

Empresas multinacionais e Direito Internacional

– Notas introdutórias sobre um regime emergente

Paulo Canelas de Castro

Introdução

Vivemos na era da globalização¹⁻². O Direito internacional contemporâneo tem, em boa medida, vindo a adaptar-se a esta realidade estruturante³.

¹ Tentamos caracterizar este vetor fundamental, estrutural desse palco das polígonas relações “internacionais”, extra-estaduais, globais, que é a comunidade internacional ou comunidade global nos tempos contemporâneos, bem como os seus impactos no Direito Internacional *in* Paulo Canelas de Castro, “Direito Internacional na Era da Globalização: Mudanças de Paradigmas no Sistema Internacional e na Ordem jurídica Internacional”, *in* Ana Cláudia Nascimento Gomes, Bruno Albergaria, Mariana Rodrigues Canotilho (coord.), *Direito Constitucional. Diálogos em Homenagem ao 80. Aniversário de J.J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, 2021, Fórum, pp. 929-1014, *notius* nas secções II e III desse estudo, a páginas 951, ss..

² Reconhecendo embora os efeitos sobre o seu modo de funcionamento e as restrições que, em anos recentes, fenómenos como a pandemia Covid-19, a aparente generalização de acerbadas tensões geopolíticas no mundo, a emergência de movimentos sociais ditos de anti-globalização, alguns retrocessos claros em ‘imagens de marca’ da globalização, como as cadeias de fornecimento ou transporte global de produtos e serviços importam, pensamos, contudo, que estruturalmente a era da globalização se mantém. Arguimo-lo também *in* Paulo Canelas de Castro, “Direito Internacional na Era da Globalização: Mudanças de Paradigmas no Sistema Internacional e na Ordem jurídica Internacional”, *in* Ana Cláudia Nascimento Gomes, Bruno Albergaria, Mariana Rodrigues Canotilho (coord.), *Direito Constitucional. Diálogos em Homenagem ao 80. Aniversário de J.J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, 2021, Fórum, pp. 929-933. Importará verificar se estudos emergem que comprovem que os impactos são estruturais, revertem, ou põem termo a globalização. A percepção superficial que se tem do conjunto (independentemente de se saber que alguns sectores da economia global foram afetados, como o da aviação) não é essa. De igual

As empresas multinacionais são atores principais neste palco da globalização, particularmente na sua dimensão de globalização económica⁴. Factualmente, a relevância das empresas multinacionais nas relações económicas globais tem vindo a ganhar significado crescente, tendendo a aproximar-se do conjunto dos atores principais das relações internacionais, os estados. Há uma década, 100 mil destas empresas geravam um quarto do produto interno bruto global⁵. Ainda no plano dos factos, a força económica singular de algumas destas empresas ultrapassa tantas vezes a de muitos estados⁶. O volume de negócios anual de algumas destas empresas é largamente superior ao orçamento anual de muitos dos Estados da sociedade internacional⁷⁻⁸⁻⁹. A consequência incontornável desta grande força

modo não se vê que muitas multinacionais tenham deixado de existir e, menos ainda que se tenda para a sua extinção. É, aliás, sabido que algumas, conheceram picos de rendimento no período auge da pandemia que normalmente é dito constituir o prenúncio do seu fim.

³ A nossa indagação já in Paulo Canelas de Castro, “Globalization and its Impact on International Law: Towards an International Rule of Law?”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2005, ano IX, n.º 20, p. 223-281; e “Globalização e Direito Internacional: Rumo ao Estado de Direito nas Relações Internacionais?”, in AaVv., Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, v. III, Coimbra, 2007, Coimbra Editora, p. 759-824.

⁴ Sobre outras dimensões da globalização, gostamos em especial de D. Held, A. McGrew, D. Goldblatt, J. Perraton (Eds.). *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Stanford, 1999, Stanford University Press, p. 49, ss. e ainda Paulo Canelas de Castro, “Direito Internacional na Era da Globalização: Mudanças de Paradigmas no Sistema Internacional e na Ordem jurídica Internacional”, in Ana Cláudia Nascimento Gomes, Bruno Albergaria, Mariana Rodrigues Canotilho (coord.), *Direito Constitucional. Diálogos em Homenagem ao 80. Aniversário de J.J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, 2021, Fórum, a páginas 952-958.

⁵ UNCTAD, *World Investment Report: Non-Equity Modes of International Production and Development*, 2011, p. 11. Cf. http://unctad.org/en/docs/wir2011_embargoed_en.pdf.

⁶ Na curva dos séculos, das 100 mais importantes economias, metade eram empresas multinacionais, sendo a outra metade Estados. Cf. Anderson e Cavanaugh, *The Rise of Global Corporate Power*, 1996, pp. 10-15.

⁷ J. Mikler, “Global Companies as Actors in Global Policy and Governance”, in J. Mikler (ed.), *The Handbook of Global Companies*, 2013, Wiley-Blackwell, p. 4.

⁸ Um exemplo conhecido era o do Equador, estado onde operava a multinacional Texaco, cujo volume de lucros registados nesse estado, durante vários anos excedeu em 3 vezes o produto interno bruto do estado. Cf. Anderson e Cavanaugh, *The Rise of Global Corporate Power*, 1996, pp. 10-15.

