. Article 25: Individual Criminal Responsibility. **Commentary on the Rome Statute of The International Criminal Court**. 2ª edição de 14 de dezembro de 2011, p. 478. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1972186>. Acesso em 2 de agosto de 2023. “The final proposal presented to the Working Group was limited to private corporations, excluding states and other public and non-profit organizations. Further, it was linked to the individual criminal responsibility of a leading member of a corporation who was in a position of control and who committed the crime acting on behalf of and with the explicit consent of the corporation and in the course of its activities. Despite this rather limited liability, the proposal was rejected for several reasons which as a whole are quite convincing. The inclusion of collective liability would detract from the Court's jurisdictional focus, which is on individuals. Furthermore, the Court would be confronted with serious and ultimately overwhelming problems of evidence. In addition, there are not yet universally recognized common standards for corporate liability; in fact, the concept is not even recognized in some major criminal law systems. Consequently, the absence of corporate criminal liability in many states would render the principle of complementary (article 17) unworkable”.

⁷⁸⁹ Artigo 17 do Estatuto de Roma. Comentam SOUZA e JAPIASSÚ, op. cit., p. 104 que “de forma a atingir um consenso, o princípio da complementaridade foi escolhido como norteador das relações entre as jurisdições nacionais e a do Tribunal. Significa que somente estará legitimado o órgão jurisdicional internacional, em tendo

Ainda assim, alguns doutrinadores seguem rebatendo o discurso atual de que “crimes internacionais são cometidos por homens, não por entidades abstratas, e apenas punindo indivíduos que cometeram esses crimes as provisões de direito internacional serão alcançadas”⁷⁹⁰. Nieto Martín reforça que, em especial no que tange o Direito Ambiental Internacional, essa visão contribui para uma cultura de impunidade. Ele comenta que desde mesmo durante o julgamento pelo Tribunal de Nuremberg discutia-se a responsabilidade das multinacionais que foram responsáveis pelo fornecimento do gás utilizado nos campos de concentração, como também aquelas que utilizavam os serviços dos judeus em regime análogo à escravidão.

Como é bem sabido, o direito internacional originalmente gerava direitos, obrigações e sanções apenas para os Estados. [...] Em Nuremberg, no entanto, uma doutrina ambígua foi iniciada com relação à extensão da responsabilidade de corporações ou pessoas jurídicas por crimes como genocídio ou crimes de guerra. Por um lado, algumas das decisões mais importantes falam claramente de corporações ou sociedades criminosas, mas por outro lado, em Nuremberg não houve condenações contra pessoas jurídicas, apenas para dirigentes ou pessoas pertencentes à essas organizações. [...] As alusões a empresas criminosas nos julgamentos de Nuremberg não tiveram outro significado senão facilitar o julgamento de seus membros, porém, para a maior parte da doutrina, a responsabilidade pelos crimes que foram julgados em Nuremberg exigia, por sua extrema gravidade, a confirmação de uma censura moral que não poderia ser feita contra as corporações (tradução nossa)⁷⁹¹.

O mesmo autor segue argumentando que, apesar de desistência compreensível feita pelo Estatuto da Corte, é chegado o momento de retornar a discutir o assunto. Ele argumenta

havido inércia dos correspondentes nacionais. Este caráter garante uma intervenção não tão drástica nos Estados nacionais. [Esse princípio] não se afasta a responsabilidade das jurisdições criminais internas em exercer sua função ordinária de persecução dos crimes internacionais. Ademais, é possível crer que este caráter impulsionará os Estados Partes no trabalho de implementação da legislação adequada à repressão de tais crimes em âmbito nacional”.

⁷⁹⁰ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL (NUREMBERG). **The Trial of German Major War Criminals**. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22nd August, 1946 to 1st October, 1946), p. 55, "Crimes against International Law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of International Law be enforced".

⁷⁹¹ NIETO MARTÍN, Adán. Bases Para Un Futuro Derecho Penal Internacional del Medio Ambiente. **Revista ERES Revue internationale de droit pénal**, Vol. 82, 2011, p. 496. No texto original “Como es bien conocido, el derecho internacional generaba originariamente derechos, obligaciones y sanciones únicamente para los Estados. [...] En Nüremberg, no obstante, se inició una ambigua doctrina en relación a en qué medida las corporaciones o las personas jurídicas resultaban también responsables de delitos como el genocidio o los crímenes de guerra. De un lado, en algunas de las decisiones más importantes se habla con claridad de corporaciones o empresas criminales, para referirse a las SS o a IG Farben, multinacional que proporcionó el gas de los campos de concentración y utilizo como esclavos a muchos judíos, pero, de otro, en Nüremberg no hubo ninguna condena contra las personas jurídica, sino tan sólo a directivos o a personas pertenecientes a dichas organizaciones. [...] Las alusiones a empresas criminales dentro de los juicios de Nüremberg no tuvieron otro significado que hacer más fácil el procesamiento de sus miembros, pero para la mayoría de la doctrina la responsabilidad por los delitos que se juzgaron en Nüremberg exigían, por su extrema gravedad, la constatación de un reproche moral que no podía ser efectuado contra las corporaciones”.

ter sido compreensível à época o abandono da responsabilidade de pessoas jurídicas já que tal implicaria adoção de um assunto sem consenso nos direitos internos, mas, com o passar dos anos haveria ocorrido uma evolução internacional capaz de suportar essa responsabilização. Os argumentos utilizados por ele para inclusão das multinacionais, na verdade, também parecem aplicar-se a outros *non-state actors*.

Sua argumentação gira em torno de 4 eixos⁷⁹²:

- a) as multinacionais são verdadeiros atores políticos com maior poder e influência que alguns Estados;
- b) houve um abandono gradativo do *societas delinquere non potest* nos últimos textos e instrumentos internacionais;
- c) a necessidade de conferir maior eficácia ao poder de decisão dos Tribunais e Cortes internacionais;
- d) finalmente, pois a tão somente adesão à Códigos Éticos de autorregulação proclamam a capacidade de responsabilidade dessas sociedades. Esse arsenal de normas de autorregulação, “até o momento, não são nada, apenas declarações de intenções com escassa transcendência prática que respondem em boa medida às necessidades do marketing”⁷⁹³.

Por fim, importa salientar que segundo os padrões de DIDH da ONU e tratados dos continentes africano, americano e europeu, existem reconhecidamente 3 tipos de obrigações individuais: primeiramente, os indivíduos tem obrigações junto à sociedade ou comunidade na qual habitam (os chamados deveres sociais como pagar impostos ou serviço militar); em segundo lugar, eles tem o dever de exercer seus direitos de maneira responsável (ponderação de direitos como liberdade de expressão *versus* discriminação); por último, os indivíduos têm a obrigação de não violarem DIDH e agirem em sua promoção e defesa⁷⁹⁴.

⁷⁹² Ibid., p. 498 e 499

⁷⁹³ Idem, “En efecto, los Códigos éticos, declaraciones de responsabilidad social corporativa o otros instrumentos de autorregulación similares hasta ahora no son sino meras declaraciones de intenciones, con escasa transcendencia práctica y que responden en buena medida a necesidades de marketing. La responsabilidad penal colectiva garantizaría la *accountability*, ante los tribunales de justicia, de las grandes empresas por sus normas de autorregulación”.

⁷⁹⁴ INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Beyond Voluntarism: Human rights and the developing international legal obligations of companies.** Geneva, Switzerland, 2002, pp. 71 e 72. “UN human rights standards and human rights treaties in Africa, the Americas and Europe have recognised three broad kinds of individual obligation. First, individuals have obligations to their society or community – to fulfil what may be called civic duties, such as paying taxes or performing civil or military service. Secondly, they have a duty to exercise their rights in a responsible way. For example, the state may set limits on some personal freedoms. Thirdly, individuals have an obligation not to abuse human rights and to act positively to promote and implement these rights”.

3.2.1.5 As quatro Convenções de Genebra

Em geral, o comportamento dos Estados em tempos de guerra é regulado seja pela Constituição de cada Nação, seja pelo Direito Internacional, mesmo que de maneira branda. Além da regulação doméstica e aceitação de cada Estado aos tratados internacionais, há uma "proibição formal e extensiva" de guerra contida na Declaração Universal de Direitos Humanos da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas de 1948⁷⁹⁵. Pouco se regula, entretanto, a atuação das instituições não estatais.

Nesse sentido, para suprir a falta de regulação internacional em tempos de guerra de todos os agentes, estatais ou não estatais, as sucessivas convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais constituem o núcleo do Direito Internacional Humanitário. Esses tratados, ao regular direitos e deveres de Estados, combatentes, civis e militares, alargaram a normativa internacional existente, ao menos nos tempos de guerra. Nesse liame, os conflitos podem ser regulados seja pelo DIDH, seja pelo DIH, a depender dos agentes envolvidos e, principalmente, do reconhecimento da internacionalidade da hostilidade. Contemporaneamente, em resposta à crescente ameaça representada pelos grupos armados, a sociedade internacional tem-se mobilizado para diminuir as brechas normativas e expandir o regime jurídico que regula a sua conduta. Essa evolução de responsabilização deu-se à frequência e gravidade dos conflitos armados, assim como a necessidade em harmonizar o direito internacional humanitário com o regime internacional de proteção dos direitos humanos. Conforme reiterado pelos sistemas de resolução de controvérsias, há convergência e complementaridade entre o DIDH e o DIH na proteção de todas as pessoas nos conflitos armados, sejam eles internos ou internacionais.

No passado, os mecanismos e procedimentos para a implementação das obrigações internacionais relativas aos direitos humanos e ao direito humanitário eram centrados no Estado e permaneciam relativamente dissociados. O que se tem observado contemporaneamente é uma crescente interação entre as estruturas de apoio dos dois ramos de direito e uma ampliação do sujeito da responsabilização para incluir entidades não estatais, com o reconhecimento do papel proeminente

⁷⁹⁵ A Carta prevê, em seu artigo 2º, § 4º, que “Todos os membros deverão evitar, em suas relações internacionais, a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com os propósitos das Nações Unidas”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 25 de janeiro de 2023.

exercido por essas entidades em conflitos armados e na infringência das normas internacionais incidentes. O maior obstáculo a ser superado nesse desenvolvimento normativo e procedimental tem sido a responsabilização direta de grupos armados por desrespeito às normas de direitos humanos⁷⁹⁶.

Apesar do instrumento em questão estar limitado à responsabilização direta no direito humanitário internacional, cabe destacá-lo pois o mesmo demonstra a transformação nos debates internacionais. Ainda assim, ao menos referente aos grupos armados, é majoritariamente o DIH que fornece fórmulas de prestação de contas em tempos de guerra e estabelecimento de um regime jurídico mínimo de regras humanitárias básicas sobre cada parte do conflito no sentido de incluir os grupos armados.

Ainda sobre esse texto, cumpre ressaltar importante crítica encabeçada por Clapham ao Protocolo II ao Artigo 3º comum às quatro Convenções pois o mesmo prega a necessidade de reconhecimento governamental para definir o conflito armado como internacional⁷⁹⁷. Esse Protocolo, ao revalorizar a soberania, impede tanto a logística de auxílio prático aos conflitos quanto à aplicação de legislação internacional, seja ela humanitária ou de direitos humanos.

Contrário à abrangência do DIH, o sistema internacional de DIDH permite apenas a responsabilização estatal por atos praticados por grupos armados, sejam aqueles situados no seu próprio território ou em território de outro Estado. Apesar do benéfico reconhecimento da complementaridade do DIDH e DIH, a regulação dos conflitos armados segue confusa e carece de debate. De maneira geral, define-se o corpo de regras a ser aplicado em virtude da categoria de grupo armado enfrentado: aos rebeldes, insurgentes e beligerantes⁷⁹⁸, aplicam-se normas gerais de Direito Humanitário. Já existem, entretanto, algumas situações nas quais admite-se a responsabilidade direta de direitos humanos a esses grupos e a lógica das decisões internacionais aponta que tal pode ocorrer quando um grupo armado atua como autoridade

⁷⁹⁶ SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. A responsabilização internacional de grupos armados de oposição. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, a. 52 n. 208, out./dez., 2015, pp. 49 e 50.

⁷⁹⁷ CLAPHAM, op. cit., pp. 271 à 286 (capítulo 7).

⁷⁹⁸ Idem. Os três primeiros grupos (rebeldes, insurgentes e beligerantes) possuem definição e tratamento móveis e dependentes do nível de controle e reconhecimento estatal. Originalmente, os rebeldes são considerados detentores de direitos e obrigações domésticos e, ao fortalecerem-se, produzem uma situação de insurgência. Tradicionalmente, os insurgentes têm que satisfazer algumas condições mínimas: devem provar que têm controle efetivo de algum lugar no território e que a resposta civil atinja um certo grau de intensidade e duração. Para o direito internacional tradicional, os insurgentes reconhecidos pelo Estado contra o qual combatem não são apenas insurgentes, mas beligerantes, porque foram assimilados pelo ator estatal com todos os direitos e obrigações esperados de um conflito armado internacional. O problema é que os governos muitas vezes não reconhecem esses grupos porque consideram ser o mesmo que admitir que algum grau de controle e soberania foi perdido, "elevando" o *status* dos rebeldes. Por fim, a quarta categoria de ator internacional são os grupos de libertação nacional. Parece inusitado categorizar esse grupo como um ator não-estatal porque seus representantes rejeitam esse rótulo, já que querem enfatizar suas aspirações quase-estatais exercidas em algumas organizações intergovernamentais. Uma diferença entre esses grupos e os beligerantes ou insurgentes reconhecidos é que a libertação nacional é capaz de reivindicar direitos e está sujeita a obrigações internacionais, mesmo no caso de ausência de controle do território ou de reconhecimento do Estado.

política, possui funções governamentais de controle e administração sobre um território e sua população, criando uma relação de autoridade para com os indivíduos⁷⁹⁹. Assim sendo, se o grupo em questão não é um grupo de libertação nacional, estaríamos diante do caso de um conflito armado no qual devemos aplicar o Direito Humanitário, em particular as Convenções de Genebra de 1949.

Além desse cenário, no que concernem os grupos de libertação nacional, qualquer coletividade que consiga estabelecer um novo Estado deve ser responsabilizada, como Estado, por seus atos cometidos enquanto era um ator não estatal. A obrigação deve incluir não apenas as regras do Direito Humanitário, mas também as regras gerais dos Direitos Humanos, conforme regulado pelo artigo 10 da Resolução 56/83 da Assembleia das Nações Unidas, sobre Responsabilidades do Estado por atos internacionalmente ilegais⁸⁰⁰. Os grupos de insurreição que não tiverem sucesso não estão sujeitos a esse regulamento, porém serão responsabilizados por suas infrações de acordo com o Direito Internacional, sem o filtro estatal, conforme regulado pelo comentário 16 do mesmo artigo da Resolução⁸⁰¹.

Além da responsabilidade pelas violações cometidas por esses novos Estados enquanto grupos de insurreição, interessa refletir “se as recentes evoluções do direito internacional, cada vez mais preocupadas com os sujeitos não estatais, pressupõem proibições emergentes

⁷⁹⁹ SOUZA, op. cit., pp. 51 e 52. “É possível, então, vislumbrar situações em que grupos armados poderiam ser diretamente responsabilizados por violações de direitos humanos? Nos Comentários ao projeto de artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, a CDI acentua que, se um grupo armado de insurreição é verdadeiramente independente do Estado, e o governo do Estado não é negligente na sua responsabilidade de manter a ordem pública, a conduta do grupo armado não pode ser atribuída ao Estado. [...] Caso esse mesmo grupo armado insurrecional controle parte do território do Estado e exerça sobre o território e a população lá residente sua autoridade e administração *de facto*, conduzindo-se como um novo Governo ou Estado naquele território, aduz a CDI que tal grupo poderá ser responsabilizado diretamente pela observância das normas de direito internacional, incluindo os direitos humanos [...] A razão é evidente: em casos tais, o grupo armado atua também como uma autoridade política, exercendo funções governamentais de controle e administração sobre um território e sua população, o que atrai a incidência dos direitos humanos na relação entre a autoridade e os indivíduos. [...] Órgãos de direitos humanos desenvolveram uma racionalização adicional para a responsabilização direta de grupos armados por violações de direitos humanos. No relatório final sobre sua missão no Sri Lanka (2006), o Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais da então Comissão de Direitos Humanos argumentou que os direitos humanos funcionam não apenas como obrigações assumidas por Estados, mas também como ‘expectativas legítimas da comunidade internacional’”.

⁸⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Responsabilidades do Estado por atos internacionalmente ilegais**. Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/56/83 de 28 de janeiro de 2002. “Article 10 - Conduct of an insurrectional or other movement: 1. The conduct of an insurrectional movement which becomes the new government of a State shall be considered an act of that State under international Law; 2. The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law”.

⁸⁰¹ Ibidem. No original “a further possibility is that insurrectional movement may itself be held responsible for its own conduct under international law, for example for a breach of international humanitarian law committed by its forces. The topic of the international responsibility of the unsuccessful insurrectional or other movements, however, falls outside the scope of the present Articles, which are concerned only with the responsibility of States”.

para suas declarações de independência”⁸⁰². Libarona, discutindo em que medida atualmente reconhece-se o direito de autodeterminação dos povos e dos ANE, comenta que “o direito internacional em matéria de livre determinação evoluiu até dar lugar a um direito à independência dos povos em territórios não-autônomos e aos povos submetidos à subjugação, dominação e exploração estrangeiras”⁸⁰³. O jurista espanhol aponta ainda que o Direito Internacional vem encontrando maneiras dirigir-se a esses grupos independentistas e incluí-los nos instrumentos internacionais na tentativa de apaziguar as discrepâncias que poderiam comprometer a integridade territorial.

[E]m vários convênios internacionais existem prescrições dirigidas à entidades subestatais relativas ao respeito à integridade territorial de seus Estados correspondentes, como o artigo 5º da Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias⁸⁰⁴, o preâmbulo do Convênio Marco para a Proteção das Minorias Nacionais⁸⁰⁵, o artigo 46 da Declaração Internacional dos Direitos dos Povos

⁸⁰² LIBARONA, Iñigo Urrutia. Derecho de autodeterminación y creación de nuevos estados europeos a partir de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo. **Dret comparat i context internacional**. Generalitat de Catalunya, Institut d’Estudis Autònoms, octubre 2014, p. 45, “si los recientes desarrollos de derecho internacional, cada vez más preocupados por los sujetos no estatales, suponen prohibiciones emergentes para las declaraciones de independencia”.

⁸⁰³ LIBARONA, op. cit., p. 41. No original “ el derecho internacional en materia de libre determinación ha evolucionado hasta dar lugar a un derecho a la independencia de los pueblos de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras”. Sobre o uso de força para alcançar seu direito à secessão, entretanto, fica claro que as mesmas proibições que são impostas ao Estado também o são aos ANE em virtude de seu caráter *jus cogens*. Aqui cabe reflexão de LIBARONA, op. cit., p. 47, sobre a Opinião Consultiva da CIJ que analisa a legitimidade internacional da declaração de independência de Kosovo. “En definitiva, si bien la garantía de la territorialidad del estado es una garantía que vincula a los estados, el uso de la fuerza o la amenaza de su uso supone una obligación de carácter imperativo general y, por esa razón, también aplicable a las entidades subestatales. Evidentemente, la garantía del no uso de la violencia y la prohibición de la amenaza de su uso se aplicará, por las mismas razones, a los estados dentro de los que se produzcan movimientos secesionistas. [...] Puede decirse que a partir de la opinión consultiva sobre Kosovo el principio de la neutralidad del derecho internacional frente a los actos de secesión ha quedado fortalecido. La Corte Internacional ha mostrado una clara oposición a admitir una nueva prohibición de la secesión basada en la práctica más reciente, sin que los desarrollos más actuales supongan criterios para admitir una evolución en la costumbre internacional en sentido prohibitivo. Tal y como ha afirmado la doctrina, resulta destacable la insistencia de la Corte Internacional de Justicia en la afirmación de la estricta interestatalidad de la obligación de garantizar la integridad territorial, descartando todo intento de desnacionalizar el ámbito del artículo 2 párrafo 4 de la Carta de Naciones Unidas. La obligación de respetar la integridad territorial es una obligación dirigida a los Estados, de ahí que la declaración de independencia realizada por un actor subestatal no resulte prohibida sobre la base del derecho internacional”.

⁸⁰⁴ “Artigo 5.º, Obrigações existentes: Nenhuma disposição da presente Carta poderá ser interpretada no sentido de implicar o direito de se envolver em qualquer atividade ou praticar qualquer ato contrário aos objetivos da Carta das Nações Unidas ou a outras obrigações emergentes do direito internacional, incluindo **o princípio da soberania e integridade territorial dos Estados** (ênfase adicionada)”. CONSELHO DE EUROPA. **Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias**. ETS No. 148. Strasbourg, 05/11/1992. Disponível em <https://rm.coe.int/16806d3589>. Acesso em 2 de outubro de 2023.

⁸⁰⁵ “Considering that the realisation of a tolerant and prosperous Europe does not depend solely on co-operation between States but also requires transfrontier co-operation between local and regional authorities **without prejudice to the constitution and territorial integrity of each State** (ênfase adicionada)”. E ainda mais adiante “Being resolved to define the principles to be respected and the obligations which flow from them, in order to ensure, in the member States and such other States as may become Parties to the present instrument, the effective protection of national minorities and of the rights and freedoms of persons belonging to those minorities, within the rule of law, **respecting the territorial integrity and national sovereignty of States**

Indígenas⁸⁰⁶, sugerindo um vínculo entre o Direito Internacional e as entidades não estatais no âmbito regional europeu (tradução nossa)⁸⁰⁷.

3.2.1.6 Assimilação simétrica e extraterritorialidade

Diante do exposto, percebe-se que a responsabilidade do Estado por violações cometidas por atores não estatais é a primeira opção de responsabilidade internacional a ser discutida ante uma violação de direitos humanos. Dependendo da gravidade do crime internacional, considera-se a responsabilidade individual, porém apenas em alguns crimes específicos⁸⁰⁸. Assim sendo, cabe ao Estado proteger as pessoas não só contra as violações de direitos cometidas por seus agentes, mas também efetuar uma devida diligência para que não ocorram vulnerações em seu território.

Impossível negar, entretanto, a atual mudança de paradigma da prestação de contas que, segundo August Reinisch, apresenta dois elementos principais: a proliferação de códigos de conduta (a ser abordada no tópico de mecanismos autorregulatórios) e o renascimento da extraterritorialidade. O autor comenta que a forma ideal de garantir direitos contra atividades

(ênfase adicionada)”. CONCIL OF EUROPE. **Framework Convention for the Protection of National Minorities**. ETS No. 157. Strasbourg 01/02/1995. Disponível em <https://rm.coe.int/168007cc50>. Acesso em 2 de outubro de 2023.

⁸⁰⁶ “Artigo 46 - 1. Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar **qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes** (ênfase adicionada)”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. UNIC/ Rio/ 023 - Mar. 2008.

⁸⁰⁷ LIBARONA, op. cit., pp. 47 e 48, “Se ha alegado, asimismo, la circunstancia de que en varios convenios internacionales constan prescripciones dirigidas a entidades subestatales relativas al respeto por la integridad territorial de sus correspondientes estados, como el artículo 5 de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, el preámbulo del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, o el artículo 46 de la Declaración Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas, sugiriendo que ello evidencia la vinculación entre el derecho internacional y las entidades no estatales en el ámbito regional europeo”.

⁸⁰⁸ Souza e Japiassú defendem que na verdade haverem três espécies de crimes internacionais. Em sentido estrito, temos as infrações previstas pelo Estatuto do Tribunal Militar Internacional (geram responsabilidade penal imediata fundada diretamente do Direito Internacional). Em sentido amplo, existem os crimes transnacionais que, por suas características, têm sua extensão e consequências além das fronteiras (podem estar previstos ou não em tratados e convenções bilaterais, multilaterais ou universais) e, em terceiro e último lugar, apontam-se os crimes internacionais em sentido mais amplo. Sobre este último, os autores explicam que “denomina-se delinquência por contaminação ou difusão ao conjunto daqueles crimes, convencionais ou não, que se manifestam mais ou menos ao mesmo tempo em lugares diversos, com as mesmas características, passando de um Estado a outro, por assim dizer, epidemicamente, graças à rapidez dos meios de transporte, à instantaneidade das comunicações e à atividade dos *mass media*. Este último aspecto transformou o crime na notícia por excelência e, com isso, o potencializou”. SOUZA e JAPIASSÚ, op. cit., p. 316.

potencialmente infratoras de atores não estatais é legislar e, assim, transferir as garantias do direito internacional para a ordem nacional. Infelizmente, uma assimilação genérica e ampla desses direitos na legislação nacional não é simétrica: existem países que trasladaram mecanismos de prestação de contas internacionais à legislação doméstica e outros nos quais ainda existe uma cultura de impunidade⁸⁰⁹. Nesse cenário, atores não-estatais avaliam deliberadamente os diferimentos regulatórios e escolhem países específicos para suas operações a fim de reduzir seus encargos legais. Esse tipo de cálculo é feito principalmente por grandes empresas multinacionais, porém esse pensamento também se aplica a outros atores não estatais como organizações internacionais, que também são induzidas a estabelecer suas sedes e operar em países que lhes oferecem privilégios e imunidades. Alguns países estão se engajando em um verdadeiro *immunity dumping* para atrair sedes de organizações internacionais prestigiosas⁸¹⁰.

Uma possível resposta para mitigar este *human rights forum shopping* é aumentar a coerência entre os vários parâmetros jurídicos domésticos: harmonização legislativa ou assimilação nacional regulamentar. Uma alternativa para garantir que atores não estatais cumpram com as obrigações de direitos humanos transferidas para a legislação nacional é estender essas leis de nível nacional ao exterior para atores que operam internacionalmente. Em outras palavras, a aplicação extraterritorial do dispositivo legal na tentativa de impedir que esses atores continuem com suas estratégias de fuga ao direito internacional. Isso significaria partir do pressuposto de que uma violação, independentemente de onde seja cometida, gera responsabilidade.

Os primeiros debates sobre extraterritorialidade eram centrados basicamente nas sociedades anônimas, direito empresarial, corrupção, práticas concorrenciais e direito tributário, e envolveu basicamente um confronto dos objetivos da política nacional com os princípios do direito internacional. José Carlos Magalhães relembra que a aplicação

⁸⁰⁹ REINISCH, 2005, op. cit., entre pp. 53-55. “One way to secure human rights against non-state activities is for states, as primary addresses of international human rights law, to legislate and thus to ‘translate’ international human rights guarantees into the domestic legal order. [...] The straightforward and ideal answer [to reduce or at least mitigate such ‘human rights forum shopping’] would clearly lie in increasing coherence between the diverse national legal frameworks. Legislative harmonization or regulatory assimilation, a process called ‘approximation of the law’ in the EC context, eliminates the incentive for forum shopping. This is as true of human rights as it is of biodiversity, pollution control, or any other legislation. However, it is also a truism that we are currently very far from achieving such an approximation of human rights-relevant national legislation”.

⁸¹⁰ Idem. “Thus, non-state actors may deliberately assess regulatory differences and choose specific countries for their operations in order to reduce their legal burdens. This type of calculation may be made primarily by business entities such as TNCs, but it also could apply equally to other non-state actors: international organizations will be induced to establish their headquarters and to operate in countries where they will be offered the widest range of privileges and immunities isolating them from the otherwise applicable and enforceable national law”.

extraterritorial de normas nacionais foi reconhecida de modo claro na famosa decisão do caso Lotus pelo CIJ⁸¹¹ e decorrem de um vínculo fático do evento com o território, justificando-se sempre em razão desse vínculo, seja ele a nacionalidade dos agentes, o objeto do negócio ou relação jurídica, ou ainda valores que afetem os Estados e seus domínios territoriais. “Sendo a competência dos Estados uma questão diretamente ligada à organização internacional e à estrutura da ordem internacional, os princípios que informam a jurisdição extraterritorial não derivam do arbítrio de cada Estado, mas da prática comum”⁸¹². Essa atividade extraterritorial, dessa forma, deveria estar enquadrada por um dos seguintes princípios⁸¹³: da nacionalidade (Estados possuem o *jus avocandi* sobre seus nacionais no exterior e *jus puniendi* quando eles estiverem em seu território), da segurança nacional (na defesa de sua independência política, integridade territorial e segurança interna ou externa), da universalidade (colaboração recíproca dos Estados em reprimir crimes e atos atentatórios aos princípios éticos da humanidade), da personalidade passiva (reprimir lesão aos seus nacionais)⁸¹⁴, territorialidade subjetiva e objetiva (alargamento do território de maneira objetiva – relação de causa e efeito de evento ocorrido parcialmente no exterior – ou subjetiva – sobre os participantes de eventos iniciados em seu território e consumados no exterior).

⁸¹¹ COURT PERMANENT DE JUSTICE INTERNACIONALE. **Affaire du «Lotus»** (França vs Turquia). Julgamento n. 9 de 7 de setembro de 1927. Recueil des Arrêts, série A, n. 10. Disponível em https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Acesso em 16 de maio de 2023. Neste icônico julgamento, tratou-se do conflito de competência decorrente da colisão em alto-mar do barco francês Lotus com o barco turco Boz-Kourt que, levando ao naufrágio este último, provocou a morte de oito passageiros e tripulantes. Após atracar em Istambul, o tenente francês, ao ser condenado pela justiça turca, alegou incompetência da mesma. A CIJ, entretanto, afirmou não haver violação de nenhum princípio do direito internacional pois a jurisdição territorial não impediria outras jurisdições decorrentes de outros aspectos ligados ao caso (tais como a nacionalidade das vítimas), havendo, portanto, competências concorrentes e possibilidade de extraterritorialidade. No documento supracitado, *passim*, “La territorialité du droit pénal n'est donc pas un principe absolu du droit international et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale. [...] [Le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. [...] La conclusion à laquelle la Cour arrive est donc qu'il n'existe pas de règle de droit international, relative aux cas d'abordage, qui réserverait les poursuites pénales à la compétence exclusive de l'État du pavillon. Cette conclusion s'explique d'ailleurs assez facilement si l'on tient compte de la manière dont l'abordage met en présence deux juridictions d'États différents”.

⁸¹² MAGALHÃES, José Carlos. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, n. 80, 1985, p. 163.

⁸¹³ MAGALHÃES, op. cit., p. 164. “Alguns desses princípios são aceitos quase que universalmente, como o da jurisdição sobre nacionais (nacionalidade), o da universalidade e o da territorialidade objetiva, ou ainda o da segurança do Estado. Outros, como o da personalidade passiva, já não gozam de tanto prestígio, prestando-se a controvérsias. Esses princípios acham-se consagrados do direito interno dos Estados, com maior ou menor uniformidade”.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 167. “Essa prevenção, contudo, não é de aceitação pacífica entre os Estados, havendo entre eles, como os que adotam a *common law* como sistema jurídico, que não reconhecem como justificativa legítima para a ampliação da competência. A jurisdição internacional, por sua vez, já examinou a questão na decisão do caso Lotus, em que a pretensão turca de submeter a julgamento os responsáveis pelos eventos que resultaram em ferimentos e morte de tripulantes turcos, na colisão de barco turco com navio francês, se fundou, parcialmente, no fato de serem turcas as vítimas, o que justificaria a competência da Turquia em processar e julgar os franceses responsáveis”.

Com a nova onda de extraterritorialidade não se busca apenas o interesse político nacional, mas o uso da jurisdição fora das barreiras nacionais agora também tem objetivos internacionais. Nessa perspectiva, o litígio extraterritorial de direitos humanos pode ser visto como uma forma de descentralizar a aplicação do direito internacional. Isso pode significar que o problema não é mais a colisão entre a aplicação efetiva da política extraterritorial nacional *versus* princípios neutros de jurisdição do direito internacional, mas sim uma colisão entre os princípios substantivos do direito internacional com os princípios formais (jurisdição territorial)⁸¹⁵. No entanto, mesmo que a razão comum diga que a defesa desses interesses internacionalmente relevantes é um avanço na proteção dos direitos humanos, o exercício da jurisdição extraterritorial espreita o perigo de uma avaliação unilateral do que são os direitos humanos e quais tipos merecem proteção.

Para que um sistema de responsabilidade cumpra seus objetivos é necessário um sistema de imputação e uma estratégia eficaz que permita localizar as infrações delitivas. Além de Reinisch, Nieto Martín também defende o outorgamento da competência jurisdicional penal ao Estado onde o ator não estatal tem sua sede social ou principal centro de negócios⁸¹⁶. Ele continua apregoando essa permissão da extraterritorialidade afirmando que durante muitos anos o direito sancionador europeu oferece o conceito de “unidade econômica” como uma solução deveras interessante para responsabilizar os grupos de empresas, havendo imputação pelo TJUE e Comissão da empresa matriz, considerando-se mesmo que esta tem um “dever de evitar” os ilícitos cometidos pela filial⁸¹⁷. Segundo o autor, o conceito de unidade econômica solucionaria o desabono da matriz, fazendo com que os responsáveis pela autorização do ato possam ser imputados no processo penal do país onde ocorreu a violação. Essa possibilidade, entretanto, não é suficiente quando o país possui um sistema judicial ineficiente ou ainda quando existirem problemas de cooperação judicial com

⁸¹⁵ REINISCH, 2005, op. cit., p. 58. “From this perspective, extraterritorial human rights litigation can be viewed as a form of decentralized enforcement of international law. This would, of course, also mean that the issue is no longer a clash between effective (extraterritorial) national policy enforcement *versus* neutral international law principles of jurisdiction, but rather a clash of substantial international law principles, i.e. human rights, with formal international law principles, i.e. territorial jurisdiction. Under these changed parameters, there is a possibility that ‘substance’ might override ‘form’”.

⁸¹⁶ NIETO MARTÍN, op. cit., p. 499 *et passim*. Em p. 501 “Tener un buen sistema de imputación es una condición necesaria para un sistema de responsabilidad de personas jurídicas eficaz, pero no es la única condición, sobre todo cuando se trata de empresas multinacionales. Si el sistema penal establece como sujetos responsables a las personas jurídicas, la existencia de un grupo de sociedades servirá para hacer mucho más compleja la responsabilidad de la persona jurídica matriz. Por otro lado, debe idearse un conjunto de infracciones que permitan accionar el proceso penal no sólo en el país en donde los hechos han tenido lugar, sino también en el lugar donde se ubica la empresa matriz”.

⁸¹⁷ Ibid., p. 502 “Esta última tendencia se corresponde con lo que ocurre en las grandes empresas multinacionales, donde las políticas de *compliance* son políticas transversales o de grupo diseñadas por la empresa matriz, a través de un comité de ética del grupo o de un *Chief Ethic Officer* que después tiene desarrolla su actividad”.

o Estado de origem. Para elucidar esse último obstáculo, propõe-se que o Direito Penal Internacional utilize o princípio da justiça universal ou o princípio da personalidade ativa, permitindo que o processo caiba ao país onde o ator tem sua sede ou principal centro de atividade.

Sugere-se então duas possibilidades. Uma primeira estratégia seria combinar o princípio de personalidade ativa e a decisão de ambos Estados em aplicar a legislação da matriz a esse agente violador, independentemente do local de violação.

Esta forma de proceder resulta, na verdade, similar à que opera no Convênio OCDE sobre corrupção de funcionários públicos internacionais, na qual opera o princípio de personalidade ativa e se sancionam os atos de corrupção de funcionários públicos estrangeiros com independência entre si os fatos são constitutivos de delito ou se continuam no país de origem do funcionário (tradução nossa)⁸¹⁸.

Essa interdependência do direito penal internacional entre 2 ou mais países seguramente gerariam problemas práticos de cooperação. O país onde foram realizadas as vulnerações poderia normalmente impor numerosos obstáculos para eventual processo penal pois pode entender que o julgamento pelo país de origem atenta contra sua soberania. Nesse sentido, Nieto Martín sugere aplicação análoga ao que ocorre na regulação de mercado de valores, lavagem de capital, proteção de dados e saúde de trabalhadores, isto é, que o direito do país de origem sancione a carência de um sistema de autorregulação, já que esse sistema seguramente corresponderia à matriz e essa infração seria cometida em seu território⁸¹⁹.

A segunda possibilidade para traslado da competência jurisdicional ao Estado de origem repousaria na proteção do *corporate social transparency* ou compromisso de transparência adotado geralmente por atores internacionais preocupados com aceitabilidade pela sociedade internacional⁸²⁰. O fato de apontar e divulgar as infrações também no país de origem não apenas constrói um marketing negativo como também, dependendo do país, pode

⁸¹⁸ Ibid., p. 503. No original “Esta forma de proceder resulta, en efecto, similar a la que opera en el Convenio OCDE sobre corrupción de funcionarios públicos internacionales, en la que opera el principio de personalidad activa y se sancionan los actos de corrupción de funcionarios públicos extranjeros con independencia de si los hechos son constitutivos de delito o se persiguen en el país de origen del funcionario”.

⁸¹⁹ Idem, “Esta propuesta no es novedosa [...]. Allí donde el derecho administrativo a través de lo que se ha dado en llamar la autorregulación regulada, impone a las empresas la adopción de sistemas de prevención internos, suele aparecer una infracción que castiga ya la mera ausencia de este sistema de autorregulación, con independencia de si se ha producido un comportamiento delictivo”.

⁸²⁰ Vale lembrar que grande parte dessa lógica não poderia ser aplicado a qualquer ator não estatal. Atores como grupos armados, por exemplo, somente poderiam encaixar-se nesta segunda forma de jurisdição extraterritorial se fossem grupos de libertação nacional fronteiriços. Desta maneira o grupo poderia preocupar-se com a possibilidade de responsabilização em dois países e com sua aceitação e legitimidade internacional quando tornar-se Estado independente.

gerar penalidade por omissão ou inveracidade de relatórios de transparência social corporativa⁸²¹.

Obviamente, pela lógica da subsidiariedade e pelo respeito às soberanias, os Estados nos quais se procedeu a violação de direitos humanos devem ser os competentes para julgar os mesmos e responsabilizar os transgressores sempre que possível. Busca-se com esse debate prever e otimizar hipóteses em que o país lugar da agressão não dispõe de capacidade ou meios para levar a cabo a investigação ou ainda quando, ao fazê-lo, é o maior sacrificado pelas consequências da penalidade. Como bem recorda Souza e Japiassú “interessa ao Direito Penal ser o mais generoso possível, objetivando-se evitar ‘lacunas de impunidade’”⁸²².

Finalmente, interessa o questionamento trazido por Reinisch⁸²³ se, nessa nova onda, pode o simples interesse da comunidade internacional justificar a extraterritorialidade. Autores como Nieto Martín e Santarelli argumentam positivamente.

No que diz respeito à proteção multinível contra abusos não estatais, outra questão relevante é se **a jurisdição extraterritorial contra atores não estatais não é apenas possível, mas também obrigatória**. Tal jurisdição pode contribuir na gênese de denominadores legais comuns sob os quais os abusos não estatais poderão ser condenados em todos os lugares, desencorajando ainda mais os abusos. Na maioria dos casos, [a atividade extraterritorial] é geralmente facultativa sob a *lex lata*, apesar de encorajada. No entanto, na minha opinião, **em algumas situações os Estados são obrigados a exercer jurisdição extraterritorial contra certas violações não estatais** (tradução nossa e ênfase adicionada)⁸²⁴.

Apesar de não desenvolver claramente situações práticas nas quais essa atividade jurisdicional extraterritorial seria exigível do Estado⁸²⁵, Santarelli comenta que existem

⁸²¹ Como exemplo, Nieto aponta o antigo artigo 148-2 do Código de Comércio francês, hoje revogado pelo decreto n°2007-431 de 25 de março de 2007 que prelecionava “Il indique en outre la manière dont les filiales étrangères de l'entreprise prennent en compte l'impact de leurs activités sur le développement régional et les populations locales”. Ainda segundo NIETO MARTÍN, op. cit., p. 504, “En Estados Unidos, con una lógica similar, la empresa Nike fue acusada de publicidad engañosa, tras comprobarse que su actividad en países terceros imponía condiciones laborales muy distintas a las que aseguraba respetar en la información que ofrecía a los mercados acerca de su grado de *compliance* [...]. Si bien, al día de hoy esta transparencia se refiere fundamentalmente a la transparencia financiera, nada impide su extensión a otros sectores de la actividad de la empresa como la transparencia medioambiental o social”. Ver, nesse sentido, o código de comércio francês: FRANCE. **Code de Commerce**. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000006341759/2002-02-21/>. Accès au 3 février 2023.

⁸²² SOUZA e JAPIASSÚ, op. cit., p. 104.

⁸²³ REINISCH, 2005, op. cit., pp. 58 a 62.

⁸²⁴ SANTARELLI, 2019, op. cit., pp. 212 e 213. No original “Concerning the multi-level protection from non-state abuses, another relevant question is whether extraterritorial jurisdiction against non-state actors is not only possible but also mandatory. Such jurisdiction can contribute to generating legal lowest common denominators under which non-state abuses are condemned everywhere, further discouraging abuses. In most cases, it is generally deemed to be facultative under *lex lata* but encouraged. Nevertheless, in my opinion sometimes States are obliged to have extraterritorial jurisdiction against certain non-state violations”.

⁸²⁵ Idem, “[t]his happens, for instance, when a State creates an extraterritorial risk of non-state violations. There may be other cases in which extraterritorial jurisdiction may be obligatory”.

diversas formas de resposta estatal aos abusos praticados fora de seu território. Além de uma punição ou judicialização do conflito, o Estado pode simplesmente negar benefícios aos agentes violadores. Essa sugestão é deveras interessante pois demonstra que, no atual esquema de relações diplomáticas, o Estado, tal qual as TNCs, estão interessados na manutenção de uma imagem positiva perante a comunidade internacional e poderiam, por essa razão, preferir desvincular-se de violadores de DIDH (ao menos publicamente).

3.2.1.7 Lista do Conselho de Segurança

Considerando a capacidade dos ANE em impactar a esfera internacional de maneira similar aos Estados, busca-se gradativamente inculcar responsabilidades proporcionais à essa capacidade em causar estragos na segurança econômica, política e social. Assim sendo, em resposta ao poder de influência desses terceiros e na tentativa de manter a paz e segurança internacionais, a ONU vem adaptando sua estrutura e métodos de trabalho. Seu Conselho de Segurança adotou nas últimas décadas novos tipos de sanções contra pessoas e grupos concretos de caráter não estatal.

Aplaudidas pela doutrina, essas sanções econômicas impõem de forma seletiva e inteligente sanções específicas com objetivos concretos (duração e intensidade determinadas), além de criarem mecanismos de monitoramento, controle e verificação no intuito de alcançar a tempo os desvios ou descumprimentos e garantir o menor dano possível à população civil⁸²⁶. Na apreciação e reconhecimento positivo dessas sanções, destaca-se o posicionamento de Herik ao apontar que, apesar existirem melhoras possíveis, a necessidade e urgência em regular os ANE envolvidos em atos de terrorismo justifica a criação da lista.

De maneira geral, parece que muito foi feito para melhorar o procedimento de listagem. Isto é importante, uma vez que a listagem adequada reduz, até certo ponto, a necessidade de um procedimento de exclusão da lista. No entanto, o fato de o Comitê de Sanções ter começado a incluir pessoas na lista já em 2001, sem ter estabelecido critérios claros para a inclusão e sem qualquer procedimento adequado para a exclusão da lista, é um erro considerável. Atualmente, foram formulados

⁸²⁶ LOPEZ-JACOISTE, María Eugenia. Derecho internacional y actores no estatales: repercusiones recíprocas. Algunas consideraciones a la luz de la práctica del Comité 1267 y sus efectos sobre los derechos de las personas registradas en la lista. In: NANCLARES, José Martín y Pérez (coord.). **Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales** (XXIII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, AEPDIRI, celebradas en la Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009). Editora Iustel, España, 2010.

critérios de listagem e estabelecidos requisitos quanto à declaração do caso e à notificação. No entanto, ainda existe a necessidade de um procedimento de exclusão adequado. Portanto, a questão mais premente permanece: que tipo de procedimento para a exclusão da lista seria adequado? [...] Ao propor soluções para a reforma, devem ser tidas em conta considerações de segurança e o desejo dos Estados de não divulgarem todas as suas informações de inteligência. No entanto, é o Estado que deve provar, em primeira instância, que estão em jogo questões de segurança nacional; este fardo não deve e não pode ser colocado sobre os indivíduos listados. [...] Portanto, as preocupações de segurança não podem obstruir totalmente novas reformas, mas novas reformas devem levar em conta a necessidade de acomodar as preocupações de segurança. **No entanto, no final, se o Conselho de Segurança ou os Estados-membros não quiserem qualquer tipo de escrutínio, então talvez a consequência devesse ser a impossibilidade em ter à sua disposição o instrumento de sanções específicas. Se alguém visar diretamente um indivíduo, deve haver uma forma de esse indivíduo contestar substancialmente a medida tomada contra ele; deve haver um remédio eficaz.** É disso que trata também a proteção do indivíduo (tradução nossa, ênfase adicionada)⁸²⁷.

Nesse sentido, o Conselho de Segurança aprova três tipos de sanções econômicas concretas⁸²⁸:

- a) um embargo de armas;
- b) a proibição de viajar para as pessoas associadas a um grupo terrorista;
- c) o congelamento dos fundos econômicos das pessoas e grupos associados a um grupo terrorista de forma imediata.

Assim sendo, para poder efetivamente executar as sanções da Resolução em estudo, o Conselho de Segurança auspicia a elaboração de uma lista de pessoas e entidades que, de uma forma ou de outra, participam e/ou colaboram com grupos terroristas, em especial associadas à Al-Qaeda ou ao Talibã. A lógica seria pretender impedir o acesso aos meios logísticos e econômicos necessários para cometer ou apoiar as ações dos grupos armados, cabendo aos Estados aplicar as sanções e enviar informações que possam alimentar a lista do Conselho de Segurança. Em um panorama global, essas medidas são inovadoras no que se refere ao

⁸²⁷ HERIK, Larissa Van Den. The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection of the Individual. *Leiden Journal of International Law*, vol 20, issue 4, 2008. *Passim*, no original "In all, it appears that much has been done to improve the listing procedure. This is important, as adequate listing reduces to some extent the need for a delisting procedure. However, that the Sanctions Committee started listing persons as early as 2001 without having in place clear criteria for the listing, and without any proper procedure for delisting, is quite a considerable error. Currently, listing criteria have been formulated and requirements have been put in place as to the statement of case and notification. However, there is still the need to have a proper delisting procedure. So the most pressing question remains: what kind of delisting procedure is required? [...] In proposing solutions for reform, security considerations and the wish of states not to publicize all their intelligence information must be taken into account. Yet it is the state that must prove in the first instance that state security issues are at stake; this burden should not and cannot be placed on listed individuals [...] Hence security concerns cannot obstruct further reform altogether, but further reform should take into account the need to accommodate security concerns. Yet, in the end, if the Security Council or member states want no scrutiny whatsoever, then maybe the consequence should be that they cannot have the tool of targeted sanctions at their disposal at all. If one directly targets an individual, there must be a way for that individual substantively to challenge the measure taken against him; there must be an effective remedy. This is what protection of the individual is also about".

⁸²⁸ LOPEZ-JACOISTE, op. cit., p. 560.

sistema de identificação das pessoas e entidades envolvidas em grupos armados terroristas e pelo alcance material de seu conteúdo⁸²⁹.

Na origem dessa lista está a Resolução 1267 de 1999 do Conselho de Segurança da ONU que criou um órgão subsidiário denominado Comitê de sanções ou Comitê 1267, composto pelos membros do Conselho e possuindo como principal função a elaboração e atualização de uma lista de pessoas e entidades associadas à Al-Qaeda ou ao Talibã⁸³⁰. Essa lista possui difícil categorização quanto à sua natureza jurídica pois é adotada por um órgão subsidiário do Conselho de Segurança da ONU apesar de ser originada claramente por um ato político. Por outro lado, sua função assemelha-se à um regulamento ou ato administrativo de transcendência quase jurisdicional devido à sua natureza vinculante, concreta e prática que justifica a aplicação direta de uma sanção obrigatória. Nesse sentido, possui *de facto* força de lei perante os Estados e as pessoas e entidades que integram essa lista consolidada pois a mesma vincula todos os Estados Membros da ONU. Essa lista cumpre, ainda, uma função dupla de refletir a apreciação do Comitê sobre as suspeitas fundadas e também serve de base de dados para as autoridades nacionais⁸³¹.

Finalmente, importa destacar que, mesmo que as medidas tomadas pelo Conselho de Segurança na adoção dessa lista tenham por objetivo a repressão do terrorismo internacional, esse fato não implica que eles possam vulnerar os direitos humanos das pessoas ali enumeradas. As políticas antiterroristas devem aplicar-se de maneira que sejam compatíveis com a democracia e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. A confecção dessa lista pode claramente afetar o princípio da tutela jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório pois a inclusão ou exclusão de pessoas ou entidades dessa lista segue sendo um ato essencialmente de natureza diplomática e interestatal, apesar das sucessivas modificações dos procedimentos e sistemas desde a elaboração do Comitê. Mesmo após essas alterações, as pessoas e entidades listadas bem como os interessados ou afetados por esse rol não possuem o

⁸²⁹ LOPEZ-JACOISTE, op. cit., p. 561, “En su conjunto, estas sanciones resultan novedosas en cuanto al sistema de identificación de las personas destinatarias de las mismas y por el alcance material de sus contenidos, que afectan en los derechos humanos de las personas registradas en la lista e, incluso, frente a terceros”.

⁸³⁰ UNITED NATIONS. Security Council. **Resolution 1267**. S/RES/1267, 15 October 1999. “Decides to establish, in accordance with rule 28 of its provisional rules of procedure, a Committee of the Security Council consisting of all the members of the Council to undertake the following tasks and to report on its work to the Council with its observations and recommendations”. Essa Resolução cria o Comitê e começa a listar as sanções que serão ainda modificadas por outras Resoluções futuras.

⁸³¹ LOPEZ-JACOISTE, op. cit., p. 562, “la naturaleza jurídica de esta lista resulta de difícil calificación. Es adoptada por un órgano subsidiario del Consejo y dentro del marco competencial de la Resolución 1333 (2000), por lo que en cuanto a su origen se podría decir que es un acto político. En cambio, en cuanto a su función se asemeja más a un acto administrativo o un reglamento de desarrollo, pero de transcendencia **cuasi jurisdiccional**, ya que sirve de ‘herramienta’ vinculante, concreta y práctica para aplicar sanción obligatoria. En cuanto a sus efectos frente a los Estados y afectados tiene *de facto* fuerza de ley, pues sólo existe una única lista ‘consolidada’ que vincula a todos Estados por igual, sin salvedad alguna (ênfase no original)”.

direito de exigir serem informados da motivação da inclusão ou exclusão. Ainda mais aberrante: a notificação obrigatória de inclusão somente ocorre nos casos em que o Estado tenha a possibilidade de executar imediatamente a correspondente sanção econômica. Tentando apaziguar as violações dos princípios supra mencionados no âmbito europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que cabe ao juiz comunitário aplicar técnicas que permitam conciliar as preocupações legítimas de segurança quanto à natureza e fontes de informação e, por outro lado, a necessidade de permitir que a parte acusada desfrute de um grau suficiente de proteção⁸³².

Lopez-Jacoiste aponta que todos os casos no Tribunal Europeu sobre essas sanções econômicas possuem a mesma reclamação de que, no momento da aplicação das sanções aos regulamentos comunitários, o legislativo comunitário incorpora diretamente a lista consolidada do Conselho de Segurança da ONU para aplicação de sanções sem articular mecanismos que garantam os direitos de defesa dos afetados. O argumento principal nesses casos gira em torno da ausência de informação, da não comunicação dos dados utilizados e da ausência de um prazo razoável de resposta antes da imposição das medidas⁸³³. Ainda sobre a violação de princípios processuais, cumpre ressaltar a interessante réplica de Herik ao comentar que o direito à um julgamento justo apenas seria aplicável em processos judiciais, sejam eles criminais ou civis. Assim sendo, no caso de processos ou procedimentos administrativos não haveria que reclamar-se a violação do direito em questão⁸³⁴.

Além do direito à defesa, esse congelamento de fundos, contas e outros recursos econômicos ou financeiros supõe uma violação direta ao direito de propriedade das pessoas e entidades presentes na lista do Conselho de Segurança da ONU. Aqui, entretanto, a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia é realizar uma análise *in concreto* dos casos nos quais o congelamento constitui uma medida desmesurada que afete a própria essência do direito de propriedade ou se essa restrição considerável ao dito direito se integra em uma relação de proporcionalidade justificável entre os meios utilizados (sanção econômica) e a finalidade perseguida (combate ao terrorismo). De maneira geral, o interesse geral em lutar contra o terrorismo internacional mediante o congelamento de contas dos envolvidos em atos

⁸³² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 3 de setembro de 2008. **Yassin Abdullah Kadi versus Al Barakaat International Foundation**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0402>. Acesso em 3 de outubro de 2023.

⁸³³ LOPEZ-JACOISTE, op. cit., p. 567.

⁸³⁴ HERIK, op. cit., p. 806. “There are two human rights setting procedural standards that may be relevant to answering this question, namely the right to a fair trial and the right to an effective remedy. Which particular right applies depends on how the sanctions are characterized, either as being administrative, civil, or criminal in nature. **The right to a fair trial is only applicable to criminal or civil cases and not to administrative cases** (ênfase adicionada)”.

terroristas não configura uma medida desproporcional ou inadequada⁸³⁵. Até porque essas restrições do direito de propriedade necessitam ter alcance geral e duração definida, além de não poderem afetar de forma indireta o direito de terceiros que não sejam destinatários dessas sanções ou constem na dita lista.

Podemos então, a partir do recorrido acima, perceber que a Carta das Nações Unidas se adaptou ao novo paradigma pós estadocêntrico de fato nos assuntos referentes à manutenção da paz e segurança internacionais. O Conselho de Segurança utilizou-se do uso extensivo de suas faculdades de atuação, como autorizado pela Carta, e adotou medidas inovadoras tanto à quanto seus destinatários (agora ANE, não somente Estados) e seu conteúdo (as sanções econômicas). Esse tipo de punição seletiva é claramente fruto da importância das ações desses atores não estatais no cenário mundial e demonstra uma possibilidade de inculir-lhes uma série de medidas econômicas que, originalmente, eram pensadas somente para ter como destinatários os Estados.

3.2.1.8 Instrumento Legalmente Obrigatório

Além dos textos apontados, importa destacar o debate em curso do Grupo de Trabalho sobre TNCs do Conselho de Direitos Humanos da ONU criado em junho de 2014 para, dentre outras coisas, elaborar um instrumento juridicamente vinculante a fim de regular as atividades de empresas transnacionais e outras empresas no direito internacional de direitos humanos. Na verdade, a adoção dos chamados de Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos⁸³⁶ já representou, por si só, um grande marco na regulamentação de empresas. Esses Princípios, que gozam de um reconhecimento quase universal, impõem compromissos tanto aos Estados quanto às empresas sem, entretanto, diminuir os abusos de direitos humanos por parte das corporações talvez pelo fato de não dispor de um mecanismo central para garantir sua implementação e ao seu caráter não vinculativo. Em relatório recente, o Parlamento Europeu aponta que

⁸³⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 3 de setembro de 2008. **Yassin Abdullah Kadi versus Al Barakaat International Foundation**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0402>. Acesso em 3 de outubro de 2023.

⁸³⁶ UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **Guiding Principles on Business and Human Rights**. HR/PUB/11/04, New York and Geneva, 2011.

A insatisfação com a implementação lenta e ineficaz dos Princípios Orientadores da ONU – embora tenham sido muito aclamados no momento de sua adoção – impulsionou a iniciativa de elaborar um tratado internacional vinculante. Os limites e deficiências dos Princípios têm sido amplamente reconhecidos por governos e organizações da sociedade civil. Seu caráter não vinculativo foi retratado como uma fraqueza particular. Seus defensores responderam a essas críticas apontando que, como eles existem há apenas alguns anos, é necessário mais tempo para avaliar seu impacto⁸³⁷.

Assim sendo, após o endosso unânime desses Princípios pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, o Equador solicitou a negociação de um novo tratado vinculante que começou a ser discutido em junho de 2014, encontrando em outubro de 2022 a terceira versão da minuta de um instrumento legalmente obrigatório para atividades de empresas transnacionais e outras empresas comerciais⁸³⁸. Algumas dificuldades desses 6 anos de deliberação em sessão híbrida (delegados dos governos, organizações internacionais e ONGs) são: o desafio da participação (apenas um quarto dos governos registraram propostas de texto concretas ou reservas aos documentos de negociação - a maioria permanece em silêncio ou expressam oposição em participar das negociações⁸³⁹); acusação de ambiguidade do texto e lacunas legais feitas pela Suíça e Rússia; apesar de muitos Estados da América Latina, África e Ásia apresentarem propostas de texto, estas cobrem um amplo aspecto de posturas e frequentemente deixam pouca margem de compromisso; existência de um amplo desacordo entre os Estados sobre o âmbito de aplicação geral do instrumento⁸⁴⁰; por fim, destaca-se que poucos Estados mudam de postura ao longo dos anos e as sessões não avançam como deveriam.

⁸³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Serviço de Estudos do Parlamento Europeu. **Rumo a um tratado internacional vinculativo sobre empresas e direitos humanos**, PE 620.229, abril de 2018, p. 5.

⁸³⁸ Nele, são estabelecidos os direitos das vítimas, recursos, prescrição e responsabilidades das empresas transnacionais e outras empresas comerciais. UNITED NATIONS. Human Rights Council. Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. **Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other Business enterprises**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/LBI3rdDRAFT.pdf>. Acesso em 15 março de 2023.

⁸³⁹ O governo dos Estados Unidos, por exemplo, participou da sessão de 2022 pela primeira vez somente para propor que o debate deixe de centrar-se nas obrigações e responsabilidades vinculantes e solicitar a exploração de um enfoque alternativo, como um acordo vinculante baseado nos Princípios Orientadores da ONU. Essa proposta evocou importantes objeções por parte da sociedade civil que prevê um “golpe catastrófico” de todo o processo e diminuição do alcance desse instrumento obrigatório. ZHANG, Joe. **Avance en la negociación de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, pero preparémonos para un camino complicado**. Investment Treaty News, 20/12/21. Disponível em <https://www.iisd.org/itn/es/2021/12/20/breakthrough-in-business-and-human-rights-binding-treaty-negotiation-but-be-prepared-for-a-bumpy-road-ahead/>. Acesso em 15 de março de 2023.

⁸⁴⁰ Ibid., primeiramente, se sua cobertura deveria limitar-se às TNCs ou se deve estender-se às empresas nacionais; em segundo lugar, se esse instrumento deveria impor alguma obrigação internacional diretamente às empresas ou se as obrigações de devida diligência devem estender-se a todas as cadeias de exploração; em terceiro, quais tipos de responsabilidade devem cobrir, se administrativa, civil e/ou penal; quarto, se deveriam impor a jurisdição extraterritorial dos tribunais nacionais por presuntos abusos de direitos humanos.

Como era de se esperar, esse instrumento não foi bem recebido pelas TNCs. Em textos conjuntos, a comunidade empresarial internacional enviou respostas nas quais afirmam que esse instrumento levanta “questões de preocupação significativa e genuína para a comunidade empresarial internacional e regional e não fornecem uma base sólida para um possível padrão futuro sobre empresas e direitos humanos”⁸⁴¹. Segundo eles, esses textos incorporam disposições inconsistentes que prejudicariam as oportunidades de desenvolvimento dos países, criando um sistema de governança global desigual e lacunas significativas na proteção dos direitos humanos. Essa minuta apresentaria um regime legalmente impreciso, divergente das normas e leis estabelecidas, incompatível com o objetivo de promover crescimento econômico inclusivo. Além disso, eles acusam o Grupo de Trabalho de não aprimorar o diálogo aberto com as TNCs, e que “nenhum esforço real foi feito para garantir um processo robusto, transparente e aberto que se baseie totalmente no conhecimento e na experiência de todas as partes interessadas”⁸⁴². A comunidade empresarial internacional aponta como preocupações gerais: a exclusão completa das empresas nacionais (que causaria uma concorrência desigual); desencorajamento dos Estados em enfrentar os desafios de DIDH em sua própria jurisdição; prejuízo ao investimento e desenvolvimento dos países dependentes do comércio exterior (pois o Instrumento desconsidera a realidade das complexas cadeias de abastecimento globais e os enormes benefícios derivados do comércio e investimento estrangeiro direto⁸⁴³); finalmente, a abordagem punitiva e a incerteza gerada por suas

⁸⁴¹ INTERNATIONAL ORGANISATION OF EMPLOYERS (IOE), BUSINESS AND INDUSTRY ADVISORY COMMITTEE (BIAC), BUSINESS EUROPE and THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **Business response to the Zero Draft Legally Binding Instrument** to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises ("Zero Draft Treaty") and the Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument ("Draft Optional Protocol") Annex, Oct 2018. Disponível em <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/experts-reflect-on-the-zero-draft-of-the-legally-binding-treaty-on-business-and-human-rights/>. Acesso em 15 de março de 2023. Citação em página 2, no original “The Zero Draft Treaty and the Draft Optional Protocol raise issues of significant and genuine concern to the international and regional business community and they do not provide a sound basis for a possible future standard on business and human rights”.

⁸⁴² Idem, “it is concerned that no real effort has been made to ensure a robust, transparent and open process that fully draws on the expertise and experience of all stakeholders”.

⁸⁴³ A resposta conjunta demonstra a crença de que a dependência do capital estrangeiro seria benéfica para países fragilizados e que seria insensato tentar fortalecer as empresas nacionais (teoricamente favorecidas por serem excluídas do instrumento legal obrigatório). BUSINESS AND INDUSTRY ADVISORY COMMITTEE (BIAC), FOREIGN TRADE ASSOCIATION (FTA-BSCI), INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC) and INTERNATIONAL ORGANISATION OF EMPLOYERS (IOE). **Response of the international business community to the "elements" for a draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights**. 20 October 2017. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/BIAC-FTA-BSCI-ICC-IOE.pdf>. Acesso em 3 de agosto de 2023, p. 5, “global supply chains have existed for centuries and we should be careful not to undermine their hugely positive impact on social development. Cross-border supply chains have been ladders of development and instrumental in bringing economic and social progress in industrialized, emerging and developing countries. Cross-border exchange fosters economic growth and creates jobs including by lifting people's chances of getting a foothold in the world of formal work. It promotes

disposições legais inconsistentes arriscariam de desincentivar o investimento estrangeiro direto. Dentre as preocupações específicas: a imprecisão e “tremendas incertezas e risco jurídico”⁸⁴⁴ de conceitos como atividades empresariais de caráter transnacional, omissões e devida diligência das empresas sede⁸⁴⁵. Além disso, eles apontam que a aposta de expansão da jurisdição extraterritorial não respeita a soberania nacional e o princípio da não intervenção nos assuntos internos de outros Estados⁸⁴⁶. Outro ponto debatido nessas respostas comerciais é de que a inversão do ônus da prova encorajaria litígios frívolos e ações de má-fé movidas contra as empresas⁸⁴⁷.

A comunidade empresarial não apoia [a minuta]. O texto levaria a agenda de negócios e direitos humanos para trás, minando os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos e exacerbando o fracasso dos Estados em cumprir suas obrigações existentes. Eles criam o risco de que as empresas optem por "cortar e fugir" de países de alto risco, hesite entrar nesses mercados e adie investimentos em projetos vitais para alcançar o desenvolvimento. As empresas também precisariam adotar políticas policiais mais rígidas em suas cadeias de suprimentos transfronteiriças que excederiam suas habilidades e poderes atuais para garantir que seus parceiros de negócios agissem com responsabilidade. O que é preocupante é que essa abordagem prejudicaria ainda mais o papel do Estado, uma vez que algumas de suas funções e poderes tradicionais - como realizar inspeções e punir parceiros de negócios - precisariam ser transferidas para negócios globais. Todos esses resultados indesejados prejudicariam enormemente o modelo de

technological progress, enhances productivity, stimulates innovation that leads to skills-upgrading, and contributes to the reduction of poverty. Studies show that many jobs created in global supply chains provide better working conditions in a number of developing countries than jobs in purely domestic supply chains or work in the informal sector”.

⁸⁴⁴ Ibid., p. 4, “it creates tremendous legal uncertainty and risk”.

⁸⁴⁵ Um argumento que aparece reiteradamente é de que seria “impossível e impraticável” que a matriz tenha a devida diligência de suas filiais; essa responsabilidade seria facilmente exercida pelo Estado (agente exterior à empresa). “Not only do small and medium-sized enterprises (SMEs) often have little leverage over their suppliers, but large TNCs may also find themselves similarly constrained when they source only a small amount of the supplier’s production, or when the supplier has a monopoly. As is the case with some intermediaries, the supplier may be a much bigger company than the TNC. Furthermore, it is often impossible or impractical, either economically or logistically, to control all suppliers and subcontractors”. Ibid., p. 5.

⁸⁴⁶ A jurisdição extraterritorial, largamente defendida na sua primeira onda quando regulava o direito do comércio e de investimentos, agora será alvo de duras críticas. “The element ‘broad concept of jurisdiction’ does not respect national sovereignty and is a clear attempt to focus on parent company and business partner liability and expand the concept of extraterritorial jurisdiction. This cannot be accepted by the international business community. Instead, States should work more assiduously to improve access to remedy at the local and national level. Extraterritorial jurisdiction in its pure form has many shortcomings. These include the tremendously higher costs involved in pursuing remedies in foreign courts and sustaining such cases over several years; the challenges presented to foreign courts when they must rule according to foreign legal principles; the difficulties in obtaining evidence and testimony abroad; the struggles that many courts’ have in resolving multiple objections being raised at the same time and threshold questions; the risk of forum shopping and the fact that courts in different countries may make different judgements on the same case; and most importantly, the problem that extraterritorial jurisdiction is mainly open for allegations against TNCs and not purely domestic companies, which leaves victims of domestic companies without access to remedy”. Ibid., p. 7. Sobre o último ponto, cabe lembrar que o instrumento legal obrigatório não pretende anular a legislação doméstica já existente.

⁸⁴⁷ Ibid., p. 8. “Indeed, requiring that the accused party prove its innocence violates due process principles and fundamental notions of fairness in numerous jurisdictions”.

desenvolvimento e parceria defendido pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável [da ONU] (tradução nossa)⁸⁴⁸.

Apesar desses clássicos argumentos, existe consenso da comunidade internacional de reconhecimento da necessidade real de ultrapassar o “véu corporativo” e a facilidade com que as empresas podem afastar a responsabilidade através da transferência às subsidiárias ou fornecedores para utilização da jurisdição mais favorável (personalidade legal separada). Nesse sentido, a União Europeia reconhece que há uma profunda assimetria entre os direitos e as obrigações das transnacionais pois, embora as TNCs gozem de direitos substanciais garantidos por meio de acordos comerciais e de investimento, suas obrigações de direitos humanos são menos claras e mais difíceis de aplicar.

Tendo em vista o poder das transnacionais no mundo globalizado de hoje, **a expectativa de que a lei nacional seria suficiente para impor obrigações relacionadas aos direitos humanos e responsabilizar as transnacionais por abusos é simplesmente irreal.** As longas cadeias de suprimentos tornam extremamente difícil estabelecer responsabilidades e responsabilizar aqueles que ocupam a posição mais alta de comando nessas cadeias. Os Estados que hospedam TNCs poderosas muitas vezes não têm capacidade de agir contra elas ou não agem por medo de perder o investimento estrangeiro. Os estados de origem das TNCs também não tomam medidas para evitar colocá-las em desvantagem competitiva (ênfase adicionada)⁸⁴⁹.

Entre o Estado de origem da matriz, que busca seguir sendo sede de potências econômicas e por isso não exercem atividade extraterritorial, e o Estado hospedeiro, que depende economicamente de investimento estrangeiro e, por temer perdê-lo, submete-se às violações, encontramos uma situação deveras inquietante. Reforçando um ultrapassado discurso estadocentrista e olvidando-se que a imposição de obrigações às empresas complementar e reforçaria o sistema existente (não inibe nem coíbe o Estado de seguir sendo o primeiro responsável pelo seu território), as TNCs respondem que impor às empresas

⁸⁴⁸ INTERNATIONAL ORGANISATION OF EMPLOYERS (IOE), BUSINESS AND INDUSTRY ADVISORY COMMITTEE (BIAC), BUSINESS EUROPE and THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC), op. cit., p. 5. No original “The business community does not support the Zero Draft Treaty or the Draft Optional Protocol. Both texts would take the business and human rights agenda backwards by undermining the UNGPs and exacerbating the failure of States to meet their existing obligations. They create a risk that companies may choose to “cut and run” from high-risk countries, not enter other high-risk markets and postpone investments in vital projects to achieve development and the SDGs. Companies would also need to adopt stricter policeman-like policies in their cross-border supply chains that would exceed their current abilities and powers in order to ensure their business partners act responsibly. Worryingly, this approach would further undermine the role of the State, given that some of its traditional functions and powers - such as carrying out inspections and awarding penalties of business partners - would need to be transferred to global business. All these unwanted outcomes would hugely undermine the development and partnership model espoused under the SDGs”.

⁸⁴⁹ UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento Europeu. Serviço de Estudos do Parlamento Europeu. **Rumo a um tratado internacional vinculativo sobre empresas e direitos humanos**, PE 620.229, abril de 2018, p 5.

uma gama de obrigações internacionais “é profundamente equivocado”⁸⁵⁰. Na atual conjuntura da governança global, entretanto, não cabe o argumento de que o direito internacional dos direitos humanos obriga apenas os Estados e que os atores não estatais não têm mandato democrático ou autoridade para assumir responsabilidades internacionais.

Suas argumentações têm algum sentido no que sugerem haver uma privatização do DIDH, vernáculo já utilizado e fenômeno reconhecido há muito tempo pela doutrina⁸⁵¹. Entretanto, no atual mundo globalizado, grande parte dos Estados latino-americanos, africanos e asiáticos já reconheceram não serem capazes de aumentar o paradigma de direitos sem respaldo internacional. Ademais, o argumento de que o avanço dos direitos humanos não poderia e não seria alcançado contornando as estruturas políticas e sim no fortalecimento das instituições e estruturas nacionais do Estado parece ultrapassado pois a lógica de fortalecer o nacional para que ele alcance *status* de norma internacional já foi ultrapassada com a aceitação da fragmentação do Direito Internacional⁸⁵². Reiteradamente, eles demonstram uma incapacidade de visualizar a mutação constante do universo do DIDH^{853 854}.

Reiteradamente criticados, é inegável a necessidade de ir além dos Princípios Orientadores e o Pacto Global da ONU devido à sua vaguidade e incompletude, além da

⁸⁵⁰ BUSINESS AND INDUSTRY ADVISORY COMMITTEE (BIAC), FOREIGN TRADE ASSOCIATION (FTA-BSCI), INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC) and INTERNATIONAL ORGANISATION OF EMPLOYERS (IOE), op. cit., p. 2. “Imposing on companies, directly under international law, the same range of human rights duties that States have accepted for themselves, is deeply misguided. International human rights law binds States, not private entities”.

⁸⁵¹ Ibid., p 3, “Transferring States’ responsibilities and tasks on to companies is also highly problematic since it would amount to the privatization of international human rights law”.

⁸⁵² Idem, “Advancing human rights, therefore, cannot and will not be achieved by circumventing national political and legal frameworks. Instead, efforts should be focused on strengthening domestic State institutions and frameworks”. Sobre a fragmentação do Direito Internacional, lembrar que “gradativamente altera-se a lógica tradicional na qual uma norma jurídica poderia desprender-se do ordenamento nacional e alçar estruturas formais internacionais, alimentando a formação de um sistema supranacional. Essa descentralização da produção legislativa afetaria a própria legitimidade legislativa dos órgãos instituidores de normas internacionais”. Ponto 3.1.1.4 da terceira parte deste mesmo trabalho.

⁸⁵³ Algumas afirmações provocam espanto e riso. Eles alegam ser inadmissível uma mudança de conduta da ONU em finalmente olhar para as violações que, sob o fraco refúgio da *soft law*, ocorriam impunemente. Ora, parece justo e benéfico que o direito internacional se adapte e evolua pontos que são claramente ineficazes. Idem, “By re-opening the debate on whether companies have international obligations the UN is also sending a confusing message to the business community that six years after the UNGPs were endorsed companies should now ‘hang on’ because the UN still has not made up its mind on how human rights risks apply to them”.

⁸⁵⁴ Pelo menos uma afirmação parece coerente e digna de atenção: a imposição de legislação externa de padrões inalcançáveis e falta de fortalecimento do nacional nem sempre é a melhor forma de aumentar o padrão de respeito aos DIDH. A lógica de aplicação do macro para o micro recebe, com razão, críticas de europeização e aculturação do direito internacional. Ibid., p. 4, “The problem is not the absence of a binding international instrument on business and human rights, but States’ failure or lack of capacity to implement and enforce their own domestic laws and existing international human rights treaties that they have ratified. In many cases, domestic law has not kept pace with changes in the world economy. We need States to meet their existing obligations required under the UNGPs, and we need more effective and comprehensive law enforcement in general. Indeed, in the absence of robust national laws and policies, enforcement, judicial and non-judicial remedy mechanisms at the local level, foreign-imposed ‘solutions’ are unlikely to have long-term, sustainable and replicable impact for rights-holders”.

ausência de verificação externa e mecanismos de sanção⁸⁵⁵ geradores de fenômenos como o *bluwashing*. Tentando salvar a importância desses instrumentos já existentes, o Parlamento Europeu anuncia que

Uma visão mais equilibrada reconhece que os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos e o instrumento legalmente obrigatório proposto têm vantagens e desvantagens próprias. Portanto, a melhor estratégia pode ser continuar com várias iniciativas a fim de “aumentar o acesso das vítimas a remédios e ensinar as empresas a buscar a devida diligência eficaz para evitar possíveis abusos dos direitos humanos”. Embora inicialmente os dois campos – os que apoiavam e os que rejeitavam um tratado vinculante – estivessem altamente polarizados, a divisão entre eles diminuiu. Hoje, há mais pessoas que acreditam que as duas iniciativas poderiam ser complementares, ao invés de competir uma com a outra⁸⁵⁶.

3.2.2 Autorregulatórias

Como já comentado no tópico anterior, o aumento de instrumentos autorregulatórios, juntamente com o renascimento da atividade extraterritorial, representa uma das características mais marcantes da mudança de paradigma do DIDH em relação aos ANE⁸⁵⁷. Esse aumento na utilização desses instrumentos pode ser visto como uma forma de privatização dos direitos humanos pois alude à substituição da regulação estatal pelo autocontrole através de um voluntarismo privado e sem a aprovação de autoridades governamentais. Esses textos são produzidos unilateralmente e abrangem resoluções, declarações, instrumentos que reconhecem princípios e padrões de comportamento não estatal como códigos de conduta, selos e declarações sobre a qualidade de um produto ou conformidade com determinados padrões. Esses selos ou rótulos podem gerar expectativas, algumas das quais podem ser protegidas por normas especializadas (como vemos no tópico

⁸⁵⁵ SANTARELLI, Nicolás Carrillo. Declaraciones empresariales "voluntarias" sobre derechos humanos, y la necesidad de una regulación institucional externa. **Brazilian Journal of International Law**, vol 16, n. 3, 2019, p. 35. Mais além, cabe lembrar descrição do próprio site da ONU de que "o Pacto Global não é um instrumento regulatório, um código de conduta obrigatório ou um fórum para policiar as políticas e práticas gerenciais. É uma iniciativa voluntária que fornece diretrizes para a promoção do crescimento sustentável e da cidadania, por meio de lideranças corporativas comprometidas e inovadoras". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Global**. A iniciativa. Disponível em <https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>. Acesso em 15 de março de 2023.

⁸⁵⁶ UNIÃO EUROPÉIA. Parlamento Europeu. Serviço de Estudos do Parlamento Europeu. **Rumo a um tratado internacional vinculativo sobre empresas e direitos humanos**, PE 620.229, abril de 2018, 5.

⁸⁵⁷ REINISCH, 2005, op. cit., p. 42.

sobre as normas da ISO, Organização Internacional para Padronização) e outras que podem ser simplesmente protegidas pelo princípio da boa-fé. No que concerne os selos e ou certificações, interessa saber se o órgão que os atribui é uma instituição autônoma e independente e, se a resposta for positiva, podemos considerá-lo um mecanismo de correção ao invés de autorregulação.

Apesar de tanto a heterorregulação quanto a autorregulação serem unilaterais, elas possuem diferenças mais marcantes que o simples emissor da regulação (antes externo, aqui interno). No que diz respeito à heterorregulação de condutas não estatais, quando suficientemente persuasiva, pode ter um impacto social ou psicológico e convencer os legisladores de que seu conteúdo deve ser incorporado à *hard law*. Além disso, as demandas de vítimas e ativistas para que tal norma seja cumprida podem provocar respostas de seus destinatários e autoridades (com o objetivo de evitar custos reputacionais e/ou financeiros), e assim, eventualmente, levar a mudanças nos costumes. “Em razão de processos como a aculturação, socialização, persuasão e normatividade, relações de imagem pública e processos de internalização de regras que envolvem condutas reiterativas, o *soft law* pode encontrar seu caminho para o reino do *hard law*”⁸⁵⁸. O mesmo processo dificilmente aconteceria na autorregulação já que esta, quando prova ser eficiente, desestimula qualquer evolução para outra modalidade de regulação; em sentido contrário, sua ineficácia pode justificar a ascensão de um modelo mais duro de controle, como o instrumento legal obrigatório abordado anteriormente.

Como fatores comuns de motivação para esses instrumentos, Reinisch aponta um contexto histórico inspirado na ética e nos debates do *good governance*, que possui alguns elementos-chaves como: emancipação do governado, prestação de contas à comunidade, transparência e participação⁸⁵⁹. Esse debate foi um fenômeno inicialmente pensado para as relações entre o maquinário estatal e instituições financeiras internacionais a fim de construir a credibilidade e atrair empréstimos. O internacionalista aponta ainda que “uma vez que a caixa da boa governança se abriu, suas demandas não podiam limitar-se aos Estados. Progressivamente, as organizações internacionais também foram confrontadas com pedidos de boa governança”⁸⁶⁰ e necessitavam produzir respostas institucionais e justificar suas

⁸⁵⁸ SANTARELLI, 2017, op. cit., p. 162. “Therefore, due to acculturation, socialization, persuasion and normativity strategies, public image relationships, and processes of internalization of rules involving reiterative conduct, *soft law* may find its way into the realm of *hard law*”.

⁸⁵⁹ REINISCH, 2005, op. cit., p. 49.

⁸⁶⁰ Ibid., p. 50. “Once the ‘good governance’ box was opened, its demands could not be limited to states. Increasingly, international organizations were also confronted with requests for ‘good governance’. As

atuações. Contemporaneamente, esse tema ressurgiu na estratégia de debate das transnacionais quando as mesmas se consideram portadoras de uma responsabilidade social e, portanto, interessadas em uma regulação além da imposta pelas autoridades públicas.

Esses instrumentos possuem três características principais⁸⁶¹: sua pluralidade de tipos (pois além dos códigos de conduta empresariais, temos os códigos de conduta para ONGs, da ONU, normas de padronização internas, entre outros documentos); sua condição de “figura intersticial” (nasce de uma necessidade externa de responsabilidade social ante a inexistência ou ineficiência de um instrumento formal que regule a conduta); e sua leve normatividade (caráter não vinculante do ponto de vista jurídico). Indubitavelmente, seu último aspecto é o alvo predileto das críticas doutrinárias, já que esse voluntarismo pode ser equiparado a um *laissez-faire* que representa uma ameaça à governança democrática, claramente embebido de ideologia neoliberal. A proatividade diante da regulamentação e apelo a submeter-se às normas de DIDH, apesar de benquisto pela comunidade internacional, muitas vezes não atendem aos parâmetros mínimos para garantir a efetividade das normas de direitos humanos.

Além das TNCs, ONGs e organizações internacionais, um desenvolvimento interessante desse campo é a adoção pelos grupos armados de compromissos, declarações e códigos de conduta que sugerem que, quando eles escrevem os códigos, esse engajamento voluntário os encoraja a respeitar a normativa internacional.

3.2.2.1 Códigos de conduta, declarações e cartas

Os códigos podem ser entendidos como uma coleção de regras desenvolvidas por um grupo que se aplica àqueles que o representam, em geral de forma escrita prevendo uma

institutional responses, again under the guidance of the international financial institutions, Inspection Panels were set up, first by the World Bank and subsequently by other development banks. Other organizations, such as the EU, created ombudsman office in order to rectify instances of maladministration, the opposite of ‘good governance’. Also at the universal level, organizations can no longer avoid being questioned about their governance. In the wake of the report of the UN Commission on Global Governance, the UN has undertaken a number of *ad hoc* reports to scrutinize its own governance record, for instance, in the field of peacekeeping. Most directly linked to the issue of codes of conduct for TNCs is the ‘corporate governance’ debate, nowadays, partly filled with new content, frequently termed as ‘social responsibility’ discussion’. The debate on the role of corporations and their ethical standards has clearly gone beyond the famous Milton Friedman assertion that the ‘only social responsibility of business [is] to increase profits’. Even if the ‘generation of long-term economic profit’ is still considered to be a ‘corporation’s primary objective’, corporate ‘good governance’ clearly requires the balancing of all stakeholders’ interests, ‘stakeholders’ being understood as all those who may affect and be affected by a corporation, including investors, employees, creditors, customers, and suppliers”.

⁸⁶¹ PÉREZ-PRAT DURBÁN, op. cit., pp. 33 e 34.

prescrição comportamental para o desenvolvimento de sua atividade. Nessa forma de autorregulação, entretanto, a normatividade não está restrita aos códigos de conduta, sendo possível que um grupo se refira a seus compromissos, políticas e outras responsabilidades por meio de outras expressões. O Princípio 16 dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, por exemplo, define que o termo declaração pode utilizar-se de forma genérica para o reconhecimento público empresarial de suas responsabilidades, compromissos e expectativas desde que essa declaração tenha como algumas características mínimas tais como aprovação da direção, respaldo de assessoramento especializado, estabelecimento de expectativas, publicidade e reflexo direto na cultura institucional.

Os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos
Princípio 16. Como base para incorporar sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, as empresas devem expressar seu compromisso de cumprir essa responsabilidade por meio de uma declaração de política que:

- (a) seja aprovada no nível mais alto da empresa;
- (b) É informado por especialistas internos e/ou externos relevantes;
- (c) Estipula as expectativas de direitos humanos do pessoal da empresa, parceiros de negócios e outras partes diretamente ligadas às suas operações, produtos ou serviços;
- (d) Esteja publicamente disponível e comunicado interna e externamente a todos os funcionários, parceiros de negócios e outras partes relevantes;
- (e) está refletido nas políticas e procedimentos operacionais necessários para incorporá-lo em toda a empresa⁸⁶²

Reinisch ao discorrer sobre os diferentes códigos de conduta possíveis, comenta que, no que se refere aos códigos empresariais, tiveram início na década de setenta como resposta às inquietações sobre a interferência das TNCs em assuntos estatais do governo hospedeiro⁸⁶³. Essa primeira onda de exemplares eram especificadamente moldados para situações ou países específicos e nasceram com grande marketing e promoção. Atualmente, o maior motivo de confecção de códigos empresariais seria escapar da posição defensiva e criar uma imagem proativa à regulamentação, prevendo boicotes e litigância. Outra característica que difere a primeira onda de códigos da segunda é a colaboração: para sua redação as TNCs agrupavam-

⁸⁶² UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Guiding Principles on Business and Human Rights** (A/HRC/17/31) de 16 de junho de 2011. No texto original “16. As the basis for embedding their responsibility to respect human rights, business enterprises should express their commitment to meet this responsibility through a statement of policy that: (a) Is approved at the most senior level of the business enterprise; (b) Is informed by relevant internal and/or external expertise; (c) Stipulates the enterprise’s human rights expectations of personnel, business partners and other parties directly linked to its operations, products or services; (d) Is publicly available and communicated internally and externally to all personnel, business partners and other relevant parties; (e) Is reflected in operational policies and procedures necessary to embed it throughout the business enterprise”.

⁸⁶³ REINISCH, 2005, op. cit., pp. 43 à 49.

se com organizações internacionais, porém atualmente estabelecem parcerias majoritariamente com organizações não governamentais⁸⁶⁴.

Apesar de representarem a maior parte dos códigos de conduta e receberem maior atenção tanto do público quanto da doutrina, os empresariais não são os únicos códigos de conduta gerados por ANE. Dificilmente apelidados como códigos, as organizações internacionais utilizam-se também de documentos ou cartas juridicamente não vinculantes. Tal fato causa certa estranheza, já que as organizações internacionais são reconhecidamente sujeitos e tem atuação clássica na formação do direito internacional como agente paraestatal (mesmo não sendo capazes de integrar os tratados na qualidade de partes). A estratégia utilizada para sair desse limbo jurídico foi submeter-se voluntariamente às normas de DIDH ou DIH que apregoa através da autorregulação. O exemplo mais clássico é o Boletim sobre a Observância do DIH pelas forças das Nações Unidas⁸⁶⁵, tendo sido o mesmo exemplo adotado pela União Europeia com sua voluntária e solene Carta de Direitos Fundamentais⁸⁶⁶.

Além das TNCs e organizações internacionais, as ONGs também escolheram o caminho do voluntarismo da autorregulação após críticas sobre a violência dos protestos e falsidade de campanhas de informação incitantes aos boicotes ou depreciadoras de reputação⁸⁶⁷. Nesse mesmo sentido, grupos armados também aderiram aos documentos de compromisso ao Direito Humanitário. Um estudo iniciado em 2008 pela Cruz Vermelha compara os estatutos e códigos de diversos grupos identificando uma tendência crescente de incluir elementos do DIH nesses documentos internos⁸⁶⁸. Ele identificou os códigos de conduta como mecanismos jurídicos que não devem ser subestimados e facilitam concretamente o respeito ao Direito por três razões principais. Primeiramente, esses códigos apresentam textos curtos e simples, de fácil compreensão e orientação para todos os membros;

⁸⁶⁴ Ibid., pp. 44 e 45. Talvez tal fato seja reflexo da crise de representatividade contemporânea, na qual a sociedade civil deixa progressivamente de procurar respostas institucionais ou aliadas aos Estados.

⁸⁶⁵ UNITED NATIONS. UN Secretary-General (UNSG), Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, ST/SGB/1999/13 at 6 August 1999.

⁸⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Carta dos Direitos Fundamentais da UE**, 2012/C 326/02, de 26 de outubro de 2012.

⁸⁶⁷ INTERNATIONAL RED CROSS. International Committee of The Red Cross. Code of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and Non-Governmental Organizations (NGOs) in Disaster Relief, at 31-12-1994. E também MOUVEMENT INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE. Comité International de la Croix-Rouge. Code de conduite pour les collaborateurs et collaboratrices du CICR, le 3 mai 2018. A Cruz Vermelha considerou esse documento de compromisso tão importante que criou em cada país um código de conduta específico.

⁸⁶⁸ MOUVEMENT INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE. Une collection de codes de conduite établis par des groupes armés (compilée par Olivier BANGERTER). **Revue Internationale de la Croix-Rouge**. Volume 93, 2011/2. Esse estudo copia a evolução dos códigos dos seguintes grupos: Exército Vermelho (China), Novo Exército Popular (Filipinas), Exército de Libertação Nacional e Força Armada Revolucionária (Colômbia), Força de Defesa Popular (Uganda), Frente Revolucionária Unida (Serra Leoa) e Conselho Nacional de Libertação (Líbia).

em segundo lugar, sua redação incita os grupos armados a refletir as ações de campo o que, com o passar do tempo, acaba por gerar o reconhecimento progressivo do DIH como um direito aplicável na prática e, “mesmo que a escolha do grupo seja motivada por razões de propaganda, a adoção de um código de conduta pode representar um primeiro passo à caminho de uma ‘apropriação’ das regras”⁸⁶⁹. Por fim, tendo em vista a estrutura hierárquica desses grupos, o valor dissuasor da sanção em caso de violação será superior se a regra for editada pelo próprio grupo que por organizações internacionais.

Apesar de benéficos pois sanam um vazio jurídico e demonstram proatividade e boa-fé dos atores internacionais, existem três riscos interrelacionados em considerar que os códigos e declarações constituem um marco normativo suficiente⁸⁷⁰: emprego estratégico para positivação de imagem, a chamada captura corporativa (ou institucional, se falamos de ANE de maneira geral), e, finalmente, a crença de descabimento da regulação internacional.

O primeiro risco refere-se à atenção que deve ser prestada à aparência, seja ela conforme ou não com a realidade, de respeito ao DIH e a possível manipulação e estratégias como o *bluwashing* e *window dressing*, isto é, fornecer respostas superficiais visando esconder a falta de impacto real do código em suas atividades institucionais. A literatura já admitiu diversas vezes a preferência da sociedade internacional em manter relações com atores social e ambientalmente responsáveis. Efeito consequente dessa distração gerada pelas estratégias e iniciativas de autorregulação, o segundo risco destacado é o da captura institucional, conceituada como os meios pelas quais uma elite econômica influencia indevidamente os tomadores de decisão. A captura consistiria, então, na excessiva incidência de um ator na determinação do conteúdo e natureza das normas relativas à sua própria

⁸⁶⁹ Ibid., p. 188. Em texto original, “Même si le choix d’un groupe armé est motivé par des raisons de propagande, l’adoption d’un code de conduite peut représenter une première étape vers une meilleure ‘appropriation’ des règles créées à l’origine par les États, et viser à assurer le respect des dispositions précitées du DIH”.

⁸⁷⁰ SANTARELLI, Nicolás Carrillo and THOENE, Ulf. A Critical Analysis of Business Declarations and Statements from a Human Rights Perspective. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, vol. 11, No. 2, 2021, pp. 313 e seguintes. Os autores apontam esses riscos no que concernem os códigos de conduta empresariais porém essa lógica parece alargar-se para qualquer ANE. “Among others, as will be explained in the following pages, there are at the very least three risks of considering voluntary statements as sufficient to allay demands of stronger business and human rights regulations. They are a) their mere strategic use to bring about a positive image that diverts attention away from calls for obligations and gain contracts or customers; b) corporate capture, i.e., excessive influence over public decision-making; and c) creating the belief that stronger international regulation in the form of treaty or customary law is supposedly unnecessary —the contrary is true, given coordination imperatives”.

conduta. Por ter interesse próprio frente às iniciativas regulatórias, a incidência de um ator sobre si mesmo nunca deve ser excessiva ou totalmente decisiva⁸⁷¹.

Uma das influências então exercidas é o terceiro risco por si mesmo: a argumentação da desnecessidade de regulação através de normas vinculantes quando existirem documentos voluntários versando sobre o mesmo assunto. Alguns acadêmicos argumentam uma suposta inconveniência na adoção de regulamentos vinculantes onerosos

Esta alusão à conveniência sugere uma noção cálculo em termos de custo-benefício e prevenção de cobranças adicionais que impede a internalização de externalidades nocivas. Tal lógica não coincide com aquela referente à proteção efetiva e incondicional da dignidade humana contra qualquer ator que possa prejudicar o gozo e o exercício dos direitos com base nele, um requisito que fundamenta o direito internacional dos direitos humanos (tradução nossa)⁸⁷².

Em consonância com a doutrina e jurisprudência moderna⁸⁷³, reafirma-se a existência de obrigações de DIDH além desses instrumentos de autorregulação, o que justifica uma possível e benéfica complementaridade dessas iniciativas voluntárias sem que as mesmas impeçam a gênese de outros instrumentos mais gerais e obrigatórios. Importante não perder de vista, entretanto, que em um modelo de governança global baseado unicamente em consenso e parcerias (*multi-stakeholderism*) deve levar em consideração que os atores internacionais possuem por vezes posicionamentos diferentes e interesses conflitantes e, nessas situações, uma abordagem mais tradicional e institucional como instrumentos imperativos de *hard law* são mais eficazes.

Por todas as razões acima, é possível dizer que os códigos empresariais e outras estratégias de hetero e autorregulação, apesar das possíveis vantagens que certamente podem oferecer em alguns casos, sofrem certos limites e, de forma alguma, tornam desnecessário ou desaconselhável uma regulamentação obrigatória empresarial no direito interno e internacional de forma complementar a eles, por meio de outras estratégias sociais (tradução nossa)⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ SANTARELLI, 2019, op. cit., p. 36. Como em trabalho posterior de 2021, apesar do internacionalista colombiano referir-se especificamente às TNCs, parece razoável que essa lógica de indevida influência se aplique aos outros atores não estatais.

⁸⁷² Ibid., p. 37. No texto original “Esta alusión a la conveniencia deja entrever una noción de cálculo en términos de costo-beneficio y la elusión de cargas adicionales que impide la internalización de externalidades nocivas. Tal lógica no coincide con a quella referente a la protección efectiva e incondicional de la dignidad humana frente a cualquier actor que pueda afectar negativamente el goce y ejercicio de los derechos basados en ella, exigencia que subyace al derecho internacional de los derechos humanos”.

⁸⁷³ Aponta-se, uma vez mais, icônico caso do INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Case No. ARB/07/26**, Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs The Argentine Republic.

⁸⁷⁴ SANTARELLI, 2019, p. 38, “Por todas las anteriores razones, es posible decir que los códigos empresariales, y otras estrategias de hetero y auto-regulación, y a pesar de las posibles ventajas que ciertamente pueden ofrecer en algunos casos, adolecen de límites que, en modo alguno, hacen innecesaria o desaconsejable la regulación

Alguns fatores têm incidência considerável sobre a efetividade e eficácia dos códigos e declarações de conduta, tais como o compromisso do corpo diretivo ou gerencial da instituição, mudanças constantes no seu conteúdo, texto genérico, falta de monitoramento e avaliação de desempenho⁸⁷⁵. Ou seja, diz-se que esse instrumento não é eficaz quando não contribui para o cambio da cultura corporativa e internalização da defesa ou não violação de DIDH na prática das atividades institucionais.

Ao mesmo tempo, importa apontar que, sendo capazes de mudar verdadeiramente a rotina institucional e preencher vazios legislativos do direito internacional, esses códigos contribuem enormemente para o sistema internacional de direitos humanos. De qualquer forma, ainda que reconhecidamente benéficos, recorda-se discurso da ONU reconhecendo que os mesmos devem ser utilizados de forma a complementar ao sistema internacional.

As iniciativas voluntárias não são uma panaceia para este problema [dos vazios do direito positivo]. Eles são principalmente um esforço para preencher a lacuna e, portanto, devem ser formados e modelados de forma a simular melhorias nas políticas públicas para que as causas profundas do problema sejam atacadas. Aumentar a contribuição dos negócios para o desenvolvimento sustentável é uma meta complexa que requer uma variedade de metodologias diferentes. Neste contexto, tanto as abordagens regulamentares como as voluntárias desempenham um papel importante. **O Pacto Global foi concebido para complementar, e não substituir, estruturas regulatórias, incentivando práticas corporativas inovadoras e voluntárias** (tradução nossa e ênfase adicionada)⁸⁷⁶.

Mesmo que esses instrumentos tenham efeitos importantes na alteração da cultura institucional e preenchimento de lacunas jurídicas, há de se concordar que são deveras limitados e sua existência de modo algum supre a necessidade de ferramentas jurídicas, sejam elas nacionais ou internacionais, judiciais ou extrajudiciais. Santarelli defende que é indispensável e imprescindível uma legislação externa, um tipo de controladoria à instituição autorregulada que seja obrigatória e, dentre outros princípios, que garanta o devido processo legal e implemente mecanismos de reclamação e reparação frente à possíveis abusos; é

vinculante de la conducta empresarial en los derechos interno e internacional y, de forma complementaria a ellos, a través de otras estrategias sociales”.

⁸⁷⁵ Ibid., op. cit., p. 30.

⁸⁷⁶ UNITED NATIONS. A joint publication of the United Nations Global Compact and the Office of the High Commissioner of Human Rights. **Embedding Human Rights into Business Practice**, 2004, p. 8. No texto original “Voluntary initiatives are not a panacea to this problem. They are primarily an effort to fill the gap and therefore must be formed and fashioned in such a way as to simulate improvement in public policy so that the root causes of the problem are tackled. Enhancing the contribution of business to sustainable development is a complex goal that requires a range of different methodologies. In this context, both regulatory and voluntary approaches play an important role. The Global Compact is designed to complement, and not substitute, regulatory frameworks by encouraging voluntary, innovative corporate practices”.

necessário ultrapassar os efeitos simbólicos de excessiva vaguidade e pouca ambição de conteúdo dos códigos, conhecidos por sua “falta de dentes” e carência de consequências jurídicas e exigibilidade em termos de acesso à justiça e reparação de vítimas⁸⁷⁷.

Na verdade, estudos sobre a efetividade dos códigos empresariais sugeriram que a assunção da existência desse documento desencorajar violações não é válida⁸⁷⁸; ao contrário, são as TNCs que mais violam direitos humanos que possuem tendência a aderir-los quando ameaçadas. Santarelli aponta sarcasticamente que o argumento de expectativa legítima é seguidamente utilizado pelas TNCs em assuntos como investimento estrangeiro e concorrência injusta, porém as mesmas esgueiram-se quando cabe utilizar-se desse mesmo termo para exigir um mecanismo de reparação de vítimas baseado na boa-fé do código e na expectativa social legítima gerada por essa adesão⁸⁷⁹.

Esse panorama corrobora a importância e necessidade de complementar esses instrumentos de autorregulação com normas duras ou vinculantes por duas razões principais: estabelecer uma consequência jurídica direta ao descumprimento desses documentos e incutir-lhes de natureza procedimental. Há necessidade de ponderar sobre esse “vácuo de proteção” deixado pelos códigos e estabelecer mecanismos claros de reclamação que possam evoluir o hábito um tanto clássico do direito internacional de impregnar-se de normas substantivas sem que estas venham acompanhadas de direito processual capaz de tornar efetivo o seu cumprimento⁸⁸⁰.

Essa suposta tensão entre estratégias regulatórias voluntárias e heterorregulatórias nasce da resistência do setor empresarial (e de alguns Estados, como vimos no tópico referente ao Instrumento Legal Obrigatório) à uma regulação direta e externa que,

⁸⁷⁷ SANTARELLI, 2019, op. cit., p. 33. “Pese a lo anterior, los mecanismos no judiciales no suplen las acciones institucionales, porque no siempre constituyen una base confiable a la que pueden acudir con seguridad los afectados por determinada conducta corporativa, y porque adolecen de límites como, por ejemplo, el hecho de que la transgresión de los estándares voluntarios no genera consecuencias jurídicas o exigibilidad en términos de acceso a la justicia y reparaciones por parte de los afectados, salvo en términos indirectos, como se examinará más adelante. Puede ocurrir, además, que las asimetrías de poder sean una causa de la existencia de estándares voluntarios sin una contrapartida de *hard law* en múltiples Estados o de la excesiva vaguedad o poca ambición de su contenido; o un factor que incida en la falta de ‘dientes’, ambición o efectividad de los códigos o declaraciones empresariales cuando no haya un interés y compromiso genuino frente a ellos”.

⁸⁷⁸ KAPTEIN, Muel e SCHWARTZ, Mark S. The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model. **Journal of Business Ethics**, Vol. 77, 2008, p. 121. Nessa página, “The assumption that companies with codes will less frequently violate laws is not valid. Companies will have additional reasons for developing a business code when they face the threat of legal action. On the other hand, companies with a business code might be an easier target for regulatory agencies”.

⁸⁷⁹ SANTARELLI, 2019, op. cit., p. 39. “Otra cosa acontece con los efectos indirectos que pueden tener las declaraciones empresariales, que merced al juego del principio general de la buena fe pueden constituir el fundamento de reclamaciones basadas en el respeto a la palabra dada o a las expectativas legítimas (expresión que tanto gusta al inversor extranjero en cuanto al trato justo y equitativo, esto sí, para reclamar, y no para responder, ¿doble rasero?)”.

⁸⁸⁰ Idem.

supostamente desnecessária, faria recuar o compromisso atual de respeito aos direitos humanos das TNCs. O que surpreende é a impercepção de que os instrumentos de *hard* ou *soft law* não são mutuamente excludentes⁸⁸¹, e, no atual panorama globalizado e multicultural de governança global, aturde a falta de debate e ignorância às possibilidades de criação de sistemas híbridos no que concerne os ANE.

Sendo assim, seria de grande utilidade para a eficácia dos códigos, declarações e cartas que os mesmos fossem considerados como complementares à outras estratégias que permitam as garantias judiciais, na busca de uma verdadeira “estratégia policêntrica” que agregue mecanismos vinculantes (para reparações e abusos graves) e também iniciativas de outra natureza, como as de *soft law* voluntárias.

Consequentemente, não é admissível ou justificável argumentar que isso não é necessário, nem que uma regulamentação de *hard law* fatalmente prejudicará a possibilidade de as empresas irem além do que é exigido pelo direito positivo (nacional ou internacional) ou abordar outras dimensões que não as responsabilidades de direitos humanos legalmente exigidas de *lege lata* ou *lege ferenda*. [...] Para concluir, parece oportuno lembrar que a análise dos códigos empresariais ou de outros aspectos dos negócios e dos direitos humanos não tem as empresas como verdadeiros protagonistas: ao contrário, os seres humanos, cuja dignidade incondicional deve ser defendida contra seus abusos atuais e potenciais. [...] A proteção efetiva e integral da pessoa humana constitui o objetivo que se deve ter presente ao se examinar criticamente a legitimidade, eficácia e complementaridade das manifestações de regulação privada voluntária que partem dos atores corporativos (tradução nossa)⁸⁸².

⁸⁸¹ Ibid., p. 26, “algunos autores han afirmado que parte de la resistencia del sector empresarial (y de ciertos Estados) a la regulación directa se basa en la idea de que sería, aparente o supuestamente, innecesario emplear este tipo de regulación externa en términos de *hard law* debido a la presunta suficiencia de los compromisos asumidos o aceptados por las empresas o a supuestos ‘inconvenientes’ generados por la existencia de normas vinculantes frente a la implementación de los estándares voluntarios (lo cual no deja de sorprender, pues no son mutuamente excluyentes las normas de derecho duro y aquellas de *soft law*, como acontece incluso en cuestiones interestatales)”.

⁸⁸² Ibid., p. 45, “En consecuencia, no es admisible o justificable ni esgrimir que esto no es necesario, ni argumentar que una regulación de *hard law* necesariamente menoscabará la posibilidad de que las empresas vayan más allá de lo exigido en el derecho positivo (interno o internacional) o aborden dimensiones distintas a las responsabilidades de derechos humanos exigidas jurídicamente de *lege lata* o de *lege ferenda*. [...] Para concluir, me parece conveniente recordar que el análisis de los códigos empresariales u otros aspectos de las empresas y los derechos humanos no tiene a las empresas como los verdaderos protagonistas: si lo son, por el contrario, los seres humanos, cuya dignidad incondicional debe ser defendida frente a sus abusos actuales y potenciales. [...] La protección efectiva e integral de los seres humanos constituye el objetivo que hay que tener presente al examinar críticamente la legitimidad, efectividad y complementariedad de las manifestaciones de regulación privada voluntaria que provenga de los actores corporativos”.

3.2.2.2 Acordos Marco Internacionais

Um importante número de organizações sociais e acadêmicos, alarmados com o transcurso da realidade anteriormente apresentada (i.e., a incapacidade do Direito Internacional em fornecer um marco teórico, normativo ou ainda jurídico no que concerne os ANE), trabalham há décadas formulando esboços e propostas para lidar com esse vazio de paradigma que vem sendo gradualmente preenchido por instrumentos de autonormatização.

Uma proposta interessante da atualidade é a negociação coletiva transnacional, representada numa fase incipiente pelos Acordo Marco Internacionais (AMI), Acordos Marco Globais (AMG), Acordos Marco Mundiais (AMM) ou *International Framework Agreements* (IFA) de acordo com sua nomenclatura inglesa. Esses instrumentos possuem relevante progresso no que concerne o Direito Internacional do Trabalho e constataam a insuficiência dos instrumentos normativos internacionais de distintas organizações como a ONU e a OIT e sua política de dirigir sua normatividade de forma expressa e direta. Paralelamente a esse cenário, a governança privada nos faz perceber que a Responsabilidade Social não oferece soluções satisfatórias para os problemas causados pelos ANE. Esses Acordos Marcos sugerem, portanto, a necessidade de prosseguir na busca de vias alternativas principalmente no que concerne a melhora das condições de trabalho, cadeias de produção e distribuição de suprimentos globais.

Apesar da atenção e mérito desses instrumentos, eles não devem (ou ao menos não deveriam) constituir uma proposta de primeira mão pelas seguintes razões:

- a) tal resposta representa uma fuga da intervenção regulatória ao nível internacional, tendo em conta que a proteção dos direitos laborais constitui uma responsabilidade dos poderes públicos e que a dimensão do objeto a regular exige uma resposta supranacional;
- b) a adequação da negociação coletiva transnacional (e, portanto, a utilização dos AMI, AMG ou AMM) como única regulamentação é inaceitável pois significa que o debate entorno do trabalho decente foi abandonado às negociações entre os sujeitos privados presentes na relação de trabalho.

Apesar das diferenças entre os Acordos Marco Internacionais existentes, os mesmos poderiam ser definidos como acordos entre uma empresa transnacional e uma ou mais Federações Sindicais, cujo objetivo é estabelecer condições mínimas de trabalho a serem cumpridas em todos os países onde a empresa opere. Assim sendo, o AMI é um instrumento

cujo objetivo é estabelecer uma relação contínua entre uma empresa transnacional e uma Federação Sindical Internacional para garantir a adesão empresarial aos mesmos padrões em todos os países em que opera. Eles poderiam enquadrar-se na categoria de “direito transnacional privado”, que pode ser definido como a normatização realizada por sujeitos privados, paralelos aos atores públicos como Estados ou organizações internacionais.

Como traço característico significativo desses instrumentos pode-se apontar o fato de que sejam, tal como os instrumentos autorregulatórios de maneira geral, voluntários e, assim sendo, as empresas não são obrigadas a negociar ou assiná-los, sendo claramente identificado como instrumento enquadrado na Responsabilidade Social (RS) embora o seu surgimento, visto que permeado pela bilateralidade, represente uma mudança substantiva na natureza dos instrumentos clássicos de RS, uma vez que o AMI abala o tom de unilateralidade com que tem sido comum definir as ferramentas clássicas de autorregulação. De acordo com a intenção expressa na sua própria nomenclatura, os Acordos Marco Internacionais constituem acordos com parâmetros ou quadros gerais cujo objetivo é oferecer padrões mínimos partilhados sobre os quais se espera que acordos posteriores melhorem tais disposições em áreas inferiores e adaptem o quadro geral oferecido pelos AMI com a realidade do país em questão.

Quanto à origem, estes AMI podem ser entendidos como fruto da evolução qualitativa de alguns instrumentos pertencentes à esfera da RS, como os códigos de conduta, ou como o surgimento de uma autonomia coletiva ao nível transnacional. No que diz respeito à relação entre o surgimento dos AMI e a evolução dos códigos de conduta, foi efetivamente afirmado pela literatura que as origens dos primeiros estão localizadas no contexto da RS. Na realidade vêm-se conferindo crédito aos Acordos Marco Internacionais por melhorarem os códigos de conduta, substituindo a unilateralidade por elementos como a participação e a negociação. Nesse ínterim, muitas vezes eles são considerados como “o produto mais acabado da RS”⁸⁸³. Pode-se compreender, desde modo, que foram feitos esforços para transferir essa normatividade unilateral que estes códigos de conduta representavam para os acordos bilaterais negociados, permeando assim a arena internacional com um novo espaço de autonomia coletiva.

Esses instrumentos foram ferramentas principalmente utilizadas no Direito Internacional do Trabalho e com desenvolvimento relativamente recente apesar de significativo nas últimas décadas. Afirma-se, entretanto, que suas origens remontem o fim dos

⁸⁸³ GARAY, Maite Elorduy. La mayoría de los derechos laborales en las cadenas de producción y suministro de las empresas transnacionales. Especial referencia a los Acuerdos Marco Internacionales. Tesis (Doctorado). Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Departamento de Derecho de la Empresa y Derecho Civil. Bilbo, 2021, p. 237.

anos 80⁸⁸⁴ apesar de seu verdadeiro desenvolvimento ter um salto quantitativo a partir dos anos 2000. Ainda assim, cabe assinalar que a maioria das grandes empresas não conta com um Acordo Marco Internacional, havendo ainda uma diminuição do número de subscritos a partir de 2012. Outra característica marcante tanto para doutrina quanto para OIT é que os AMI possuem forte dimensão europeia, sendo apontados como um “fenômeno inquestionavelmente europeu”.

Os Acordos Marco Internacionais constituem um fenômeno inquestionavelmente europeu, apesar da sua assinatura por empresas não europeias nos últimos anos nos obrigar a nuançar o caráter categórico de tal declaração. A OIT, que aponta a “forte dimensão europeia” dos Acordos Marco Internacionais, conclui que dos 183 Acordos-Quadro Internacionais assinados entre 1988 e 2017, 156, ou seja, 85%, são assinados por empresas europeias, entre as quais as empresas de origem francesa e alemã desempenham um papel notável. Outros estudos anteriores, como o realizado por Rehfeldt (2015) apontaram para um valor semelhante, situando a percentagem de Acordos Marco Internacionais assinados por empresas europeias em 84%, destacando também a preeminência de países como França e Alemanha. Não é difícil intuir os contornos das razões que justificam a marcada origem europeia do fenômeno em questão. Pode-se argumentar que na Europa existem algumas condições favoráveis para negociações e posterior assinatura dos referidos acordos. Como explica Guarriello (2018), a preeminência europeia na negociação coletiva transnacional pode ser explicada pelo clima de diálogo social na empresa-mãe, pelo perfil dos sistemas de relações laborais da Estados-Membros e o reconhecimento do diálogo social na União Europeia. É também assinalado o impacto da regulamentação dos Conselhos de Empresa Europeus. Ao contrário, a baixa presença de empresas americanas entre os assinantes, fato que vai de encontro ao número significativo de empresas transnacionais que o país acolhe, tem sido explicada pela cultura das relações laborais existente nos EUA e pela resistência à reconhecimento das Federações, Sindicatos Internacionais e direitos de sindicalização e negociação coletiva. É importante notar que os Estados Unidos não ratificaram as convenções fundamentais da OIT relativas ao direito de organização e negociação coletiva⁸⁸⁵.

⁸⁸⁴ Ibid., p. 235, “Os primeiros Acordos Marco Internacionais datam de 1988, ano em que a transnacional francesa BSN – atualmente Danone – assinou o primeiro IFA com o Sindicato Internacional dos Trabalhadores da Alimentação. Nos anos seguintes, e especificamente até 1994, apenas quatro Acordos Marco Internacionais foram assinados e todos os quatro foram assinados pela própria Danone. Entre as razões apresentadas para explicar a adoção do Acordo, destaca-se a personalidade do fundador da empresa, que se apresenta como uma pessoa socialmente comprometida”. No original “El primer Acuerdo Marco Internacional data del año 1988, año en el que la empresa transnacional francesa BSN - en la actualidad Danone - firmó el primer AMI con la Unión Internacional de Trabajadoras/es de la Alimentación. En los próximos años, concretamente hasta 1994, se suscribieron únicamente cuatro Acuerdos Marco Internacionales y los cuatro fueron suscritos por la misma Danone. Entre los motivos que se señalan para explicar la adopción del Acuerdo, se destaca la personalidad del fundador de la compañía, al que se presenta como una persona socialmente comprometida”.

⁸⁸⁵ Ibid., p. 239, no original “Los Acuerdos Marco Internacionales constituyen un fenómeno inobjetablemente europeo, a pesar de que la suscripción de los mismos por empresas no europeas en los últimos años nos obligue a matizar la rotundidad de tal afirmación. La OIT, que señala la ‘fuerte dimensión europea’ de los Acuerdos Marco Internacionales, concluye que de los 183 Acuerdos Marco Internacionales suscritos entre los años 1988 y 2017, son 156, esto es, el 85%, los que están suscritos por empresas europeas, entre las que ostentan un notorio protagonismo las empresas de origen francés y alemán. Otros estudios anteriores, como el llevado a cabo por Rehfeldt (2015) apuntaban a una cifra similar, situando el porcentaje de Acuerdos Marco Internacionales suscritos por empresas europeas en un 84%, destacando asimismo la preeminencia de países como Francia y Alemania. No es difícil intuir los perfiles de las razones que justifican el marcado origen europeo del fenómeno que nos ocupa. Podría defenderse que en Europa se dan algunas condiciones favorables para las negociaciones y consecuentes suscripciones de los acuerdos aludidos. Como expone Guarriello (2018), citando a Rehfeldt (2018)

Garay aponta ainda que certamente a evolução desses instrumentos tem sido marcada pela estratégia das Federações Sindicais Globais, que passou de uma estratégia quantitativa para uma estratégica qualitativa. A pesquisadora aponta que na década de noventa o objetivo era alcançar a maior adesão possível de acordos, porém, atualmente, a tática tem-se centrado mais em melhorar e reforçar o conteúdo dos acordos, ou seja, dar prioridade ao desenvolvimento qualitativo. Em suma, embora examinando a atual expansão dos AMI não se possa dizer que os mesmos sejam um mecanismo de utilização generalizada, não há dúvida de que estamos perante um fenômeno em desenvolvimento progressivo que adquiriu um lugar significativo na dinâmica das relações de trabalho no cenário internacional.

Entre as razões que levam um ator transnacional a firmar um compromisso da envergadura do AMI, Hadwiger aponta oito razões que geralmente se acumulam:

- a) manter boas relações com a representação dos trabalhadores e dos sindicatos;
- b) demonstrar de forma credível aos consumidores e acionistas que há cumprimento das normas sociais e ambientais;
- c) proteger-se da publicidade negativa e articular um sistema de gestão de riscos;
- d) legitimar as decisões de gestão e reduzir os custos de transação;
- e) melhorar a gestão nas redes globais de produção através da padronização;
- f) motivar os trabalhadores, atrair os mais qualificados e promover a fidelização à empresa;
- g) estabelecer “um nível mínimo de campo compartilhado” que evite as desvantagens competitivas decorrentes da assunção de obrigações sociais;
- h) responder às exigências de regulamentação pública e evitar mais regulamentação⁸⁸⁶.

y Treu (2018), la preeminencia europea en la negociación colectiva transnacional puede explicarse por el clima de diálogo social en la empresa matriz, el perfil de los sistemas de relaciones laborales de los Estados y el reconocimiento del diálogo social en la Unión Europea. Se señala asimismo la incidencia de la regulación de los Comités de Empresa Europeos. En sentido contrario, la escasa presencia de empresas estadounidenses entre las suscriptoras, dato que choca con el importante número de empresas transnacionales que alberga el país, se ha explicado por la cultura de relaciones laborales existente en EEUU y por las resistencias al reconocimiento de las Federaciones Sindicales Internacionales y los derechos de sindicación y negociación colectiva. Valga señalar que los Estados Unidos no han ratificado los Convenios fundamentales de la OIT relativos al derecho de sindicación y a la negociación colectiva”.

⁸⁸⁶ HADWIGER, Felix. Why Do Multinational Companies Sign Transnational Company Agreements? Dfg-Graduiertenkolleg (Grk 1597/2): **The Economics of the Internationalization of The Law. University of Hamburg**, September 30, 2014, p. 5, no original: The contribution of this paper is that it identifies eight incentives that are of relevance for multinational companies to enter into TCAs (transnational company agreements). The paper discusses the following incentives:

- (1) to maintain or to develop a good relationship with workers’ councils and trade unions,
- (2) to send a credible signal of compliance with social and environmental standards to consumers and investors,
- (3) to set a safeguard against negative publicity and introduce a specific type of risk management,
- (4) to legitimate management decisions and to reduce transaction costs,

Apontando alguns dos motivos mencionados por Hadwiger, Guarriello indica, em sua análise dos acordos adotados no âmbito empresarial transnacional, que, adicionalmente ao exposto, a promoção à assinatura desses acordos é guiada pelas seguintes motivações: a melhoria da reputação do empresa tanto nacional quanto globalmente; a harmonização do modelo de gestão nas subsidiárias; a resolução rápida de conflitos em países terceiros; a promoção da ética empresarial e das relações trabalhistas em subsidiárias e fornecedores; a melhoria dos processos de produção na cadeia global de produção e abastecimento.

Estudos de investigação sobre acordos celebrados no âmbito de empresas transnacionais demonstraram que a negociação que conduz a estes acordos é o resultado de uma estratégia deliberada promulgada pelas principais partes: embora não prossigam os mesmos objetivos finais, têm objetivos complementares. Por um lado, a gestão central da empresa transnacional visa melhorar ou reforçar a reputação que a empresa goza ao nível nacional, estendendo-a também a um nível global. A gestão central sente a necessidade de harmonizar o estilo de gestão das subsidiárias locais com o estilo da gestão central; abordar os conflitos que surgem em novos países o mais cedo possível; implementar uma estratégia que promova a ética empresarial e as relações industriais da empresa-mãe dentro das subsidiárias e nas relações com empresas terceiras; melhorar os processos de produção em toda a cadeia de valor global. Apesar do fato desse fenômeno ser geralmente estudado do ponto de vista dos sindicatos e/ou dos representantes dos trabalhadores dentro da empresa, a literatura que tem abordado esta questão tem destacado o fato de ser do interesse da empresa embarcar num processo de negociação que desencadeie a resposta da multinacional às iniciativas sindicais, ou incentive a ação da administração⁸⁸⁷.

Em ampla pesquisa sobre esses Acordos Marco Internacionais, Garay organiza uma análise jurídica a partir da organização dos mesmos em sete estruturas: 1) partes signatárias; 2) escopo de aplicação; 3) abrangência temporal; 4) conteúdo; 5) divulgação e capacitação; 6)

(5) to achieve a better management of global production networks by standardization,

(6) to motivate employees, attract skilled workers and develop workers' loyalty,

(7) to 'level the playing field' in order to overcome competitive disadvantages resulting from higher standards, and (8) to respond to public regulation and to avoid further regulation.

When discussing the eight different incentives it is analyzed whether there are objective factors that favor the conclusion of TCAs.

⁸⁸⁷ GUARRIELLO, Fausta. *Transnational Collective Agreements. ISLSSL XXII World Congress.*

Transformation of work: challenges for the national systems of labour law and social security. University of Chieti-Pescara, Torino, 2018. No original entre páginas 8 e 9, "Research studies on agreements concluded within transnational corporations have shown that negotiation leading to these agreements is the result of a deliberate strategy enacted by the main Parties: although they do not pursue the same final goals, they do have complementary objectives. On the one hand, the central management of the transnational corporation aims to improve or enhance the reputation the company enjoys nationally, extending it to a global level as well. Central management feels the need to harmonize the management style of local subsidiaries to the style of central management; to address conflicts arising in new countries at the earliest possible stage; to implement a strategy promoting the business ethics and industrial relations of the parent company within the subsidiaries and in relations with third companies; to improve production processes throughout the global value chain. Despite the fact that the phenomenon is usually studied from the viewpoint of the trade unions and/or the workers' representatives within the company, the literature that has addressed this issue has highlighted the fact that it is the company's interest in embarking on a bargaining process that triggers the multinational's response to trade union initiatives, or encourages action by management".

monitoramento e verificação da aplicação; 7) incumprimentos e medidas previstas para os mesmos. Conclui-se que a maioria das empresas não assina Acordos Marco Internacionais com o objetivo de os utilizar para mostrar a sua identidade corporativa e o seu compromisso com as normas laborais aos meios de comunicação, aos consumidores e aos acionistas, e que, portanto, a literatura sobre as razões que levam a assinatura dos Códigos de Conduta não deve ser automaticamente aplicada à realidade dos AMI. Afirma-se, no entanto, que para muitas empresas transnacionais estes acordos constituem sistemas de “alerta prévio” para possíveis conflitos que permitem evitar publicidade negativa e campanhas sindicais, levando a resolução de possíveis conflitos para uma esfera privada e aliviando assim o risco de aparecerem publicamente como empresas irresponsáveis.

Em mesma pesquisa, apontam-se os obstáculos ao desenvolvimento eficaz dos Acordos Marco Internacionais. Revelou-se que estes, apesar da sua notória heterogeneidade, contêm geralmente deficiências importantes que questionam o seu potencial para influenciar a melhoria dos direitos trabalhistas nas cadeias articuladas em torno das empresas transnacionais e localizadas em países com défices de trabalho digno. Adicionalmente às insuficiências apontadas, que podem ser consideradas insuficiências internas ou específicas dos AMI, encontram-se outros obstáculos que têm um impacto negativo no seu desenvolvimento e eficácia jurídica⁸⁸⁸:

- a) Déficits de transparência e rastreabilidade nas cadeias globais de produção e abastecimento;
- b) A complexidade de algumas cadeias em termos de negócios e dispersão geográfica;
- c) Empresas auxiliares que abastecem diversas empresas-mãe simultaneamente;
- d) A fragilidade dos direitos de organização, negociação coletiva e greve;
- e) A mudança do paradigma produtivo dominante e a conseqüente difusão de fatores que afetam a segmentação da classe trabalhadora.

Ainda neste trabalho podem-se destacar pontos positivos e negativos desses instrumentos. Como positivos, pode-se apontar que, no contexto atual, justifica-se a necessidade de um acordo coletivo transnacional que possa ir além das muitas das funções

⁸⁸⁸ GARAY, op. cit., pp. 317 à 330, no original: Concluido el análisis jurídico de los Acuerdos Marco Internacionales ha quedado al descubierto que estos, a pesar de su notoria heterogeneidad, encierran en general importantes deficiencias que cuestionan su potencial para incidir en la mejora de los derechos laborales en las cadenas articuladas en torno a las ETN (empresas transnacionais) y ubicadas en países con déficits de trabajo decente. [...] Los déficits de transparencia y trazabilidad en las cadenas de producción y suministro globales. [...] La complejidad de algunas cadenas en términos de dispersión empresarial y geográfica. [...] Las empresas auxiliares que proveen a varias empresas matrices simultáneamente. Una realidad susceptible de entorpecer la mejora y eficacia de los Acuerdos Marco Internacionales. [...] La debilidad de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. [...] El cambio de paradigma productivo dominante y la conseqüente propagación de factores que inciden en la segmentación de la clase trabajadora.

que a negociação coletiva vem assumindo para si. Trata-se de aplicar padrões mínimos de trabalho naqueles territórios típicos das cadeias de produção e abastecimento articuladas em torno das empresas transnacionais nas quais os direitos trabalhistas mais fundamentais não são garantidos, uma consequência da fraqueza regulatória de alguns Estados e da falta de regulamentações trabalhistas internacionais capazes de compensar tais deficiências. Dado que atualmente não está garantido o estabelecimento de normas mínimas de trabalho à escala global, os acordos coletivos transnacionais constituem uma estratégia, ainda que secundária, para atingir este objetivo, na medida em que poderiam cumprir a função de fazer chegar tais regulamentações às regiões geográficas nas quais o ordenamento jurídico estatal não incorporou esse patrimônio normativo. Assim, na situação atual, o principal objetivo dos acordos coletivos transnacionais seria estabelecer condições mínimas a respeitar em qualquer um dos territórios onde a empresa transnacional desenvolva sua atividade, incluindo neste âmbito de aplicação tanto a empresa-mãe como as empresas auxiliares.

Outro ponto construtivo é o potencial dos Acordos Marco Internacionais em contribuir para a regulação laboral das cadeias globais de produção e abastecimento. Especificamente, a eles é atribuída a possibilidade de constituir uma forma alternativa de aplicação das normas internacionais, especialmente as da OIT, na empresa. A execução das normas do Direito Internacional do Trabalho, nessa situação, seria alcançada através da autonomia coletiva e não da ratificação das normas em questão pelo Estado. Certamente, os Acordos Marco Internacionais são uma ferramenta através da qual se estabelecem normas laborais mínimas em todos os países em que a empresa opera e, assim, colmatam a lacuna regulatória que existe em muitas destas latitudes. Assim sendo, pode-se argumentar que eles realizam uma transferência alternativa de algumas normas trabalhistas, como as consagradas nas Convenções fundamentais da OIT, para o território de Estados que por vezes não possuem tais regulamentações ratificados. Ou ainda, mesmo nos casos nos quais os Estados onde estão localizadas as cadeias de empresas transnacionais possam ter ratificado as convenções da OIT ou aprovado normas que pressupõem que determinadas normas trabalhistas estejam em vigor no território do Estado em questão, sua eficácia não poderia ser garantida tendo em vista a fraqueza das instituições do Estado em questão. Ainda nesses casos, os AMI regulam alguns aspectos como a verificação da aplicação dos compromissos nele assumidos e as formas de resolver os incumprimentos detectados, oferecendo mecanismos de garantia para a aplicação efetiva deste regulamento.

Como pontos negativos desses Acordos destaca-se o fato de que a negociação coletiva não conseguiu ultrapassar eficazmente as fronteiras dos Estados e por isso, como

mencionamos no início deste tópico, não deve ser considerada a primeira alternativa para solucionar o problema das violações de direitos humanos (aqui em especial, do Direito Internacional do Trabalho) tendo em vista sua limitação territorial.

Mais além, pode-se afirmar indubitavelmente que elas demonstram a fraqueza e o fracasso do poder público em regular sobre assuntos internos já que, dada a inexistência ou insuficiência de normas trabalhistas públicas para proteger os direitos trabalhistas, pretende-se que as empresas imponham essas regulamentações a si mesmas através desses acordos bilaterais autorregulatórios.

A negociação coletiva transnacional surge assim como uma ferramenta com a virtude de abordar o déficit de governança pública das cadeias globais de produção e abastecimento. No que diz respeito ao déficit de governança pública nas cadeias mercantis, interessa apontar a análise realizada por Gereffi e Mayer sobre o desequilíbrio existente entre a economia global e as instituições de governança de mercado. Os autores distinguem três áreas em que a governança pública das cadeias mercantis teria falhado⁸⁸⁹:

- a) o déficit na capacidade regulatória dos Estados de origem das empresas transnacionais;
- b) o déficit dos Estados de destino em fazer frente à regulação das cadeias neles localizadas;
- c) a falta de capacidade das organizações internacionais para impor normas laborais às empresas transnacionais.

Essa ferramenta nasce, portanto, de uma evolução dos mecanismos autorregulatórios em suprir algumas falhas dos códigos de conduta e instrumentos de compromisso voluntários de caráter interno. Eles ampliam a legitimidade da autorregulação ao incluir a bilateralidade, porém, como repetidamente frisado, não devem ser considerados uma solução mágica para os problemas ligados à violação de direitos humanos tendo em vista seu caráter voluntário (e fraca adesão, como vimos em recente pesquisa) e sua limitação territorial.

⁸⁸⁹ GEREFFI, Gary e MAYER, Frederic. Globalization and the demand for governance. In: GEREFFI, Gary (dir.), **The new offshoring of jobs and global development**. Geneva: International Labour Office, 2006, p. 48. No original “Deficit 1: Global production no longer embedded in developed country governance institutions; Deficit 2: Limited international governance (primarily facilitation); Deficit 3: Thin governance systems in developing countries, both public and private. Mais além, eles propoem soluções em página 41: We argue that globalization has led to governance deficits that pose a threat to the stability of the global economy. However, as we discuss below, developments in three realms of governance – the thickening of international institutions, the emergence of a private form of governance involving interactions between civil society and corporations, and capacity building in developing countries – may allow the international system to adapt sufficiently to govern the global market”.

3.2.3 Corregulatórias ou participativas

Como já foi dito neste trabalho, o Comitê Econômico e Social Europeu em parecer de iniciativa definiu a correção como uma forma de regulação dos interessados (*stakeholders*) promovida, orientada, dirigida ou controlada por uma entidade terceira, seja um organismo oficial ou uma entidade reguladora independente, normalmente com poderes de fiscalização, de controle e em alguns casos de sancionamento.

A correção combina elementos da legislação, muito em especial no que toca à sua natureza previsível e vinculativa, com o regime mais flexível da autorregulação. O desafio a enfrentar pela correção consiste em definir, manter e preservar objetivos políticos, permitindo ao mesmo tempo uma maior flexibilidade no quadro regulamentar⁸⁹⁰.

Este mesmo instrumento conclui que tanto a autorregulação quanto a correção são mecanismos de normatização que devem ser considerados como instrumentos complementares ou suplementares importantes, porém nunca devem ser utilizados como alternativa para heteroregulação. Ambos os sistemas possuem as mesmas vantagens⁸⁹¹, limitações⁸⁹² e dependem dos mesmos fatores⁸⁹³ e “devem inscrever-se num quadro de interesse geral e não apenas em benefício das entidades reguladas”⁸⁹⁴.

Linda Senden demonstra que existe uma tendência da União Europeia em desenvolver uma nova política regulatória com ênfase na utilização de instrumentos normativos alternativos à legislação tradicional de comando e controle. Nesse contexto europeu, a correção é encarada como um mecanismo de regulamentação que pressupõe um envolvimento legislativo direto do ator público (seja ele o Estado ou uma organização internacional), diferentemente da autorregulação que ausenta a atuação pública. Por consequência, a correção teria uma abordagem “de cima para baixo” e sua utilização

⁸⁹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Comitê Econômico e Social Europeu. **Parecer de Iniciativa sobre a autorregulação e correção no quadro legislativo comunitário**, C 291/29, 4 de setembro de 2015, p. 33.

⁸⁹¹ Ibid., p. 34. “a correção e a autorregulação apresentam múltiplas vantagens: abolição de obstáculos ao mercado único, simplificação das normas, flexibilidade e rapidez de aplicação, descongestionamento dos circuitos legislativos e corresponsabilidade dos participantes”.

⁸⁹² Idem., “[a correção e a autorregulação] também tem limitações, que dependem, sobretudo, da eficácia do acompanhamento e das sanções, da incerteza da adesão de todas as partes aos códigos acordados, bem como das condições de plena compatibilidade com o corpo das normas vigentes e das exigências de um enquadramento legislativo adequado no domínio da saúde, da segurança e dos serviços de interesse geral”.

⁸⁹³ Idem., “o êxito da correção e da autorregulação depende de vários fatores: a percepção do interesse geral, a transparência do sistema, a representatividade e a capacidade dos seus agentes, a existência de mecanismos de avaliação e supervisão, a eficácia do acompanhamento, comportando, se necessário, sanções, e um espírito mútuo de colaboração entre os agentes interessados e os poderes públicos e a sociedade em geral”.

⁸⁹⁴ Ibid., p. 36.

implicaria ao legislador o estabelecimento de um quadro jurídico essencial do qual participarão as partes interessadas; por essa razão por vezes a redação normativa faz referência ao termo “autorregulação condicionada”⁸⁹⁵.

No que concerne a doutrina, “há uma falta de consistência de definição na literatura política; ou seja, há grande variação na terminologia de regulamentação (tradução nossa)”⁸⁹⁶. Os estudiosos da governança anexaram muitos rótulos aos modelos de correção para enfatizar sua capacidade regulatória privada e, ao mesmo tempo, distingui-la das modalidades mais clássicas de autorregulação. Os termos incluem “regulação civil”, “*hard law* privada” e “governança não estatal dirigida pelo mercado”⁸⁹⁷. De qualquer forma, independente do doutrinador em referência, entende-se que em vez de “formas puras” dicotômicas de autorregulação ou regulação governamental, as normas internacionais são permeadas por um *continuum* de arranjos híbridos que refletem graus variados de envolvimento do governo e diferentes arranjos públicos/privados de autoridade para fazer regras e de responsabilidade de implementação e execução. Esses novos padrões de responsabilidades sociais amparados pelos mecanismos de governança global são interessantes por algumas razões⁸⁹⁸:

- a) em primeiro lugar, os padrões de responsabilidade social *multistakeholder* constituem não apenas um modo distinto de governança, mas também um novo instrumento de política correguladora;
- b) em segundo, com o surgimento da autoridade privada, os governos não estão recuando, mas sim transformando seu papel de entrega e delegação de políticas para também permitir regulamentações privadas juntamente com a regulamentação tradicional nos sistemas de governança corregulatórios;

⁸⁹⁵ SENDEN, Linda. Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet? **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 9.1, January 2005, p. 12. “It thus appears that, in the context of the EU, co-regulation is regarded rather as an implementing mechanism, presupposing the prior adoption of a piece of European legislation. Consequently, co-regulation also presupposes the direct involvement of a public actor in this regulatory process, which is usually not the case with self-regulation. In line with this, one may also speak of co-regulation as a regulatory mechanism that is primarily considered or understood to take a ‘top-down’ approach. That is to say, its use implies that the European legislature first sets the essential legal framework, that the stakeholders or parties concerned then fill in the details and that public authorities, usually the Commission, monitor the outcome or that sometimes the European legislature validates those more detailed rules by turning them into binding legislation. Co-regulation can thus be seen rather as a complement to legislation than as an alternative to this. Finally, it can also be said to situate itself somewhere between legislation on the one hand and ‘pure’ self-regulation on the other, by constituting in fact some form of ‘conditioned self-regulation’”.

⁸⁹⁶ LISTER, Jane. **Corporate Social Responsibility: International Approaches to Forest Co-Regulation**. UBC Press, Toronto, 2011, p. 28. No original: there is a lack of definitional consistency in the policy literature; that is, there is a great variation in the regulation terminology.

⁸⁹⁷ Idem.

⁸⁹⁸ Ibid., p. 15.

- c) em terceiro, há um espectro de intervenções pelas quais os governos podem corrigir a responsabilidade social de modo a alavancar a iniciativa privada e complementar a capacidade de governança.

Assim sendo, certas iniciativas de responsabilidade social, como programas de certificação, padrões de rotulagem ecológica e códigos de várias partes interessadas (diferentes dos códigos de conduta internos que vinculam somente seu emissor), estão ganhando autoridade pois possuem características específicas que constituem uma capacidade inédita de governança correguladora⁸⁹⁹. Essa modalidade de governança, aporta, por exemplo, órgãos de regulamentação e adjudicação democraticamente projetados que operam sob constituições escritas e geralmente públicas. Eles também têm processos de auditoria independentes para garantir a conformidade com um padrão prescritivo. Devido a essa capacidade única de governança, à medida que esses mecanismos de responsabilidade social ganham aceitação pelos mercados, pela sociedade e pelos governos, eles adquirem legitimidade e autoridade normativa, imitando basicamente o papel político das instituições públicas. Mais ainda, esses parâmetros de procedimento estão alcançando padrões governamentais tendo em vista sua aceitação e seu potencial para melhorar a governança do Estado.

Lister afirma que essa força institucional da corregulação é revelada por meio dos três aspectos principais da governança: *polity*, *politics* e *policy*⁹⁰⁰. O primeiro deles, a *polity*, refere-se aos mecanismos privados que estão fornecendo um novo fórum de tomada de decisão além da tradicional arena política centrada no Estado. No que diz respeito à *politics*, aponta-se que os órgãos privados de governança estão incentivando a deliberação de políticas com várias partes interessadas e aumentando a responsabilidade direta das partes interessadas na elaboração de regras. Finalmente, no que concerne a *policy*, frisa-se que as normas

⁸⁹⁹ Ibid., p. 19. “Corporate Social Responsibility standards and codes represent a new governance approach as they have distinct design features compared with traditional examples of industry self-regulation. First, they are ‘non-delegated’ – that is, they have not been formally initiated or sanctioned by the state but rather gain legitimacy through the acceptance of external actors. Second, most of these non-state initiatives are multi-stakeholder, developed by corporations and NGOs in partnership. And third, they are typically transboundary and multiscale in nature, going beyond jurisdictional legislative constraints and operating in expanded political arenas that bridge local and global concerns”.

⁹⁰⁰ Ibid., pp. 20 e seguintes. “The distinct institutional strength of certification, eco-labelling, and multi-stakeholder codes is revealed through the three key aspects of governance – polity, politics, and policy. In terms of the polity, these private mechanisms are providing a new decision-making forum beyond the traditional state-centred political arena. With respect to politics, the private governance bodies are encouraging multi-stakeholder policy deliberation and increasing direct stakeholder rule-making responsibility. And with regard to policy, the private standards are establishing rules that not only reinforce legal requirements but also go beyond the law. Thus, as will be evaluated over the course of this book, the emergence of private environmental governance authority has significant implications for policy making, the traditional role of government, and overall state capacity to address local and global sustainability challenges”.

privadas estão estabelecendo regras que não apenas reforçam os requisitos legais, mas também vão além da lei. Assim sendo, o surgimento da autoridade de governança corregulada tem implicações significativas para a formulação de políticas públicas, o papel tradicional do governo e a capacidade geral do Estado de enfrentar os desafios locais e globais de sustentabilidade.

Os sistemas de certificação, por exemplo, geralmente dependem de uma estrutura legal de linha de base, exigem conformidade regulatória e também incorporam princípios formais de sustentabilidade baseados no Estado em que atuam. Além do estabelecimento de rígidos procedimentos, as autoridades governamentais costumam supervisionar e até mesmo exigir alguns selos e certificações o que demonstra que esses modelos de regulamentação não são puramente privados nem puramente orientados para o mercado. Percebe-se, dessa maneira, um engajamento público presente nesses instrumentos privados de responsabilidade social que infere o reconhecimento de que eles estão desempenhando um papel político ao expandir a arena mercantil, facilitar uma maior deliberação entre as partes interessadas e encorajar regras inovadoras. Ao combinar estrategicamente o dinamismo e a inovação dos padrões de certificação privada com a estabilidade e a responsabilidade democrática das abordagens regulatórias tradicionais lideradas pelo Estado, a corregulação pode estabelecer uma gama mais flexível de opções para os agentes do cenário internacional sem ignorar o fato de que os mesmos necessitam de um enquadramento.

3.2.3.1 Gestão estratégica da responsabilidade social: SA 8000 e ISO 26000

Do ponto de vista estratégico, a adoção de normas que pretendam atribuir selos ou certificações constitui um modelo de gestão eficaz de combate a fatores de risco da atividade institucional e de suas relações internas e externas, com seus funcionários e com sociedade. Os atores não estatais que adotam voluntariamente esse paradigma assumem uma postura clara no que concerne seus objetivos e compromissos, fortalecendo sua imagem e legitimidade social das suas atividades. Algumas vantagens trazidas pela padronização internacional seriam a consistência de procedimentos, o desenvolvimento de sistemas de gerenciamento que garantam cumprimento e auditoria, divulgação clara e pública das

informações auditadas, proposição de mecanismos de melhoria contínua (vale lembrar, a certificação é um processo ininterrupto) e incentivo ao “jogo limpo”⁹⁰¹.

A adoção de uma gestão socialmente responsável confere uma aparência de atuação benéfica para a sociedade e propicia a realização profissional dos trabalhadores, além de promover consequentemente a mesma vantagem para seus parceiros, tendo em vista a preferência em relacionar-se com agentes ambiental e socialmente responsáveis que comentamos no tópico anterior; isso tudo sem esquecer o retorno para os investidores. Esse instrumento ultrapassa os anteriores meios de autorregulação pois propõe critérios objetivos de respeito ao DIDH que autenticam a adesão à determinadas normas internacionais, diferente dos códigos de conduta, cartas, compromissos e declarações, que estipulam normas substantivas sem instrumentalizá-las.

A responsabilidade social, apesar de não contar com consenso doutrinário, teve seu conceito delineado pela ISO 26000, norma elaborada por um grupo de especialistas de mais de noventa países e quarenta organizações internacionais

2.18 Responsabilidade social [é a] responsabilidade de uma organização pelos impactos de suas decisões e atividades na sociedade e no meio ambiente, por meio de um comportamento ético e transparente que:

- contribua para o desenvolvimento sustentável, inclusive a saúde e bem-estar da sociedade;
- leve em consideração as expectativas das partes interessadas;
- esteja em conformidade com a legislação aplicável e seja consistente com as normas internacionais de comportamento;
- e esteja integrada em toda a organização e seja praticada em suas relações⁹⁰².

Esse mesmo texto destaca ainda a diferença entre o desenvolvimento sustentável e a responsabilidade social: o primeiro refere-se a satisfazer as necessidades do segundo dentro dos limites ecológicos do planeta sem comprometer a capacidade das futuras gerações de suprir suas próprias necessidades. O desenvolvimento sustentável tem três dimensões interdependentes econômica, social e ambiental⁹⁰³. Nesse contexto, cabe destacar a diferenciação entre responsabilidade social organizacional e responsabilidade social empresarial. A primeira é mais ampla e abrangente, substituindo a última nos discursos atuais sobre responsabilidade social pois acredita-se que a mesma não pode estar limitada ao setor terciário ou lucrativo (empresarial), estendendo-se também ao setor público e organizações

⁹⁰¹ GRÜNINGER, Beat e OLIVEIRA, Fabiana Ikeda de. Normas e Certificações de Responsabilidade Social. **BSD Consulting**, versão de 16 de abril de 2012, p. 3.

⁹⁰² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **Diretrizes sobre responsabilidade social, ABNT NBR ISO 26000**. Primeira edição, de 1º de novembro de 2010, p. 4.

⁹⁰³ Ibid., p. 9.

internacionais a necessidade de incluir as expectativas da sociedade em relação às suas atividades e decisões. A responsabilidade social, assim sendo, torna-se uma obrigação imposta pela ética e bom senso da comunidade na contribuição para o bem-estar e desenvolvimento sustentável da mesma. Dessa forma, ao adotar algum desses modelos de gestão deve-se alinhar interesses da sociedade e seu desenvolvimento com o crescimento da própria organização.

As normas SA 8000 (*Social Accountability International*, SAI) e ISO 26000 (*International Organization for Standardization*, ISO) são as principais normas de responsabilidade social ao nível internacional. Esses modelos normativos incorporam selos ou certificações visando garantir uma gestão estratégica da responsabilidade nas organizações e têm como base a transparência, valores éticos, o diálogo e o envolvimento das partes interessadas, procurando preservar uma boa relação entre esse ator internacional e a comunidade⁹⁰⁴.

No atual cenário global, a informação em tempo real que atravessa fronteiras graças ao desenvolvimento das novas tecnologias, fez nascer na comunidade internacional a consciência da realidade social escondida em sua consumação e uma necessidade de relacionar-se com agentes socialmente responsáveis. Grüniger e Oliveira indicam que mais da metade dos consumidores europeus pautam suas compras por critérios éticos e ecológicos o que levou à uma cobrança para que empresas demonstrem sua forma de trabalho e relação com fornecedores e funcionários. “As responsabilidades das empresas se ampliam, tanto quanto os riscos para sua imagem”⁹⁰⁵.

A primeira resposta, mais largamente implementadas pelas empresas, dentre outros agentes não estatais foi a adoção de códigos de conduta. Como anteriormente, essa resposta não foi inteiramente satisfatória e sofre duras críticas sobre a abrangência de seu texto, falta de previsão de penalidades e mecanismos de reparação às vítimas e, principalmente, por não serem auditáveis por uma terceira parte, o que garantiria a sua efetiva aplicabilidade. Na

⁹⁰⁴ OLIVEIRA, Ricardo Miguel Ornelas. **Integração da Norma ISO 26000 de Responsabilidade Social na Estratégia de Gestão**. Dissertação (Mestrado em Gestão). Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra, julho de 2012, p. 15.

⁹⁰⁵ GRÜNIGER e OLIVEIRA, op. cit., p. 5. “A informação em tempo real que atravessa fronteiras graças ao desenvolvimento das novas tecnologias fez com que consumidores de países europeus e norte-americanos se conscientizassem sobre a realidade social que se esconde por trás de cada produto que compram. Pesquisas indicam que até 67% dos consumidores europeus pautam suas compras por critérios éticos e ecológicos. No Brasil, o movimento ainda não alcança números impressionantes. Pesquisa encomendada pelo Instituto akatu aponta que cerca de 6% dos consumidores brasileiros se consideram como consumidores cidadãos no ato da compra de seus produtos ou falando bem delas para outras pessoas. De qualquer forma, no cenário internacional existe cada vez mais a cobrança para que empresas demonstrem sua forma de trabalho em relação a fornecedores. As responsabilidades das empresas se ampliam, tanto quanto os riscos para sua imagem”.

busca de uma solução, um grupo de representantes de empresas, sindicatos de trabalhadores e ONGs de direitos humanos, reunidos pelo *Council on Economics Priorities*, iniciaram uma discussão que resultou na elaboração da norma de certificação da responsabilidade social, a SA 8000. Lançada em outubro de 1997, a *Social Accountability International*, organização não-governamental norte-americana, elaborou a norma SA 8000, primeiro padrão global de certificação de um aspecto da responsabilidade social de empresas. Essa norma internacional tem como foco a garantia dos direitos dos trabalhadores envolvidos em processos produtivos, promovendo a padronização em todos os setores de negócios e em todos os países, além de credenciar organizações qualificadas para certificação. Ela baseia-se nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, apesar de sua certificação exigir ainda o cumprimento de leis locais. Essa norma internacional tem como objetivo proteger e capacitar os funcionários das organizações em suas atividades rotineiras, podendo ser aderida e aplicável à todas as organizações independentemente da sua dimensão, setor da indústria ou localização geográfica, possuindo nove temas: trabalho infantil, trabalho escravo, saúde e segurança, liberdade de associação e negociação coletiva, discriminação, práticas disciplinares, carga horária, remuneração e sistema de gestão⁹⁰⁶.

Dentre as vantagens oferecidas destacam-se a melhoria do relacionamento organizacional interno através da demonstração da preocupação com o trabalhador e o estabelecimento de condições adequadas de saúde e segurança, maior transparência e confiabilidade para os compradores e, conseqüentemente, para seus investidores, além de consolidação da imagem e reputação da empresa como socialmente responsável. Entre as desvantagens de sua adoção ressalta-se o fato de sua certificação ser um processo contínuo (durabilidade de 3 anos de certificação), a dificuldade logística de montar cadeias de suprimento socialmente responsáveis e sua limitação pois abrange somente uma parte do universo da responsabilidade social empresarial, concernente aos trabalhadores. Seu grande desafio é, portanto, alcançar a abrangência global pretendida e consolidar-se como uma norma internacional sólida, entendível e aplicável⁹⁰⁷.

⁹⁰⁶ SOCIAL ACCOUNTABILITY INTERNATIONAL (SAI). **SA8000 Standard**. Elementos da Norma. Disponível em https://sa-intl.org/wp-content/uploads/2020/02/SA8000Standard_Portugues.pdf. Acesso em 29 de março de 2023.

⁹⁰⁷ GRÜNINGER e OLIVEIRA, op. cit., pp. 7 e 8.

Já sua colega mais recente, a ISO 26000, foi elaborada por um grupo de Trabalho de Responsabilidade Social da *Internacional Organization for Standardization*⁹⁰⁸, através de um processo *multistakeholder* no qual participaram mais de noventa países representados por especialistas divididos em seis grupos: Consumidores, Governo, Indústria, Trabalhadores, Organizações Não-Governamentais e Serviços. Ela fornece um conjunto de orientações ao nível econômico, social, ambiental, jurídico e organizacional que visam complementar outros instrumentos normativos⁹⁰⁹. A ISO 2600 não é certificável e sim uma norma orientadora e abrangente que constitui a base para as regras de certificação tais como a de Sistemas de Gestão da Qualidade (ISO 9001), a de Sistemas de Gestão Ambiental (ISO 14001), a de Sistemas de Gestão de Segurança e Saúde Organizacional (ISO 45001) e Sistemas de gestão de segurança alimentar (ISO 22000)⁹¹⁰.

Apesar de não estar restrita às TNCs, a elevada utilidade, importância e credibilidade conferidas à ISO 26000 vislumbra-se principalmente quando implementadas em organizações do terceiro setor, visto que este apresenta uma tensão entre seus interesses lucrativos e o dever moral de gerir sua responsabilidade em conformidade com os preceitos éticos. Ela busca, portanto, garantir uma abordagem da responsabilidade social assertiva ao mercado, tendo em vista os objetivos sociais⁹¹¹.

3.2.3.2 Declaração Tripartida da OIT

O exemplo mais icônico de regulamentação corregulada promovida por um organismo público é a Declaração Tripartida da OIT. Apesar de, como no caso das Diretrizes da OCDE,

⁹⁰⁸ “L’ISO (Organisation internationale de normalisation) est une organisation internationale non gouvernementale, indépendante, dont les 167 membres sont les organismes nationaux de normalisation. L’histoire de l’ISO débute en 1946 lorsque les délégués de 25 pays, se réunirent à l’Institute of Civil Engineers à Londres. Parce que le nom ‘Organisation internationale de normalisation’ aurait donné lieu à des abréviations différentes selon les langues (‘IOS’ en anglais et ‘OIN’ en français), ses fondateurs ont opté pour un nom court : ‘ISO’. Ce nom est dérivé du grec isos, signifiant ‘égal’. Quel que soit le pays, quelle que soit la langue, la forme abrégée du nom de l’organisation est par conséquent toujours l’ISO”. ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION (ISO). Onglet “À propos de l’ISO”. Disponível em <https://www.iso.org/fr/about-us.html>. Acesso em 28 de março de 2023.

⁹⁰⁹ Importa destacar aqui a diferença do discurso empresarial quanto à irrefutável complementariedade dessas certificações e a suposta autossuficiência da autorregulação anterior, talvez devido à baixa adesão das TNCs à esses modelos de gestão de responsabilidade em virtude dos custos de implementação e complexidade técnica.

⁹¹⁰ A ISO na verdade já elaborou 24.709 normas internacionais, vendidas através do organismo nacional credenciado (no Brasil, a Associação Brasileira de Normas Técnicas; na Espanha a Asociación Española de Normalización). ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION (ISO). Onglet “Store”. Disponível em <https://www.iso.org/fr/standards-catalogue/browse-by-ics.html>. Acesso em 28 de março de 2023.

⁹¹¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 17.

não criarem vínculo jurídico nem para os Estados nem para o setor privado, aqui prepondera a mesma lógica aplicada às Diretrizes da OCDE, sobretudo quando pensamos que a OIT possui maior aderência e mais membros que a OCDE⁹¹². A esse fato adiciona-se a expressa exigência trazida em Princípio Geral número 9 de respeito à Declaração, independente do membro haver ratificado ou não tal documento⁹¹³.

A Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social da OIT foi negociada e adotada por governos, empregadores e trabalhadores em 1977 e proporciona uma orientação direta sobre como as empresas podem contribuir para a concretização do trabalho digno para todas as pessoas. Esta Declaração foi substancialmente alterada, em março de 2017, para dar resposta ao aumento do investimento e do comércio internacional, bem como ao crescimento das cadeias de abastecimento mundiais. Essa atualização de 2017 inclui o reconhecimento de que “as empresas multinacionais operam frequentemente através de relações com outras empresas, como parte do seu processo de produção global e, como tal, podem contribuir para promover o objetivo desta Declaração”⁹¹⁴.

Nesse sentido, a Declaração anuncia dentre os seus objetivos “incentivar as empresas multinacionais a contribuir positivamente para o progresso econômico e social e para a concretização do trabalho digno para todos, bem como para atenuar e resolver as dificuldades que possam ser criadas pelas suas diversas operações”⁹¹⁵. Essa Declaração se estrutura a partir de 6 pontos: objetivo e âmbito de aplicação, política geral, emprego, formação, condições de trabalho e vida e relações de trabalho. De acordo com a OIT, os progressos realizados pelas empresas multinacionais podem conduzir a uma concentração abusiva de poder econômico e criar conflitos com os objetivos das políticas nacionais e com os interesses dos trabalhadores. A complexidade dessas empresas multinacionais própria do mundo globalizado e a

⁹¹² Se consideramos que a Declaração Universal vincula todos os atores internacional, a lógica deveria ser a mesma para esse instrumento, permitindo a vinculação não voluntária de respeito ao DIDH. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Beyond Voluntarism: Human rights and the developing international legal obligations of companies.** Geneva, Switzerland, 2002, pp. 66 à 68.

⁹¹³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social.** Genebra, quinta edição, março de 2017, Princípio Geral número 9. “Todas as partes devem contribuir para a realização da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e ao seu Seguimento, adotada em 1998. Todos os Membros, **mesmo que não tenham ratificado** as convenções fundamentais em questão, têm a obrigação, decorrente do próprio facto de pertencer à Organização, de respeitar, promover e realizar, de boa-fé e de acordo com a Constituição, os princípios fundamentais que são objeto das referidas convenções (ênfase adicionada)”.

⁹¹⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Bureau* para as Atividades dos Trabalhadores (ACTRAV). **Declaração da OIT sobre Empresas Multinacionais: Como pode beneficiar os trabalhadores?** Genebra, 1o de fevereiro de 2023, p. 17.

⁹¹⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Bureau* para as Atividades dos Trabalhadores (ACTRAV). **Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social.** Genebra, quinta edição, março de 2017, p. 2.

dificuldade de se perceber claramente as suas estruturas, operações e políticas são igualmente motivo de preocupações para o país que as acolhe, para o país de origem, ou para ambos⁹¹⁶.

Urge, portanto, em um mundo globalizado no auge da 3ª revolução tecnológica, preocupar-se com a necessidade do diálogo entre os envolvidos no mundo do trabalho. É uma responsabilidade não apenas dos governos, mas também das empresas transnacionais, segundo orientações da Declaração, desenvolver a partir da base tripartida governo, empregador e empregado, a construção de políticas de desenvolvimento humano.

A Declaração relembra que é função dos governos anfitriões das empresas transnacionais estabelecer políticas legislativas que geram segurança para o trabalhador, e ao mesmo tempo, essas empresas devem respeitar as políticas nacionais de segurança e internacionais de proteção a integridade física e o bem estar do trabalhador. O que se espera é a cooperação entre governo e empregador para que as atividades desenvolvidas pelas TNC não tragam um risco iminente para o trabalhador, cumprido assim os objetivos de um trabalho decente. A função essencial do trabalho, prelecionam Bittencourt e Brasil, é a promoção da dignidade da pessoa humana pois o primordial “não é pensar o trabalho em si, no lucro proporcionado pela mão-de-obra dos trabalhadores, mas pensar no trabalho desenvolvido pelo ser humano. Mais do que um paradigma, o trabalho decente é um caminho para assegurar ao homem que ele não será coisificado”⁹¹⁷.

⁹¹⁶ Idem.

⁹¹⁷ BITTENCOURT, Luiz Antônio da Silva e BRASIL, Seilton Ribeiro. Declaração Tripartite da OIT sobre os Princípios das Empresas Multinacionais e Política Social: Um Diálogo com o Direito Humano ao Trabalho Decente. **X Encontro Internacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito)**, Valência, Espanha, 2020, pp. 54 e 55.

CONCLUSÃO

Como foi dito no início da pesquisa, nunca se ousou exaurir o tema ou tampouco propor resultados conclusivos. Na verdade, tendo em vista a novidade e complexidade do tema, a proposição de soluções estaria fadada à obsolescência em seu nascimento. Por essa razão, procurou-se neste trabalho sistematizar o discurso doutrinário sobre os atores não estatais de maneira a abranger o máximo de escolas e doutrinadores de diferentes continentes para entender o que se diz sobre esses agentes e o porquê da escassez de pesquisa. Assim sendo, apresentou-se na primeira parte o discurso estadocêntrico e a defesa ainda atual deste paradigma. Os obstáculos ao reconhecimento seriam, de acordo com a perspectiva tradicional: a impossibilidade legal do direito internacional em tratar o tema, o risco que essa abertura traria uma banalização da violação dos direitos humanos, o fato de que reconhecer a existência dos ANE seria uma maneira de legitimar a violência destes, o golpe fatal na atual estratégia política de responsabilidade estatal, a inconveniência prática de extensão dos direitos humanos que impossibilitaria o DIDH de garantir sua proteção e, finalmente, a acusação de que a problemática envolvendo a falta de regulação dos ANE seria uma invenção acadêmica.

Além de fornecer respostas para cada um desses esses argumentos, apresentaram-se outros motivos que justificam a crença em uma atual mudança de paradigma tais como a reconfiguração da soberania estatal (enfraquecimento ou mesmo morte do Estado moderno, segundo alguns autores), o fenômeno da globalização e fragmentação de atividades, a natureza expansiva do Direito Internacional e a linguagem procedimental inclusiva das cortes, tribunais e demais sistemas de solução de controvérsias e dos textos internacionais de maneira geral.

Consolidada a existência da mudança do paradigma estadocêntrico, buscou-se organizar o que se entende por ANE. Sua origem e contexto histórico são surpreendentemente antigos, porém foi apenas após o fim da 2ª Guerra Mundial e com a globalização que, em virtude de sua ascensão e evidentes poder e influência, começaram-se a ser produzidos estudos sobre o tema. Reuniram-se então os desafios práticos e teóricos da terminologia empregada e a corrente que mais corrobora as mudanças aqui defendidas: a governança global. Apesar de sua resposta insuficiente no que concernem os modelos regulatórios (já que essa corrente justifica a priorização de auto e corregulação em detrimento da

heterorregulação), são as ideias de governança global que irão justificar a legitimidade da atuação desses atores no cenário internacional.

Um tanto teórica, a segunda parte discute as possibilidades de estabelecer um marco normativo-jurídico. Após comentar os conceitos de marco teórico e jurídico, relação jurídica, obrigação, sujeitos (diferença entre sujeição, personalidade jurídica e participação) e fontes do Direito Internacional no que concerne os ANE, consideramos existir lastro que justifique o estabelecimento de um novo paradigma.

Considera-se que, admitindo-se existirem obrigações internacionais decorrentes dos direitos humanos, esse ator deveria ter sua atuação garantida no direito internacional, seja como parte autora ou ré. Demonstra-se que, apesar de indubitavelmente serem reconhecidos como sujeitos (não apenas objeto), há um avanço doutrinário e nas decisões e textos internacionais em incluir formalmente os ANE na dinâmica internacional. Antes sua participação nos processos e julgamentos era limitada à, quando muito, *amicus curiae*; hoje fala-se em personalidade jurídica condicionada e permite-se que esse ator figure como parte em algumas ocasiões, como por exemplo das entidades com funções governamentais em casos do ICSID (artigo 25 da Convenção sobre a Solução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados) e dos indivíduos perante o TPI. Defendendo estarem cumpridas as condições substantivas para criação de encargos legais (princípio da legalidade e vertente horizontal de deveres), propõem-se componentes chave para moldar essa nova abordagem pós-estadocêntrica tais como o abandono da terminologia ANE pois a mesma baseia-se na ideia ultrapassada de divisão binária e hermética entre as esferas pública (estatal) e privada (os outros, o resto). Além da terminologia, o estabelecimento de nexos entre a capacidade em responder e a responsabilidade de fato pois, como vimos, uma prestação de contas eficaz conta com três aspectos: *responsability*, *answerability* e *enforcement*. Atualmente, apesar de terem *answerability* reconhecidamente admitidos em instrumentos de autorregulação, eles não possuem *enforcement*. O quarto aspecto a ser considerado é a importância de estratégias proativas e preventivas de direitos humanos tais como instrumentos que prevejam comportamentos e forneçam razões para não violação. Em quinto, defende-se o estabelecimento de responsabilidade direta em casos de violações graves e, tendo em vista a limitação atual de personalidade jurídica desses atores, a utilização dos aspectos da prestação de contas para justificar procedimentos de resposta e reparação às vítimas tais como a expectativa legítima em virtude de adesão ao código de conduta, por exemplo. Por fim, a importância do estudo analítico em consonância com a fragmentação própria do Direito Internacional. Após esses componentes chave, apresentam-se

as abordagens já existentes em Direito Internacional que possibilitariam entender o ANE como parte importante das relações globais.

Prática e menos sonhadora, a terceira parte analisa as formas de controle existentes. Reconhecendo a fragmentação do Direito Internacional e a dinâmica própria de seus órgãos jurisdicionais, evidenciam-se alguns pontos de dificuldade tais como a natureza multifacetada dos ANE, a existência de uma cultura de penalização indireta (ou seja, aceitação em julgar o autor das violações tão somente como cúmplice, já que o responsável internacional é o Estado), a descentralização própria do Direito Internacional e a ascensão potencialmente perigosa de meios não-legais de acusação e julgamento midiáticos.

A partir desse panorama explicativo, pontuam-se os instrumentos existentes de maneira não exaustiva, comparando suas características e eficiência. Percebe-se que, apesar da extensa lista de instrumentos heterorregulatórios, sua maior parte caracteriza-se por sua natureza em *soft law* que, reconhecidamente benéfica na adesão e convencimento do DIDH, dificulta sua aplicação. Contemporaneamente, apesar do protesto tanto da doutrina quanto de organizações internacionais (notadamente ONU e União Europeia) de que os meios auto e correulatórios devem ser complementares à outras formas de controle, são essas duas modalidades de regulação que preenchem as lacunas normativas de Direito Internacional.

Vale salientar, uma vez mais, que essa nova dinâmica não busca eximir a responsabilidade primária estatal nas violações de direitos humanos. A realidade atual demonstra que defender pura e simplesmente uma assimilação doméstica horizontal dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos não é capaz de conter os atores não estatais de violarem direitos humanos. E, mesmo que não haja conivência do Estado na violação de direitos, as autoridades públicas podem simplesmente não ter os meios necessários (como instrumentos no ordenamento jurídico ou meios de fiscalização). Além disso, muitos Estados precisam do investimento estrangeiro como condição para o crescimento de suas economias, desinteressando os governos a monitorar esses agentes privados. Essa dependência deixa os Estados mais vulneráveis presos em um dilema, fazendo com que os mesmos façam poucas exigências em seus territórios com medo de que investidores decidam mudar suas atividades para outro Estado menos restritivo. Esta competição entre os Estados fragilizados para atrair investimento estrangeiro não deve ser subestimada; devemos considerar o quanto pode ser custoso para um país elevar seu padrão de direitos humanos e considerarmos a possibilidade de uma vigilância ativa de defesa ao encargo de todos. Ademais, essa competição estatal por investimentos não é o único problema pois eles competem com Estados mais estáveis, com mercados mais desenvolvidos e

tecnologias menos onerosas. Nesses casos, a insistência em uma produção que respeite os direitos trabalhistas, as normas ambientais e os interesses das comunidades locais pode ser vista como um protecionismo econômico velado por trás de uma retórica de universalização de direitos humanos.

Manter o estadocentrismo da situação atual parece reforçar os abismos entre os países mais desenvolvidos e os mais frágeis, uma vez que o direito internacional não responsabiliza diretamente o ator, nem impõe ao Estado de origem a obrigação de controlar as atividades de seus nacionais no exterior e, ao mesmo tempo, impõe que o Estado hospedeiro do ANE invista na proteção de sua população contra violações dos direitos humanos, forçando e controlando atores não estatais em seu território. Esse Estado hospedeiro, entretanto, normalmente é o elo mais fraco desta relação internacional e dificilmente encontrará incentivos ou recursos para adotar medidas eficazes para essa proteção de direitos humanos.

Com as devidas desculpas pelo infame jogo de palavras, conclui-se sem conclusão. O impulso e rasgo característico deste trabalho foi metodizar e reafirmar a existência e a importância em regular os ANE, a mudança de paradigma das relações internacionais e, confinado ao lapso temporal da pesquisa doutoral, propor ideias para adaptação do Direito ao nascente arranjo pós estadocêntrico. Visualiza-se o desenvolvimento de alguns traços tais como o desdobramento de deveres mínimos implícitos ao DIDH, a aceitação progressiva desses atores não estatais na dinâmica internacional e o debate entorno do Instrumento Legal Obrigatório (para as TNCs). Na espera da consolidação desse novo paradigma, seguem-se utilizando meios não legais e instrumentos especializados majoritariamente de normatividade flexível e juridicidade discutível. Através de estimulantes debates científicos, capacidade de adaptação própria da ciência do Direito e uma pitada de otimismo, nada impede a evolução do Direito Internacional rumo à uma proteção mais eficaz de direitos humanos frente aos desafios de uma sociedade internacional em constante transformação.

CONCLUSIONES

Como se dijo al inicio de la investigación, nunca nos atrevimos a agotar el tema ni a proponer resultados concluyentes. De hecho, dada la novedad y complejidad del tema, proponer soluciones sería condenar ese estudio a la obsolescencia. Por esta razón, este trabajo buscó sistematizar el discurso doctrinal sobre los actores no estatales con el fin de abarcar el mayor número posible de escuelas y académicos de diferentes continentes para comprender qué se dice sobre estos agentes y por qué faltan investigaciones en ese tema. Por ello, la primera parte presentó el discurso estadocéntrico y la defensa actual de este paradigma. Los obstáculos al reconocimiento serían, según la perspectiva tradicional: la imposibilidad jurídica del derecho internacional de abordar la cuestión, el riesgo de que esta apertura conlleve una banalización de la violación de los derechos humanos, el hecho de que reconocer la existencia del ANE implicaría ser una forma de legitimar su violencia, el golpe fatal a la actual estrategia política de responsabilidad estatal, la inconveniencia práctica de una extensión de los derechos humanos que haría imposible que los Derechos Humanos garantice su protección y, finalmente, la acusación de que el problema de la falta de regulación de la ANE sería un invento académico.

Más allá que fornecer respuestas a cada uno de estos argumentos, se expusieron otras razones que justifican la creencia en un cambio de paradigma actual, como la reconfiguración de la soberanía estatal (debilitamiento o incluso muerte del Estado moderno, según algunos autores), el fenómeno de globalización y fragmentación de actividades, el carácter expansivo del Derecho Internacional y el lenguaje procesal inclusivo de cortes, tribunales y otros sistemas de solución de controversias y textos internacionales en general.

Una vez consolidada la existencia del cambio de paradigma estadocéntrico, se intentó organizar lo que se entiende como ANE. Su origen y contexto histórico son sorprendentemente antiguos, pero fue recién después del final de la Segunda Guerra Mundial y con la globalización que, debido a su auge y evidente poder e influencia, se comenzaron a producir estudios sobre el tema. Luego se aunaron los desafíos prácticos y teóricos de la terminología utilizada y la corriente que más corrobora los cambios aquí propugnados: la gobernanza global. A pesar de su insuficiente respuesta en materia de modelos regulatorios

(ya que esta corriente justifica la priorización de la autorregulación y la corregulación en detrimento de la heterorregulación), son las ideas de gobernanza global las que justificarán la legitimidad de las acciones de estos actores en el plano internacional.

Un tanto teórica, la segunda parte analiza las posibilidades de establecer un marco normativo-legal. Después de comentar los conceptos de marco teórico y jurídico, relación jurídica, obligación, sujetos (diferencia entre sujeción, personalidad jurídica y participación) y fuentes del Derecho Internacional respecto de la ANE, consideramos que existe respaldo que justifica el establecimiento de un nuevo paradigma.

Se considera que, suponiendo que existan obligaciones internacionales derivadas de los derechos humanos, este actor debe tener garantizada su actuación bajo el derecho internacional, ya sea como demandante o demandado. Está demostrado que, a pesar de ser indudablemente reconocidos como sujetos (no sólo objetos), existe un avance doctrinal y en decisiones y textos internacionales en incluir formalmente a los ANE en la dinámica internacional. Anteriormente, su participación en procesos y juicios se limitaba, como máximo, *amicus curiae*; hoy hablamos de personalidad jurídica condicional y a este actor se le permite comparecer como parte en algunas ocasiones, como entidades con funciones gubernamentales en casos CIADI (artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados) e individuos ante el Tribunal Penal Internacional. Defendiendo que se cumplan las condiciones sustantivas para la creación de deberes legales (principio de legalidad y aspecto horizontal de los deberes), se proponen componentes claves para dar forma a este nuevo enfoque posestadocéntrico como el abandono de la terminología de los ANE al basarse en la idea obsoleta de división binaria y hermética entre el ámbito público (Estado) y privado (otros, el resto). Además de la terminología, el establecimiento de un vínculo entre la capacidad de responder y la responsabilidad real porque, como hemos visto, la rendición de cuentas efectiva cuenta con tres aspectos: *responsability*, *answerability* e *enforcement*. Actualmente, a pesar de tener reconocida *answerability* admitida en los instrumentos de autorregulación, no cuentan con *enforcement*. El cuarto aspecto a considerar es la importancia de estrategias proactivas y preventivas en materia de derechos humanos, como instrumentos que predicen el comportamiento y proporcionan razones para la no violación. Quinto, abogamos por el establecimiento de responsabilidad directa en casos de violaciones graves y, ante la actual limitación de la personalidad jurídica de estos actores, el uso de aspectos de la rendición de

cuentas para justificar procedimientos de respuesta y reparación a las víctimas como la expectativa legítima por la adhesión al código de conducta, por ejemplo. Finalmente, la importancia del estudio analítico en consonancia con la fragmentación del Derecho Internacional. Luego de estos componentes clave, se presentan enfoques existentes en el Derecho Internacional que permitirían entender los ANE como una parte importante de las relaciones globales.

Práctica y menos soñadora, la tercera parte analiza las formas de control existentes. Reconociendo la fragmentación del Derecho Internacional y las dinámicas propias de sus órganos jurisdiccionales, se destacan algunos puntos de dificultad, como el carácter multifacético de los ANE, la existencia de una cultura de penalización indirecta (es decir, la aceptación de juzgar al autor de violaciones como sólo como cómplice, ya que el Estado es internacionalmente responsable), la descentralización del Derecho Internacional y el aumento potencialmente peligroso de medios no legales de acusación y juicio mediático.

A partir de este panorama explicativo, se puntúan de forma no exhaustiva los instrumentos existentes, comparando sus características y eficiencia. Está claro que, a pesar de la extensa lista de instrumentos heterorreguladores, la mayoría de ellos se caracterizan por su carácter de *soft law*, lo que, si bien es ciertamente beneficioso para adherirse y convencer al DDDH, dificulta su aplicación. Al mismo tiempo, a pesar de la protesta tanto de la doctrina como de las organizaciones internacionales (en particular, la ONU y la Unión Europea) de que los medios de autorregulación y corregulación deben ser complementarios de otras formas de control, estos dos tipos de regulación son los que llenan los vacíos normativos de Derecho Internacional.

Vale la pena resaltar, una vez más, que esta nueva dinámica no busca eximir al Estado de la responsabilidad primaria por las violaciones de derechos humanos. La realidad actual demuestra que la simple defensa de una asimilación interna horizontal de los derechos humanos internacionalmente reconocidos no es capaz de impedir que actores no estatales violen los derechos humanos. E incluso si no hay colusión del Estado en la violación de derechos, es posible que las autoridades públicas simplemente no tengan los medios necesarios (como instrumentos en el sistema legal o medios de inspección). Además, muchos Estados necesitan la inversión extranjera como condición para el crecimiento de sus economías, lo que hace que los gobiernos no estén interesados en monitorear a estos agentes

privados. Esta dependencia deja a los Estados más vulnerables atrapados en un dilema, lo que les hace hacer pocas demandas sobre sus territorios por temor a que los inversores decidan trasladar sus actividades a otro Estado menos restrictivo. No se debe subestimar esta competencia entre estados debilitados para atraer inversión extranjera; debemos considerar lo costoso que puede ser para un país elevar sus estándares de derechos humanos y considerar la posibilidad de una vigilancia activa de la defensa para todos. Además, esta competencia estatal por las inversiones no es el único problema, ya que compiten con Estados más estables, con mercados más desarrollados y tecnologías menos costosas. En estos casos, la insistencia en una producción que respete los derechos laborales, las normas ambientales y los intereses de las comunidades locales puede verse como un proteccionismo económico velado detrás de una retórica de derechos humanos universales.

Mantener el estadocentrismo de la situación actual parece reforzar las brechas entre los países más desarrollados y los más frágiles, ya que el derecho internacional no responsabiliza directamente al actor, ni impone al Estado de origen la obligación de controlar las actividades de sus nacionales en el extranjero y, al mismo tiempo, exige que el Estado anfitrión del ANE invierta en proteger a su población contra violaciones de derechos humanos, obligando y controlando a los actores no estatales en su territorio. Sin embargo, este Estado anfitrión suele ser el eslabón más débil de esta relación internacional y difícilmente encontrará incentivos o recursos para adoptar medidas efectivas para proteger los derechos humanos.

Con las debidas disculpas por el infame juego de palabras, se concluye sin conclusión. El impulso y rasgo característico de este trabajo fue metodizar y reafirmar la existencia e importancia de la regulación de los ANE, el cambio de paradigma en las relaciones internacionales y, circunscrito al marco temporal de la investigación doctoral, proponer ideas para adaptar el Derecho al nuevo paradigma posestadocéntrico. Se puede observar el desarrollo de algunos rasgos, como el despliegue de deberes mínimos implícitos en el DDDH, la progresiva aceptación de estos actores no estatales en la dinámica internacional y el debate en torno al Instrumento Jurídico Obligatorio (para las empresas transnacionales). A la espera de la consolidación de este nuevo paradigma, siéguese utilizando medios no legales e instrumentos especializados, en su mayoría con regulaciones flexibles y legalidad discutible. A través de estimulantes debates científicos, la capacidad de adaptación inherente a la ciencia del Derecho y una pizca de optimismo, nada impide la evolución del Derecho Internacional

hacia una protección más efectiva de los derechos humanos ante los desafíos de una sociedad internacional en constante transformación.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto, CASELLA, Paulo Borba e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. Saraiva, 2012.

ACORDO DE COTONOU. **Acordo de parceria 2000/483/CE — entre os países de África, das Caraíbas e do Pacífico e a União Europeia**. Cotonu, 23 de junho de 2000. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ar12101>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

AFRICAN UNION. African Court. **Activity Report of the African Court on Human and People's rights**. Disponível em: <https://www.african-court.org/wpafc/activity-report-of-the-african-court-on-human-and-peoples-rights-1-january-31-december-2019>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

AFRICAN UNION. African Court. **Basic Documents**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/documents>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

AFRICAN UNION. African Court. **Basic Information**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/basic-information/#ratification>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

AFRICAN UNION. African Court. **Current Judges**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/current-judges/>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

AFRICAN UNION. African Court. **Office of the Registrar**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/office-of-the-registrar/>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

AFRICAN UNION. African Court. **Practice Directions to Guide Potential Litigants**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/documents/>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

AFRICAN UNION. **Overview**. Disponível em: <https://au.int/en/overview>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. Enhancing ICJ Procedures in Order to Promote Global Public Goods: Overcoming the Prevailing Tension between Bilateralism and Community Interests. **European Society of International Law**. Annual Conference (Naples, 2017), ESIL Conference Paper Series, volume 10, number 2, April 16, 2018.

ALMEIDA, Raquel Santos de, OLIVEIRA, Thiago Aleluia Ferreira de e PAIVA, Vinícius Reis de Souza. Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

ALSTON, Philip. The ‘Not-a-Cat’ Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors? In: **Non-State Actors and Human Rights**. Collected Courses of the Academy of European Law. ALSTON, Philip (ed.). Oxford University Press, 2005.

ALSTON, Philip. The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization. **European Journal of International Law**, 1997. Disponível em <https://academic.oup.com/ejil/article/8/3/435/388032>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

ALSTON, Phillip. **Non-state actors and human rights**. Collected Courses of the Academy of European Law. Oxford University Press, 2005.

AMBOS, Kai. Article 25: Individual Criminal Responsibility. **Commentary on the Rome Statute of The International Criminal Court**. 2ª edição de 14 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1972186>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

ANAND, Ram Prakash. Sovereign Equality of Estates in International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, 1986, t. 197.

ANDRADE, Caio Cezar Delgado de Andrade e LOPES, Débora Fiszman Igrejas. Corte Permanente de Arbitragem. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

ANDREPOULOS, George; ARAT, Zehra F.; JUVILER, Peter. Rethinking the Human Rights Universe. In: ANDREPOULOS, George; ARAT, Zehra F.; JUVILER, Peter (orgs). **Non-State Actors in the Human Rights Universe**. Kumarian Press Inc. 2006.

ARATO, Julian. The Private Law Critique of International Investment Law. **The American Journal of International Law**. Vol. 113:1, 2019.

ARAUJO, Brenda Maria Ramos, BLÜCHER, Hans Christian Von e STEFANI, Roberta de. Corte Europeia de Direitos Humanos. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

AREND, Anthony Clark. **Legal Rules in International Society**. Oxford University Press, 1999.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 13a ed. rev., Ed. Forense Universitária, 2020.

ARISTÓTELES. **A Política**. 6ª Ed., Martin Claret, 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **Diretrizes sobre responsabilidade social, ABNT NBR ISO 26000**. Primeira edição, 01.11.2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARRETO, Caio César Ovelheiro Menna e OLIVEIRA, Leonardo Vieira de. Tribunal Permanente de Revisão do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

BARROS, Janete Ricken Lopes de e XIMENES, Julia Maurmann. O Marco Teórico: Articulando as Categorias Teóricas em uma Pesquisa Jurídica. **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB** - João Pessoa/PB: A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI, v. 1, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. EDIPRO, 2013.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança Global: uma abordagem conceitual e normativa das relações internacionais em um cenário de interdependência e globalização**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

BEREZOWSKI, Cezary. Les sujets non souverains du droit international. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, vol. 65, issue III, 1938.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do Direito Civil**. Editora Red Livros, 2001.

BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. *Revista Estudos Avançados*. Vol.17, n.47, abril 2003.

BIRÓ, Gáspar e MOTOC, Antoanella-Iulia. **Working paper on human rights and non-State actors**. Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. E/CN.4/Sub.2/2005/40, 11 de julho de 2005.

BITTENCOURT, Luiz Antônio da Silva e BRASIL, Seilton Ribeiro. Declaração Tripartite da OIT sobre os Princípios das Empresas Multinacionais e Política Social: Um Diálogo com o Direito Humano ao Trabalho Decente. **X Encontro Internacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito)**, Valência, Espanha, 2020.

BOOTH, Katharine. **Encontro Global da OECD Watch 2023: O papel da OCDE, das Diretrizes da OCDE e da OECD Watch**. Netherlands, 2023. Disponível em <https://policycommons.net/artifacts/3680217/encontro-global-da-oecd-watch-2023-o-papel-da-ocde-das-diretrizes-da-ocde-e-da-oecd/4486059/> Acesso em 24 de agosto de 2023.

BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio Vauthier. **Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa**. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n 2, 2016.

BRABANDERE, Eric de. Non-state actors and human rights: corporate responsibility and the attempts to formalize the role of corporations as participants in the international legal system. In: **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. D'ASPROMONT, Jean (ed.). Routledge, 2011.

BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério e GOMES Nelson Gonçalves. **Enciclopédia de Termos Lógico-Filosóficos**. Martins Fontes, 2006.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Curso de Direito Internacional**, volume 1. Ed CEDIN, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016.

BRASIL. Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965. **Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas**. Conferência das Nações Unidas sobre Relações e Imunidades Diplomáticas. Viena, 18 de abril de 1961. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm. Acesso em 2 de agosto de 2023.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados** (Viena, 23 de maio de 1969). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 14 de maio de 2023.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BURGORGUE- LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca**. Estudios Constitucionales, Año 12, Nº 1, 2014.

BURTON, Philip. Searching for the Eastern Carelia Principle. **ESIL Reflections**, v. 8, n. 1, 2019.

BUSINESS AND INDUSTRY ADVISORY COMMITTEE (BIAC), FOREIGN TRADE ASSOCIATION (FTA-BSCI), INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC) and INTERNATIONAL ORGANISATION OF EMPLOYERS (IOE). **Response of the international business community to the "elements" for a draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights**. 20 October 2017. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/BIAC-FTA-BSCI-ICC-IOE.pdf>. Acesso em 3 de agosto de 2023.

BUXBAUM, Hannah L., Public Regulation and Private Enforcement in a Global Economy: Strategies for Managing Conflict. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, Tome 399, 2019.

CALLEWAERT, Johan. **The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights**. Council of Europe Publishing. Strasbourg. 2014, p. 13. Disponível em <https://johan-callewaert.eu/wp-content/uploads/2015/05/eu-accession.pdf>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional: Conceitos, Realidades e Implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2012.

CASSESE, Antonio. **International law**. 2nd edition, Oxford University, 2005.

CHARAMBA, Kuzi. Beyond The Corporate Responsibility to Respect Human Rights In The Dawn Of A Metaverse. **University of Miami International and Comparative Law Review**. Volume 30, Issue 1, 2022. Disponível em <https://repository.law.miami.edu/umiclr/vol30/iss1/5/>. Acesso em 7 de outubro de 2023.

CHENG, Bin. Custom: The Future of General State Practice in a Divided World. In: MACDONALD, Ronald St J e JOHNSTON, Douglas M. (eds). **The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory**. The Hague: Martinus Nijhoff, 1983.

CLAPHAM, Andrew. **Human Rights in the Private Sphere**. Oxford University Press, 1993.

CLAPHAM, Andrew. **Human rights obligations of non-state actors**. Oxford University Press, 2006.

CLAPHAM, Andrew. **The Changing Character of Human Rights**. Based on a European lecture originally delivered at the Nissan Lecture Theatre, St Antony's College, Oxford on 12th November 2015. Published by the Europaeum, Oxford, 2016.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador**, OEA/Ser. L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997, p. 25.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra**. Disponível em <https://www.icrc.org/pt/document/artigo-3o-comum-quatro-convencoes-de-genebra>. Acesso em 14 de maio de 2023.

CONCIL DE L'EUROPE. Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 214. **Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales**. Strasbourg, 2.X.2013. Disponível em <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=214>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

CONCIL DE L'EUROPE. Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 140. **Protocole n° 9 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales**. Rome, 6.XI.1990. Disponível em <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=140>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

CONCIL DE L'EUROPE. Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 155. **Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention**. Strasbourg, 11.V.1994. Disponível em <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=155>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

CONCIL OF EUROPE. **Framework Convention for the Protection of National Minorities**. ETS No. 157. Strasbourg 01/02/1995. Disponível em <https://rm.coe.int/168007cc50>. Acesso em 2 de outubro de 2023.

CONSELHO DE EUROPA. **Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias**. ETS No. 148. Strasbourg, 05/11/1992. Disponível em <https://rm.coe.int/16806d3589>. Acesso em 2 de outubro de 2023.

CONSELHO DE EUROPA. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma, 4 de janeiro de 1950.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano**. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, Costa Rica, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva n.º 01/82**. Manifestação do NIDH-FND como *amicus curiae* na solicitação de Opinião Consultiva acerca das "Obrigações em matéria de direitos humanos de um Estado que denunciou a Convenção Americana de Direitos Humanos e que tenta retirar-se da OEA". Rio de Janeiro, 2019. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc26/17_unifederaljane.pdf. Acesso em 12 de outubro de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-22/16** de 26 de febrero de 2016, Solicitada por la República de Panamá. Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Sobre a Corte IDH**. História. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/historia.cfm?lang=pt>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Amicus Curiae**. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/amicus_curiae.cfm. Acesso em 12 de outubro de 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC-17/2002** (Juridical Condition and Human Rights of the Child) de 28 de agosto de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**, aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf. Acesso em 12 de outubro de 2023.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**, 1945b. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em 23/02/2022.

COSTA, Lorena Xavier da. Sujeito de direito e pessoa: conceitos de igualdade? **Revista Legis Augustus**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 75-87, jul./dez, 2013.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Case of Mutu and Pechstein v. Switzerland**. Applications nos. 40575/10 and 67474/10. Strasbourg, le 2 October 2018. Disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-186828%22%5D%7D>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Composition de la Cour**. Disponível em <https://www.echr.coe.int/fr/composition-of-the-court>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. **Fonctionnement de la Cour**. Budget de la CEDH. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Budget_FRA. Acesso em 12 de outubro de 2023.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Textes Officielles. **Convention européenne des droits de l'homme**. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_FRA. Acesso em 12 de outubro de 2023.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME. Textes Officielles. **Règlement de la Cour**. Disponível em <https://www.echr.coe.int/fr/rules-of-court>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Chambres et Comités**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/fr/chambres-et-comites>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/133>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/83>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Documents de Base**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/fr/documents-de-base>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **La Greffe**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/fr/greffe>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Statut de la Cour Internationale de Justice**. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Tous les Membres**. Disponível em <https://www.icj-cij.org/index.php/fr/node/202519>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

COUR PENALE INTERNATIONALE. **Statut de Rome de la Cour pénale internationale**. Rome le 17 juillet 1998. Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Statut-de-Rome.pdf>. Acesso em 4 de agosto de 2023.

COURT PERMANENT DE JUSTICE INTERNACIONALE. **Affaire du «Lotus»** (França vs Turquia). Julgamento n. 9 de 7 de setembro de 1927. Recueil des Arrêts, série A, n. 10. Disponível em https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf. Acesso em 16 de maio de 2023.

CREAMER, Cosette; GODZIMRSKA, Zuzanna. Trust in the Court: The Role of the Registry of the European Court of Human Rights. **The European Journal of International Law**, v. 30, n. 2, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**, Volume Único. Editora Jus Podium, 8ª edição, 2020.

- D'ASPREMONT, Jean. Inclusive Law-Making and Law-Enforcement Processes for an Exclusive International Legal System. In: D'ASPREMONT, Jean (ed.). **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. Routledge, 2011.
- D'ASPREMONT, Jean. Non-state Actors and the formation of international Customary Law: Unlearning Some Common Tropes. In: DROUBI, Sufyan, and D'ASPREMONT, Jean (eds.). **International organizations, non-State actors, and the formation of customary international law**. Manchester University Press, 2020.
- D'ASPREMONT, Jean. Non-State Actors in International Law: A Scholarly Invention? **FWO Seminar Non-State Actors in International Law**, Leuven, 26-28 de março de 2009.
- D'ASPREMONT, Jean. Softness in International Law: a Self-Serving Quest for New Legal Materials. **European Journal of International Law**, volume 19, numero 5, 2008.
- DEVA, Surya. Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law: Where from Here? **Connecticut Journal of International Law**, v. 19, 2003.
- DOMINICE, Christian. La personnalité juridique dans le système du droit des gens. In: **Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century**. Essays in Honor of Krzytof Skubiszewski. MAKARCZYK, Jerzy (ed.). Kluwer Law International, 1996.
- DRIESKENS, Edith. Golden or gilded jubilee? A research agenda for actorness. **Journal of European Public Policy**. Volume 24, number 10, 2017, pp. 1534–1546.
- DUPUY, Pierre-Marie e HOSS, Cristina. Part Three Statute of the International Court of Justice. In: ZIMMERMANN, Andreas, TOMUSCHAT, Christian, OELLERS-FRAHM, Karin e TAMS, Christian. **The Statute of the International Court of Justice: a Commentary**. Oxford Commentaries on International Law, 2019.
- DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 2002, t. 297.
- DUPUY, Pierre-Marie. Soft law and the international law of environment. **Michigan Journal of International Law**, vol. 12, 1991, n° 2.
- EBERHARDT, Pia e OLIVET, Cecilia. **Profiting from Injustice**. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling investment arbitration boom. Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute. Brussels / Amsterdam, November 2012.
- ESTELITA, Thayanne Borges. Desempenho de atores não estatais no direito internacional do meio ambiente. **Anais do Congresso Nacional de Pesquisadores em Políticas Públicas**. Rio de Janeiro (RJ) UERJ, 2019.
- ESTELITA, Thayanne Borges. **Estatuto de terceros no estatales en el universo de los Derechos Humanos: posibilidades y necesidades del Derecho Internacional**. Disertación (Máster en Derechos Fundamentales y Poderes Públicos). Facultad de Economía y Empresa, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Bilbo, España, 2018.

ESTELITA, Thayanne Borges. Sobre a Coexistência do Multiculturalismo e dos Direitos Humanos. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Franca**. v.10, n.1, jul. 2015.

EUROPEAN UNION. Court of Justice of Europe Union. Institution. **The Court in Figures**. Disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_80908/en/. Acesso em 12 de outubro de 2023.

EUROPEAN UNION. European Commission. **Capital Markets Union: Commission provides guidance on protection of cross-border EU investments**. Press release, Brussels, 19 July 2018.

EUROPEAN UNION. The Council of The European Union. **Decision of 25 February 2010**, relating to the operating rules of the panel provided for in Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union (2010/124/EU). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0124&qid=1515579400225&from=EN>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

FARIAS, Valéria Cristina Farias e REI, Fernando. Reflexos jurídicos da governança global subnacional: a paradiplomacia e o direito internacional: desafio ou acomodação. **Revista de Direito Internacional/Brazilian Journal of International Law**, Brasília, v. 13, n. 1, 2016.

FELDMAN, David. International Personality. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, vol. 191, issue II, 1985.

FERNÁNDEZ-ALFARO, Teresa La Porte. Influencia de los Actores Internacionales No Estatales em las Estrategias Diplomáticas: Consideraciones desde la Comunicación Pública. **Comillas Journal of International Relations**, n. 6, 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A Trivialização dos Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP** n° 28, outubro 1990.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789. Disponível em <https://pt.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

FRANCE. **Code de Commerce**. Décret n°67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000006341759/2002-02-21/>. Accès au 3 février 2023.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira e YIP, César. Customary International Law and the Third World: Do Not Step on the Grass. **Chinese Journal of International Law**, Volume 16, Issue 2, June 2017.

GALLANT, Kenneth. **The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law**. Cambridge University Press, 2009.

GARAY, Maite Elorduy. **La mayoría de los derechos laborales en las cadenas de producción y suministro de las empresas transnacionales. Especial referencia a los Acuerdos Marco Internacionales**. Tesis (Doctorado). Universidad del País Vasco/Euskal

Herriko Unibertsitatea. Departamento de Derecho de la Empresa y Derecho Civil. Bilbo, 2021.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos - La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa**. Madrid: Real Academia Española, 1994.

GEERAERTS, Gustaaf. **Analyzing Non-State Actors in World Politics**. Pole Paper Series, Vol. 1, No. 4. Centrum voor Polemologie, Vrije Universiteit Brussel, 1995.

GEREFFI, Gary e MAYER, Frederic. Globalization and the demand for governance. In: GEREFFI, Gary (dir.), **The new offshoring of jobs and global development**. Geneva: International Labour Office, 2006.

GIL, Luis V. Pérez. Breves Consideraciones Acerca del Concepto de Actor no Estatal en las Relaciones Internacionales. **Revista Derecho y Opinión de la Universidad de Córdoba**, nº 6, 1998.

GONÇALVES, Arlindo. O conceito de governança. **XV Congresso Nacional do CONPEDI/UEA - Manaus: Anais de Congresso**, 2006.

GOODHART, Michael. Human Rights and Non-State Actors: Theoretical Puzzles. In: ANDREPOULOS, George; ARAT, Zehra F.; JUVILER, Peter (orgs). **Non-State Actors in the Human Rights Universe**. Kumarian Press Inc. 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral, Volume 1. Ed. Impetus, 17a edição, 2015.

GROENLEER, Martijn and VAN SCHAİK, Louise. United We Stand? The European Union's International Actorness in the Cases of the International Criminal Court and the Kyoto Protocol. **Journal of Common Market Studies**. Volume 45. Number 5, 12 November 2007, pp. 969–998.

GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements. **Convention pour le règlement des différends relatifs aux Investissements entre états et ressortissants d'autres états**. CIRDI/15/Rév. 3, juillet 2022.

GRÜNINGER, Beat e OLIVEIRA, Fabiana Ikeda de. Normas e Certificações de Responsabilidade Social. **BSD Consulting**, versão de 16 de abril de 2012.

GUARRIELLO, Fausta. Transnational Collective Agreements. **ISLSSL XXII World Congress**. Transformation of work: challenges for the national systems of labour law and social security. University of Chieti-Pescara, Torino, 2018.

GUEDES, Jonas Bomtempo, SÁ, Maria Carolina de Souza Ribeiro de e NERY, Pedro Lyrio Verissimo. Tribunal Penal Internacional. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

GUGGENHEIM, Paul. Contribution à l'histoire des sources du droit des gens. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, v. 94, 1958.

GUGGENHEIM, Paul. La validité et la nullité des actes juridiques internationaux, **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1949-I, t. 74.

GÜNTHER, Klaus. Legal pluralism or uniform concept of law? Globalization as a problem of legal theory. **No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice**. Number 5, April 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Ed Tempo brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

HADWIGER, Felix. Why Do Multinational Companies Sign Transnational Company Agreements? Dfg-Graduiertenkolleg (Grk 1597/2): **The Economics of the Internationalization of The Law**. University of Hamburg, September 30, 2014.

HAIDER, Dominik. **The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights**. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff, 2013.

HALLIDAY, Fred. The Romance of Non-State Actors. In: JOSSELIN, Daphné e WALLACE, William. **Non-State Actors in world Politics**, New York, Palgrave, 2001.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos**. EdUSP e Fapesp, 2001.

HELPER, Laurence R. Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime. **The European Journal of International Law** Vol. 19 no. 1, 2008.

HENKIN, Louis. The Universal Declaration at 50 and The Challenge of Global Markets. **Brooklyn Journal of International Law**. Volume 25, Issue 1, 1999.

HENZELIN, Marc. Droit international pénal et droits pénaux étatiques. In: **Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation**. HENZELIN, Marc e ROTH, Robert (orgs.). Paris, LGDJ, Genebra, E. Georg, Bruxelas, Bruylant, 2002.

HERIK, Larissa Van Den. The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection of the Individual. **Leiden Journal of International Law**, vol 20 issue 4, 2008.

HIGGINS, Rosalyn. **Problems and Process: International Law and How We Use It**. Oxford, 1994.

HO, Tara Van. 'Band-Aids Don't Fix Bullet Holes': In Defence of a Traditional State-Centric Approach. In: CERNIC, Jernej Letnar e SANTARELLI, Nicolás Carrillo. **The Future of Business and Human Rights Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty**. Intersentia, October 2018.

INGLATERRA. **Magna Carta**, 1215. Disponível em <https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/british-library-magna-carta-1215-runnymede/>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE. **North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)**. Judgment of 20 February 1969. Separate Opinion of

Judge Fouad Ammoun, p. 132-133. Disponível em <https://www.icj-cij.org/case/52/judgments>. Acesso em 4 de agosto de 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other State**. Disponível em https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Convention.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Case No. ARB/02/3**, Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, concluded March 28, 2006.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Case No. ARB/03/19**, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic, concluded May 5, 2017.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID Case No. ARB/07/26**, Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs The Argentine Republic.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Member States. **Database of ICSID Member States**. Disponível em <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Member States. **Hearing Facilities**. Disponível em <https://icsid.worldbank.org/services/hearing-facilities>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Secretariat - Overview**. Disponível em <https://icsid.worldbank.org/about/secretariat>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Treaties, States Parties and Commentaries**. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977. Commentary of 1987 Non-Intervention. Disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=92D729DEE6F594C8C12563CD0043A04C>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Preparatory document for the first periodical meeting on international humanitarian law: Armed conflict linked to the disintegration of States structures**. Geneva, 19-23 January 1998.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. **Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977**. Disponível em <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Beyond Voluntarism: Human rights and the developing international legal obligations of companies.** Geneva, Switzerland, 2002.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo.** Advisory Opinion of 22 July 2010. Declaration of Judge Simma. Disponível em <https://www.icj-cij.org/case/141/advisory-opinions>. Acesso em 4 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Advisory Opinion of 11 April 1949. **Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations.** Disponível em <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Basis of Jurisdiction.** Disponível em <https://www.icj-cij.org/en/basis-of-jurisdiction>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Declarations.** Disponível em <https://www.icj-cij.org/en/declarations>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **How the Court Works.** Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/how-the-court-works>. Acesso 11 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Report of the International Court of Justice 1 August 2022-31 July 2023.** Disponível em <https://www.icj-cij.org/public/files/annual-reports/2019-2020-en.pdf>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Rules of Court (1978).** Disponível em: <https://www.icj-cij.org/rules>. Acesso 11 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **The Court.** History. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/history>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **The Permanent Court of International Justice: its Constitution and Work.** Trilingual book (English, Spanish, French), first published in 1939, republished in 2012. Disponível em https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_other/cpji-pcij.pdf. Acesso em 11 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **About the Court.** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/about>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **About the Court.** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/about>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. About the Court. **Registry.** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/about/registry/default>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Assembly of States Parties to the Rome Statute. **Resolutions - Sessions.** Disponível em <https://asp.icc-cpi.int/resolutions/sessions>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Assembly of States Parties to the Rome Statute. The States Parties to the Rome Statute.** Disponível em <https://asp.icc-cpi.int/states-parties>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Elements of Crimes.** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/ElementsOfCrimesEng.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Financial Regulations and Rules.** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/news/financial-regulations-and-rules>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Regulations of the Court.** Disponível em https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RegulationsCourt_2018Eng.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Regulations of the Office of the Prosecutor.** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RegulationsOTPEng.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Regulations of the Registry.** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RegulationsRegistryEng.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Rules of Procedure and Evidence.** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **The Judges of the Court.** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/JudgesENG.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Understanding the International Criminal Court.** Disponível em <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/understanding-the-icc.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Transcript of the discussion of the Reports of the Director-General and the Chairperson of the Governing Body.** 108th (Centenary) Session of the International Labour Conference Geneva, 10–21 June 2019.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Final Report of the Committee on Non-State Actors of the International Law Association (ILA).** 77th Biannual Conference of the International Law Association (ILA) at Johannesburg, South Africa. August 2016.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries,** 2001. Disponível em https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Acesso em 7 de junho de 2023.

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL (NUREMBERG). **The Trial of German Major War Criminals.** Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part 22 (22nd August, 1946 to 1st October, 1946).

INTERNATIONAL ORGANISATION OF EMPLOYERS (IOE), BUSINESS AND INDUSTRY ADVISORY COMMITTEE (BIAC), BUSINESS EUROPE and THE INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **Business response to the Zero Draft Legally Binding Instrument** to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises ("Zero Draft Treaty") and the Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument ("Draft Optional Protocol") Annex, Oct 2018, p. 2. Disponível em <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/experts-reflect-on-the-zero-draft-of-the-legally-binding-treaty-on-business-and-human-rights/>. Acesso em 15 de março de 2023.

INTERNATIONAL RED CROSS. International Committee of The Red Cross. **Code of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and Non-Governmental Organizations (NGOs) in Disaster Relief**, at 31-12-1994.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano e SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral. Ed. Elsevier, 2012.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal**. Editora Lumen Juris, 2004.

JESSUP, Phillip Caryl. **Transnational Law**. Yale University Press, 1956.

JOSSELIN, Daphné e WALLACE, William. **Non-State Actors in world Politics**, New York, Palgrave, 2001.

JUNIOR, Luiz Carlos Silva Faria e ROLAND, Manoela Carneiro. Empresas Transnacionais/Multinacionais como Sujeitos de Direito Internacional: Uma Necessidade da Agenda Internacional em Direitos Humanos e Empresas. In: XIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa. **Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2014.

JUVENAL, **Sátiras**. Traducción, estudio introductorio y notas de Bartolomé Segura Ramos. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KAMMERHOFER, Jorg. Non-state actors from the perspective of the Pure Theory of Law. In: **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. D'ASPREMONT, Jean (ed.). Routledge, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Edições 70 Textos Filosóficos, 2007.

KAPTEIN, Muel e SCHWARTZ, Mark S. The Effectiveness of Business Codes: A Critical Examination of Existing Studies and the Development of an Integrated Research Model. **Journal of Business Ethics**, Vol. 77, 2008.

KASSOTI, E. Fragmentation and Inter-Judicial Dialogue: the CJEU and the ICJ at the Interface. **European Journal of Legal Studies**. Vol. 8, n. 2, 2015.

KAUNERT, Christian. Europol and EU Counterterrorism: International Security Actorness in the External Dimension. **Studies in Conflict & Terrorism**. Volume 33, issue 7, 2010, pp. 652-671.

KEITH, Kenneth. *Advisory Proceedings: International Court of Justice (ICJ)*. **Max Planck Encyclopedias of International Law**. Oxford University Press, 2018.

KEITH, Kenneth. *International Court of Justice: Reflections on the Electoral Process*, **Chinese Journal of International Law**. Volume 9, issue 1, March 2010, p. 49-80.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?* **The International Law Quarterly**, Vol. 1, No. 2 (Summer, 1947). Published by: Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law.

KLEINLEIN, Thomas. *Non-state actors from an international constitutionalist perspective*. In: D'ASPREMONT, Jean (ed.). **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. Routledge, 2011.

KNOX, Jonh H., *Horizontal Human Rights*. **American Journal of International Law**, volume 102, issue 1. Cambridge University Press: 27 February 2017.

KOH, Harold Hongju. *Transnational Legal Process*. **Nebraska Law Review**, Vol. 75, 1996.

KOLB, Robert. **Réflexions de philosophie du droit international**. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international. Bruylant, 2003.

KONDER COMPARATO, Fábio. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., 2010.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge University Press, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations**. Cambridge University Press, 2004.

KROMMENDIJK, Jasper. *The use of ECTHR Case Law by the CJEU after Lisbon: the view of the Luxembourg insiders*. **Maastricht Journal of European and Comparative Law**. Volume 22, issue 6, 2015.

LAFER, Celso. **Relações internacionais, política externa e diplomacia brasileira: pensamento e ação**. Volume 2. Brasília: FUNAG, 2018.

LEAGUE OF NATIONS. **Advisory Committee of Jurists Procés-Verbaux of the Committee**. June 16th-July24th 1920, with Annexes. The Hague: Van Langenhuisen. 1920.

LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana como Tribunal Constitucional Transnacional**. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Programa de Pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 80: Uma “Corte” Pedro Nikken?* **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XX, 2020.

LEONEL, Ana Leticia Anarelli Rosati. A Superação da Dicotomia Direito Público e Direito Privado: Uma Proposta Coerente Com A Constitucionalização Do Direito Civil. **XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**, Florianópolis, 2015.

LIBARONA, Iñigo Urrutia. Derecho de autodeterminación y creación de nuevos estados europeos a partir de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Kosovo. **Dret comparat i context internacional**. Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, octubre 2014.

LIBRELOTTO, Tais Bastiani. **A política no Direito Internacional: por uma análise da Escola de New Haven**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

LIESA, Carlos R. Fernández. Sujetos de Derecho y actores no estatales: cuestiones de Derecho Internacional. **Anuario Español de Derecho Internacional**. Vol. 34, 2018.

LIMA, Lucas Carlos. O uso de experts em controvérsias ambientais perante a Corte Internacional de Justiça. **Revista de Direito Internacional**, vol 13, no 2, 2016.

LISTER, Jane. **Corporate Social Responsibility: International Approaches to Forest Co-Regulation**. UBC Press, Toronto, 2011.

LOPEZ-JACOISTE, María Eugenia. Derecho internacional y actores no estatales: repercusiones recíprocas Algunas consideraciones a la luz de la práctica del Comité 1267 y sus efectos sobre los derechos de las personas registradas en la lista. In: NANCLARES, José Martín y Pérez (coord.). **Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales** (XXIII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, AEPDIRI, celebradas en la Rioja el 10, 11 y 12 de septiembre de 2009). Editora Iustel, España, 2010.

LUÍS, Daniela Tavela; FONTOURA COSTA, José Augusto. Repúblicas Bolivarianas e o ICJ: será que o inimigo não é outro? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. 16, 2016.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A Genealogia da Noção de Direito Internacional. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, número 18, abril de 2010.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O Estado, Segundo o Direito Internacional. **Cosmopolitan Law Journal / Revista de Direito Cosmopolita**, v. 1, n. 1, 2013.

MADSEN, Mikael Rask. "Legal Diplomacy" - Law, Politics and the Genesis of Postwar European Human Rights. In: HOFFMANN, Stefan-Ludwig (Ed.). **Human Rights in the Twentieth Century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, pp. 62-82.

MAGALHÃES, José Carlos. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, n. 80, 1985.

MALUWA, Tiyanjana. The treaty-making capacity of the Holy See in theory and practice: A study of the jus tractum of a non-state entity. **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa**. Vol. 20, No. 2. July 1987.

MARTEN, Philipp, GALDIGA, Jan Hendrik, OOSTERVELD, Willem Theo e WIJNINGA, Peter. State and Non-State Actors: Beyond the Dichotomy. **Hague Centre for Strategic Studies**, Strategic Monitor 2014: Four Strategic Challenges.

MARTIN, Elizabeth. **Oxford Dictionary of Law**. Oxford University Press, fifth edition, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

McDOUGAL, Myres. International law and social science: a mild plea in avoidance. **The American Journal of International Law**, vol 68, 1972.

McDOUGAL, Myres. International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, 1953, vol. 82.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, v. 1, 12a edição, Ed Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

MENDELSON, Maurice. The formation of customary international law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, tome 272, 1998.

MIYAWA, Maxwell. The International Dimension of the Right to Development: Where is the Gapping Crack of Accountability for Non-State Actors. **The Transnational Human Rights Review** 3, 2016.

MORSS, John R. The International Legal Status of the Vatican/Holy See Complex. **The European Journal of International Law**. Vol. 26 no. 4, 2015.

MOSLER, Herman. The International Society as a Legal Community. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Volume 140, 1974.

MOUVEMENT INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE. Comité International de la Croix-Rouge. **Code de conduite pour les collaborateurs et collaboratrices du CICR**, le 3 mai 2018.

MOUVEMENT INTERNATIONAL DE LA CROIX ROUGE. Une collection de codes de conduite établis par des groupes armés (compilée par Olivier BANGERTER). **Revue Internationale de la Croix-Rouge**. Volume 93, 2011/2.

MURRAY, Rachel. The Human Rights Jurisdiction of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights. In: JALLOH, Charles C.; CLARKE, Kamari M.; NMEHIELLE, Vincent O. (eds.). **The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges**. Cambridge University Press, 2019.

NAIR, Ravi. Confronting the Violence Committed by Armed Opposition Groups. **Yale Human Rights and Development Law Journal**, vol. 1, 1998.

NASIRITOUSI, Naghmeh, HJERPE, Mattias e BÄCKSTRAND, Karin. Normative arguments for non-state actor participation in international policymaking processes: Functionalism, neocorporatism or democratic pluralism? **European Journal of International Relations**, vol. 22, n. 4, 2016.

NAVES, Nilson. **TERRORISMO E VIOLÊNCIA: segurança do Estado, direitos e liberdades individuais.** Conferência de abertura proferida no Seminário Internacional sobre Terrorismo e violência: segurança do Estado, direitos e liberdades individuais, 27 e 28 de maio de 2002, Brasília-DF. Publicado na **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, n. 18, p. 6-9, jul./set. 2002.

NETO, Laércio Dias Franco e RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro. A Judicialização do Direito Internacional: A Jurisdição da Corte Internacional de Justiça sob a Ótica do Voluntarismo Estatal no Caso do Brasil. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. Volume 2, n. 1, Jan/Jul., Brasília, 2016.

NIETO MARTÍN, Adán. Bases Para Un Futuro Derecho Penal Internacional Del Medio Ambiente. **Revista ERES Revue internationale de droit pénal**, Vol. 82, 2011.

NIKKEN, Pedro. **La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Madrid: Civitas, 1987.

NOORTMANN, Math. Towards an interdisciplinary approach to non-state participation in the formation of global law and order. In: D'ASPREMONT, Jean (ed.). **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law.** Routledge, 2011.

NOWAK, Manfred. **Human Rights or Global Capitalism: The Limits of Privatization.** University of Pennsylvania Press, 2017.

OLIVEIRA, Odete Maria de; SILVA, Andréia Rosenir da. Gênero como possível ator das Relações Internacionais. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais: a questão de gênero.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

OLIVEIRA, Ricardo Miguel Ornelas. **Integração da Norma ISO 26000 de Responsabilidade Social na Estratégia de Gestão.** Dissertação (Mestrado em Gestão). Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coimbra, julho de 2012.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. **Raising the Bar: Improving the Nomination and Election of Judges to the International Criminal Court** (report principally researched and written by Yassir Al-Khudayri,). New York, 2019. Disponível em <https://www.justiceinitiative.org/uploads/a43771ed-8c93-424f-ac83-b0317feb23b7/raising-the-bar-20191112.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION (ISO). **Onglet “À propos de l'ISO”.** Disponível em <https://www.iso.org/fr/about-us.html>. Acesso em 28 de março de 2023.

ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION (ISO). **Onglet “Store”.** Disponível em <https://www.iso.org/fr/standards-catalogue/browse-by-ics.html>. Acesso em 28 de março de 2023.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos** (Carta de Banjul). Adotada na Assembleia de Chefes de Estado e Governo, Nairobi, Quênia, em 27 de junho de 1981.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. **Protocolo relativo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Burkina Faso, 1998. Disponível em https://au.int/sites/default/files/treaties/36393-treaty-0019_protocol_to_the_african_charter_on_human_and_peoplesrights_on_the_establishment_of_an_african_court_on_human_and_peoples_rights_p.pdf. Acesso em 13 de outubro de 2023.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. **Decisão da Comunicação 155/96 de 27 de maio de 2002, caso n.º ACHPR/COMM/A044/1**, par 2. Disponível em <https://achpr.au.int/index.php/en/decisions-communications/social-and-economic-rights-action-center-serac-and-center-economic-15596>. Acesso em 7 de junho de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Resolução n.2.200-A (XXI) de 16 de dezembro de 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. UNIC/ Rio/ 023 - Mar. 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia-Geral das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 20 de novembro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945. Impresso pelo Centro de Informação da ONU para o Brasil (UNIC Rio de Janeiro). Disponível em <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Centro de Informações das Nações Unidas no Brasil. **Países membros**. Disponível em <https://unicrio.org.br/conheca/paises-membros/>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Sobre Governança Global. **Nossa Comunidade Global**. O Relatório da Comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 3 de agosto de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Global**. A iniciativa. Disponível em <https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>. Acesso em 15 de março de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Responsabilidades do Estado por atos internacionalmente ilegais**. Assembleia Geral das Nações Unidas, A/RES/56/83 de 28 de janeiro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Sobre a ONU**. Órgãos da ONU. Disponível em <https://unric.org/pt/orgaos-da-onu/>. Acesso em 11 de outubro de 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 27 de novembro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.estatuto.corte.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Bureau* para as Atividades dos Trabalhadores (ACTRAV). **Declaração da OIT sobre Empresas Multinacionais: Como pode beneficiar os trabalhadores?** Genebra, 1º de fevereiro de 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social**. Genebra, quinta edição, março de 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais**. OECD Publishing, Paris, 2023.

PACTO DE BOGOTÁ. **Tratado Americano de Soluções Pacíficas**. Assinado em Bogotá, a 30 de Abril de 1948. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-11-14-setembro-1959-350530-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 11 de outubro de 2023

PARIOTTI, Elena. Non-State Actors, International Law, and Human Rights, in: SILVERBURG, Sanford R. (ed.). **International Law: Contemporary Issues and Future Developments**. Routledge, 2011.

PEJIC, Jelena. The protective scope of Common Article 3: more than meets the eye. **International Review of the Red Cross** (Selected Article on International Humanitarian Law), volume 93, number 881, march 2011.

PELLET, Alain. Les raisons du développement du soft law en droit international: choix ou nécessité?. In: **Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international**. DEUMIER, Pascale; e SOREL, Jean-Marc (org). LGDJ, 2018.

PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSCHAT, Christian; OELLERS-FRAHM, Karin; TAMS, Christian J. (Orgs.). **The Statue of the International Court of Justice: A Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PEREIRA, Adalgisa Gizela Barroso e SILVA, Raquel Guerra e. Tribunal Africano de Direitos Humanos e dos Povos. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE,

Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

PEREIRA, João Márcio Mendes. Banco Mundial, reforma dos Estados e ajuste das políticas sociais na América Latina. ABRASCO - Associação Brasileira de Saúde Coletiva. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, Volume: 23, Número: 7, Publicado: 2018.

PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis. Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional. In: HONRUBIA, Victoria Abellán e PÉREZ, Jordi Bonet. **La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público: los actores no estatales: ponencias y estudios**. Ed. Bosch, Barcelona, 2008.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **Administrative Council**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/about/structure/administrative-council/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes**. Disponível em <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/bd7626f1-1907-convention-for-the-pacific-settlement-of-international-disputes.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **About Us**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/about/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **Arbitration Rules 2012**. Disponível em <https://docs.pca-cpa.org/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **Contracting Parties**. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/contracting-parties/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **Financial Assistance Fund**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/about/faf/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **History**. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/history/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **International Bureau**. Disponível em: <https://pca-cpa.org/en/about/structure/international-bureau/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **Members of the Court**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/about/structure/members-of-the-court/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **PCA Arbitration Rules**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/pca-arbitration-rules-2012/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Conciliation of Disputes Relating to Natural Resources and the Environment**. Disponível em https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Conciliation-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and_or-Natural-Resources.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **Permanent Court of Arbitration, 122th Annual Report (Editor-Chief: ROLLAT, Simon)**. Hague, 2022. Disponível em [341817ff-pca-annual-report-2022.pdf](https://pca-cpa.org/annual-report-2022.pdf) (pca-cpa.org). Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **Resources**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/resources/pca-conventions-and-rules/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PERMANENT COURT DE ARBITRATION. **Staff**. Disponível em <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/staff/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Parte Geral**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e Privado**. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORTMANN, Roland. **Legal Personality in International Law**. Cambridge University Press, 2010.

PORTO, Gabriela Hühne e ESTELITA, Thayanne Borges. Corte Internacional de Justiça. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1^a edição, 26 outubro 2022.

POSNER, Eric e FIGUEIREDO, Miguel. Is the International Court of Justice Biased? **Journal of Legal Studies**, vol. 34, issue 2, 2005, p. 599-630.

PRAUST, Jordan J. The Reality of Private Rights, Duties, and Participation in the International Legal Process. **Michigan Journal of International Law**, Volume 25 Issue 4, 2004.

PUIG, Sérgio e SHAFFER, Gregory. Imperfect Alternatives: Institutional Choice and Reform of Investment Law. **American Journal of International Law**, 112(3), 2018, pp. 361-409.

RADBRUCH, Gustav. **The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin**. The 20th Century Legal Philosophy Series, Vol IV. Harvard University Press. 1950

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REINISCH, August. Developing a Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the UN Security Council for the Imposition of Economic Sanctions. **American Journal of International Law**, 2001, numero 4.

REINISCH, August. The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors. In: ALSTON, Philip (ed.). **Non-State Actors and Human Rights**. Collected Courses of the Academy of European Law. Oxford University Press, 2005.

REIS, Marco Aurélio Barbosa dos. **A Sociedade Internacional e a Regulação do Mercado Global da Força**. Tese (doutorado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Ciências Econômicas. Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais. Porto Alegre, 2016.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. Ed. Saraiva, 15a edição, 2015.

ROBERTST, Anthea e SIVAKUMARAN, Sandesh. Lawmaking by Nonstate Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law. **The Yale Journal of International Law**. Vol. 37, 2012.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da e BACIAO, Domingos Nhamboca Hale. O Sistema Africano de Proteção de Direitos Humanos: Uma Análise Crítica. **Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**. v. 3, n. 1, 2020.

ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial. In: **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. ROSENAU, James N. e CZEMPIEL, Ernst-Otto. Ed. Unb e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

RYNGAERT, Cedric. Imposing international duties on non-State actors and the legitimacy of international law. In: **Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers**. RYNGAERT, Cedric e NOORTMANN, Math (orgs). Routledge, 2016.

SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2015.

SALMON, Jean. **Dictionnaire de Droit International Public**. Bruylant: Bruxelles, 2001.

SAMPAIO, Fabrício Machado e HIRSCH, Gustavo. Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

SANTARELLI, Nicolás Carrillo and THOENE, Ulf. A Critical Analysis of Business Declarations and Statements from a Human Rights Perspective. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, vol. 11, No. 2, 2021.

SANTARELLI, Nicolás Carrillo. Declaraciones empresariales "voluntarias" sobre derechos humanos, y la necesidad de una regulación institucional (internacional e interna) externa. **Brazilian Journal of International Law**, vol 16, n. 3, 2019.

SANTARELLI, Nicolás Carrillo. La influencia "artística" de las emociones y la empatía en el contenido, la interpretación y la efectividad del derecho internacional. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. Volume 17, 2017

SANTARELLI, Nicolás-Carrillo. **Direct International Human Rights Obligations of non-State Actors: A Legal and Ethical Necessity**. Wolf Legal Publishers, 2017.

SANTOS, Nildo Lima. **Marco Regulatório: Uma Abordagem Sistêmica para a Visão Conceitual Necessária ao Entendimento do Ato**. Ed. Bahia, 2007.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Traducido del alemán por M.Ch. Guenoux, F. Gongora y compañía Editores, 1878.

SAYEG, Ricardo Hasson e BALERA, Wagner. A Pessoa Jurídica como Sujeito de Direitos Humanos. **Revista Jurídica Unicuritiba**. Curitiba. V.03, n.53, Jul-Set. 2019.

SCELLE, George. Essai sur les sources formelles du droit international. In: **Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934.

SCHADENDORF, Sarah. Human Rights Arguments in *Amicus Curiae* Submissions: Analysis of ICSID and NAFTA Investor-State Arbitrations. **Transnational Dispute Management**. Vol. 10, issue 1, January 2013.

SCHEECK, Laurent. Competition, Conflict and Cooperation between European Courts and the Diplomacy of Supranational Judicial Networks. **Institut d'Études Européennes - Université Libre de Bruxelles**, Working Paper: No 23/07, August 2007, p. 12. Disponível em <https://warwick.ac.uk/fac/soc/pais/research/researchcentres/csgr/garnet/workingpapers/2307.pdf>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

SCHREUER, Christoph et al. **The ICSID Convention: a Commentary**. Cambridge University Press, 2009.

SCHUTTER, Oliver de. Multinationals in European Law. In: ALSTON, Philip (Ed.). **Non-State Actors and Human Rights**. Collected Courses of the Academy of European Law. Oxford University Press, 2005.

SCOFIELD, Ana Clara Balda e AMORIM, André Ricci de. Tribunal de Justiça da União Europeia. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

SEN, Amartya. Elements of a Theory of Human Rights. **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 32, 2004.

SENDEN, Linda. Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet? **Electronic Journal of Comparative Law**, vol. 9.1, January 2005.

SHAFFER, Gregory e POLLACK, Mark. Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance. **Minnesota Law Review**, volume 94, 2010. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1426123. Acesso em 29 de agosto de 2023.

SHELTON, Dinah. The Participation of Non-governmental Organizations in International Judicial Proceedings. **The American Journal of International Law**. Vol 88: 611, 1994.

SILVA JÚNIOR, Airton Ribeiro da. Direito Internacional para Nações Civilizadas: Crítica à redação do artigo 38 (1) (c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. In: MENEZES,

Wagner; MOSCHEN, Valeska Raizer Borges. (Org.). **Direito Internacional**. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, v. 1, 2014.

SILVA, Fabiane da Costa Gaspar e HUANG, Juliana. Organização Mundial do Comércio. In: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

SIMMA, Bruno e ALSTON, Philip. The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles. **The Australian Year Book of International Law**, vol 12, 1992.

SIMMA, Bruno e PAULUS, Andreas. Le rôle relatif des diferentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit). In: **Droit International Pénal / Centre de droit international de l'Université Paris X-Nanterre, CEDIN Paris X**. ASCENSIO, Hervé ; DECAUX, Emmanuel e PELLET , Alain (orgs.). Paris Editions A. Pedone, 2000.

SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, 1994, v. 250.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof. Les actes unilatéraux des états. In : **Droit international : bilan et perspectives**, BEDJAOU, Mohammed. Paris: Pédone: UNESCO, 1991.

SMITH, Rhona K.M. Prevention and human rights. In: MIHR, Anja e GIBNEY, Mark. **The SAGE Handbook of Human Rights**, volume 2. SAGE Publications Ltd, 2014.

SOCIAL ACCOUNTABILITY INTERNATIONAL (SAI). **SA8000 Standard**. Elementos da Norma. Disponível em https://sa-intl.org/wp-content/uploads/2020/02/SA8000Standard_Portugues.pdf. Acesso em 29 de março de 2023.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Ed. Elsevier, 2012.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. A responsabilização internacional de grupos armados de oposição. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, a. 52 n. 208, out./dez., 2015.

SPAR, Debora. The Spotlight and the Bottom Line: How Multinationals Export Human Rights. **Foreign Affairs**, Vol. 77, No. 2 (Mar. - Apr., 1998).

SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-Jurisdição em Crise e a Instituição do Consenso por uma outra Cultura no Tratamento de Conflitos**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul, 2007.

SPIRER, Herbert F.; e SPIRER, Louise. Accounting for Human Rights Violations by Non-State Actors. In: ANDREPOULOS, George; ARAT, Zehra F.; JUVILER, Peter. **Non-State Actors in the Human Rights Universe**. Kumarian Press Inc. 2006.

SUR, Serge. **Relations internationales**. Ed. Montchrestien, Paris, 2011.

TAMMES, Arnold Jan Pieter. Decisions of international organs as a source of international law. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1958, v. 94.

TASSITCH, Georges. La conscience juridique internationale. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1938, t. 65.

TEUBNER, Gunther. "Global Bukowina": Legal Pluralism in the World Society. In. TEUBNER, Gunther (ed.). **Global Law Without a State**. Dartmouth, 1997.

THIERRY, Huber. Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice. **Recueil des cours - Académie de droit international de La Haye**, 1980, t. 167.

THIN, Sarah. The Curious Case of the 'Legal Effect' of ICJ Advisory Opinions in the Mauritius/Maldives Maritime Boundary Dispute. **EJIL Talk, Blog of the European Journal of International Law**. February 5, 2021. Disponível em: https://www.ejiltalk.org/the-curious-case-of-the-legal-effect-of-icj-advisory-opinions-in-the-mauritius-maldives-maritime-boundary-dispute/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2. Acesso em 11 de outubro de 2023.

THOMAS, Caroline. International Financial Institutions and social and economic rights: an exploration. in EVANS, Tony (ed). **Human Rights Fifty Years On: A reappraisal**. Manchester: Manchester University Press, 1998.

TIBÚRCIO, Carmem. **Temas de Direito Internacional**. Ed. Renovar, 2006.

TLADI, Dire. Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors: PS to Hague Academy Lectures. **Comparative and International Law Journal of Southern Africa**. Volume 54, Number 2, 2021.

TOMUSCHAT, Christian. Article 36. In: ZIMMERMANN, Andreas, TOMUSCHAT, Christian, OELLERS-FRAHM, Karin e TAMS, Christian. **The Statute of the International Court of Justice: a Commentary**. Oxford Commentaries on International Law, 2019,

TOMUSCHAT, Christian. **Human Rights: Between Idealism and Realism**. Oxford University Press, 2008.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença da Quarta Câmara do Tribunal**. Caso número 44306/98, Appleby And Others V. The United Kingdom, publicado em 4 de maio de 2003. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61080%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61080%22]}). Acesso em 2 de agosto de 2023.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Council of Europe. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 20 de novembro de 2022.

TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL. **Carta de Londres ou Estatuto do Tribunal Militar Internacional**. Anexo B - Estatuto do Tribunal Militar Internacional para a Alemanha, 1945.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em 2 de agosto de 2023.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Hacia la consolidación de la capacidad jurídica internacional de los peticionarios en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. **Revista do Instituto Americano de Direitos Humanos**. Volume 37, enero-junio 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium**. The Hague Academy of International Law Monographs, Volume 8. Martinus Nijhoff Publishers, 2a ed, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O regime jurídico autônomo das medidas provisórias de proteção**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os Indivíduos como Sujeitos do Direito Internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 12, número 12, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. 2. ed., Brasília: FUNAG, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **The Access of Individuals to International Justice**. New York: Oxford University Press, 2011.

TSAGOURIAS, Nicholas. Non-state actors in international peace and security: non-state actors and the use of force. In: **Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on non-State Actors in International Law**. D'ASPREMONT, Jean (ed.). Routledge, 2011.

TUNKIN, Grigory Ivanovic. Co-Existence and International Law. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**, v. 95, III, 1958.

TZENG, Peter. Non-State Actors as Respondents Before International Judicial Bodies. **Journal of International and Comparative Law**. Vol. 24, No. 2, 2018.

TZENG, Peter. **The Annulment of Interstate Arbitral Awards**. In: Kluwer Arbitration Blog, 1st July 2017. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/01/the-annulment-of-interstate-arbitral-awards/>. Acesso em 14 de outubro de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comitê Econômico e Social Europeu. **Parecer de Iniciativa sobre a autorregulação e correção no quadro legislativo comunitário**, C 291/29, 4 de setembro de 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Carta dos Direitos Fundamentais da UE**, 2012/C 326/02, de 26 de outubro de 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Regulamento (UE) 2021/1060** do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de junho de 2021 que estabelece disposições comuns relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu Mais, ao Fundo de Coesão, ao Fundo para uma Transição Justa e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos,

das Pescas e da Aquicultura e regras financeiras aplicáveis a esses fundos e ao Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração, ao Fundo para a Segurança Interna e ao Instrumento de Apoio Financeiro à Gestão das Fronteiras e à Política de Vistos.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Serviço de Estudos do Parlamento Europeu. **Rumo a um tratado internacional vinculativo sobre empresas e direitos humanos**, PE 620.229 – abril de 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Princípios, países, história. **Perfis dos países**. Disponível em https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt. Acesso em 12 de outubro de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 3 de Setembro de 2008. **Yassin Abdullah Kadi versus Al Barakaat International Foundation**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0402>. Acesso em 3 de outubro de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Tribunal de Justiça. **Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia**. Disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7031/pt/. Acesso em 13 de outubro de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Tribunal de Justiça. **Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça**. Versão consolidada do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça de 25 de setembro de 2012. Disponível em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_pt.pdf. Acesso em 13 de outubro de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Tribunal de Justiça. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Jornal Oficial da União Europeia, C 202, 7 de junho de 2016. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

UNION AFRICAINE. Cour africaine des droits de l’homme et des peuples. **Règlement intérieur (le Règlement)**. Disponível em <https://www.african-court.org/wpafc/documents/>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

UNION AFRICAINE. Qui sommes nous. **L’UA en bref**. Disponível em <https://au.int/fr/appercu>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

UNITED NATIONS WATCH. **Mission and History**. Disponível em www.unwatch.org. Acesso em 24 de janeiro de 2023.

UNITED NATIONS. A joint publication of the United Nations Global Compact and the Office of the High Commissioner of Human Rights. **Embedding Human Rights into Business Practice**, 2004, at foreword.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General Comment 12, “The right to adequate food (Art. 11)”**, E/C.12/1999/5 at 12 May 1999.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, **General Comment 14 “The right to the highest attainable standard of health (Art. 12)”**, E/C.12/2000/4, 4 July 2000.

UNITED NATIONS. **Copenhagen Declaration on Social Development and Programme of Action**, adopted by the World Summit for Social Development, Copenhagen, 12 March 1995.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. **General comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities**. E/C.12/GC/24, 10 August 2017. Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/237/17/PDF/G1723717.pdf?OpenElement>. Acesso em 3 de Agosto de 2023.

UNITED NATIONS. General Assembly. Report of the Secretary-General A/47/415. **Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons and the United Nations Decade of Disabled Persons**, 11 September 1992.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Report of the Special Rapporteur on the right to education A/69/402**, 24 September 2014.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 56/83. **Responsibility of States for internationally wrongful acts (A/Res/56/83)**. 22 de janeiro de 2002.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution adopted by the Human Rights Council A/HRC/RES/15/9. **Human rights and access to safe drinking water and sanitation**, 6 October 2010.

UNITED NATIONS. **Growth in United Nations membership**. Disponível em <https://www.un.org/en/about-us/growth-in-un-membership#2000-Present>. Acesso em 13 de abril de 2023.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. **Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/LBI3rdDRAFT.pdf>. Acesso em 15 março de 2023.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law**. A/RES/60/147 de 16/12/2005. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-08/N0549642.pdf>. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Guiding Principles on Business and Human Rights (A/HRC/17/31)** de 16 de junho de 2011.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Human rights and transnational corporations and other business enterprises**. A/HRC/RES/17/4, 6 July 2011. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/business/resolutions-and-decisions>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. **Special Procedures' Homepage**. Thematic Mandates. Disponível em <https://spinternet.ohchr.org/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner. **Guiding Principles on Business and Human Rights**. HR/PUB/11/04, New York and Geneva, 2011.

UNITED NATIONS. **Programme of Action adopted at the International Conference on Population and Development, Cairo**, 5-13 September 1994.

UNITED NATIONS. Security Council. **Resolution 1267**. S/RES/1267, 15 October 1999.

UNITED NATIONS. **Ten Principles of the UN Global Compact**, de 26 de julho de 2000. Disponível em <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em 4 de dezembro de 2022.

UNITED NATIONS. **The Beijing Declaration and Platform for Action, adopted by the Fourth World Conference on Women**, Beijing, 4-15 September 1995.

UNITED NATIONS. U.N. Doc. A/CONF.183/13, Vol.II. 1998, **United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court**. Rome, 15 June — 17 July 1998, p. 133 (33). Disponível em https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf. Acesso em 2 de agosto de 2023.

UNITED NATIONS. U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.5 (1998), **Working paper on article 23, paragraphs 5 and 6 - Part 3**. Rome, 15 June — 17 July 1998. Disponível em <https://www.legal-tools.org/doc/0564c4/pdf/>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

UNITED NATIONS. UN News, Global perspective Human stories. **Recalling 'responsibility to protect' UN pays tribute to victims of Srebrenica genocide**, 1 July 2015. Disponível em <https://news.un.org/en/story/2015/07/503292>. Acesso em 24 de janeiro de 2023.

UNITED NATIONS. UN News, Global perspective Human stories. **UN officials commemorate 10th anniversary of Srebrenica massacre**, 11 July 2005. Disponível em <https://news.un.org/en/story/2005/07/144502>. Acesso em 24 de janeiro de 2023.

UNITED NATIONS. UN Secretary-General (UNSG), **Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law**, ST/SGB/1999/13 at 6 August 1999.

UNITED NATIONS. **United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro (Agenda 21)**, Brazil, 3 to 14 June 1992.

UNITED NATIONS. United Nations Conference on Trade and Development. **Development and Globalization: Facts and Figures (UNCTAD/GDS/CSIR/2004/1)**, de 13 Jun 2004, p. 44. Disponível em https://unctad.org/system/files/official-document/gdscsir20041_en.pdf. Acesso em 30 de janeiro de 2023.

VALENCIA-OSPINA, Eduardo. Non-governmental Organizations and the International Court of Justice. In: TREVES et al (Eds.). **Civil Society, International Courts and Compliance Bodies**. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Unidade, fragmentação e o direito internacional. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, jul./dez. 2011.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; e LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de; LEGALE, Siddharta. (Coeditores). **Cortes, Tribunais e Outros Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais: um Catálogo Institucional e Normativo**. Arraes Editores, 1ª edição, 26 outubro 2022.

VASQUEZ, Carlos Manuel. Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under International Law. **Columbia Journal Of Transnational Law**, vol 43, 2005.

VATTEL, Emer de. **O Direito das Gentes**. Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

VERDROSS, Alfred von. Le fondement du droit international, **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, vol. 16 (1927-I).

VILLA, Rafael A. Duarte. Formas de influência das ONGs na política internacional contemporânea. **Revista Sociologia e Política**, Curitiba, n.12, 1999.

VIÑUALES, Jorge E. Human rights and investment arbitration: the role of amici curiae International Law. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**. número 8, junio-noviembre, 2006.

VIRALLY, Michel. La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique. **Annuaire de l'Institut de Droit International**, vol. 60, t. I. Editora A. Pedone, Paris, 1984.

VOETEN, Erik. Borrowing and Nonborrowing among International Courts. **The Journal of Legal Studies**. Vol. 39, 2010.

WACHIRA, George Mukundi. African Court on Human and Peoples' Rights: Ten years on and still no justice. **Minority Rights Group International**, Londres, 2008. Disponível em <https://www.refworld.org/docid/48e4763c2.html>. Acesso em 13 de outubro de 2023.

WALSH, Edmund A. Les principes fondamentaux de la vie internationale. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, 1935, t. 53.

WEISS, Thomas G., SEYLE, D. Conor e COOLIDGE, Kelsey. The Rise of Non-State Actors in Global Governance: Opportunities and Limitations. **One Earth Future Foundation**, 2013.

WIJK, Astrid. **Amicus Curiae before International Courts and Tribunals**. Hart Publishing, 1st edition, 2018.

YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay. The Phenomenon of Non-state Armed Actors and Patterns of Violent Geopolitics in the Middle East. In: YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay (Editors). **Non-State Armed Actors in the Middle East: Geopolitics, Ideology, and Strategy**. Palgrave Macmillan, 2018.

YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay. The State of the Non-state Armed Actors in the Middle East. In: YEŞILTAŞ, Murat e KARDAŞ, Tuncay (Editors). **Non-State Armed Actors in the Middle East: Geopolitics, Ideology, and Strategy**. Palgrave Macmillan, 2018.

ZHANG, Joe. **Avance en la negociación de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, pero preparémonos para un camino complicado.** Investment Treaty News, 20/12/21. Disponível em <https://www.iisd.org/itn/es/2021/12/20/breakthrough-in-business-and-human-rights-binding-treaty-negotiation-but-be-prepared-for-a-bumpy-road-ahead/>. Acesso em 15 de março de 2023.