⁹ Um exemplo já datado, do início do século, apontava que a multinacional General Motors tinha um volume de negócios só ultrapassado por 7 Estados, as maiores economias desenvolvidas.

económica evidencia-se num poder de influência muito significativo à escala global. Em particular, os investimentos no estrangeiro de empresas multinacionais, *de facto*, permitem-lhes condicionar significativamente a política interna dos estados de acolhimento, limitando-os nas opções de importantes políticas públicas. Acresce que a sua natureza multinacional lhes dá uma mobilidade peculiar que lhes facilita relacionar-se com os estados em posição privilegiada. Podem nomeadamente, quando olham ao leque dos candidatos estaduais à localização das suas operações, optar por aqueles que ofereçam as condições regulatórias mais favoráveis¹⁰, numa espécie de novel *forum shopping* da globalização. Este seu poder económico e político, agrava a dificuldade generalizada que os Estados sentem, particularmente os estados de acolhimento, se não mesmo incapacidade, em controlar tais empresas, na sua dinâmica de funcionamento. Essa dificuldade, quando não incapacidade, explica-se por a natureza multinacional destas empresas ser dissonante com o Direito candidato à regulação, que é nacional, estadual. Junta-se-lhe a escassa vontade de o fazerem alguns Estados, devido à influência neles exercida por essas empresas, e ainda a de não poucos Estados de origem, beneficiários também dos resultados económicos do grupo.

Não se estranhará por isso que se olhe crescentemente para o Direito Internacional como *locus* jurídico alternativo para uma desejada regulação eficaz do funcionamento destas empresas multinacionais. Particularmente, quando o Direito Internacional aparece, crescentemente, como uma nova ordem jurídica internacional, com significativas mutações, mas também constâncias, e parece revelar-se capaz de adotar veras mudanças de paradigmas adequadas a esta era da globalização¹¹.

¹⁰ Tania Voon, descreve assim alguns dos problemas: “usam trabalhadores em países com custos de trabalho reduzidos, localizam as fabricas em países com fraca regulação ambiental e geralmente distribuem trabalho, riqueza, pessoas e produtos de acordo com fatores como geografia, subsídios locais, qualidade da infraestrutura, etc. . Vide T. Voon, “Multinational Enterprises and State Sovereignty under International Law”, *Adelaide Law Review*, 1999, p. 232.

¹¹ Ao longo dos anos, sob ângulos diversos, e relativamente quer ao Direito Internacional geral, quer aos seus regimes particulares, num trabalho do que talvez se pudesse designar de “sismografia jurídica”, temos tentado rastrear e fazer um mapa destas mutações profundas, mas também das constâncias, que, no conjunto, por vezes constituem veras mudanças de paradigmas do Direito Internacional, interpelado por uma nova realidade estrutural (*notius*, a globalização) mas também pela assunção de, igualmente estruturantes, opções teleológicas e axiológicas que acabam por moldar *ex novo* os seus institutos e regimes, ou conferir-lhes sentidos outros, fruto de um trabalho interpretativo e reconstrutivo inovador. De entre estes textos, com notas

de tratamento teórico e documentação bibliográfica de idênticas reflexões sobre o que impele e determina estas mudanças, notas que podem servir de contexto e base àquelas que aqui se denota para o problema particular identificado em título, permita-se-nos evocar Paulo Canelas de Castro, *Mutações e Constâncias do Direito da Neutralidade*, Coimbra, 1994, policopiado; “Da não intervenção à intervenção: o movimento do pêndulo jurídico perante as necessidades da comunidade internacional”, in IDN, *A Ingerência e o Direito Internacional XIV Jornadas IDN-CESEDEN*, Lisboa, 1995, Europress, p. 77-129; “De quantas Cartas se faz a paz internacional?”, in Antunes Varela, D. Freitas do Amaral, J. Miranda, J. J. Gomes Canotilho (Ed.). *Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, Portugal, 1999, p. 1005-1060; “A intervenção armada e o Caso do Kosovo – Novos Elementos para a Construção de uma Nova Ordem Internacional?”, *Nação e Defesa*, 2001, n. 97, p. 75-134; “Intervenção Humanitária e Assistência Humanitária no Pós-Guerra Fria: lembrança do passado e esperança num futuro mais humano?”, *BFDUM*, 2003, v. 15, p. 165-187, nomeadamente sobre os problemas da arquitetura global da nova ordem jurídica internacional pós-II Guerra Mundial e a questão nuclear da utilização da força nas relações internacionais. Já em olhar centrado no Direito Internacional do Ambiente, do Direito Internacional do Mar e do Direito Internacional da Água, mas contendendo por vezes, com ouros regimes, como o dos Direitos Humanos, vide Paulo Canelas de Castro, “Mutações e Constâncias do Direito Internacional do Ambiente”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, 1994, n.º 2, p. 145-183; “Sinais de (nova) Modernidade no Direito Internacional da Água”, *Nação e Defesa*, 1998, n.º 86, 101-129; “The Judgment in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project: Positive Signs for the Evolution of International Water Law”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1997, v. 8, p. 21-31; “Para que os rios unam: um projecto de Convenção sobre a cooperação para a protecção e a utilização equilibrada e duradoura dos cursos de água luso-espanhóis”, Universidade Autónoma de Lisboa, *Portugal – Espanha: O que separa também une*, Lisboa, 1997, UAL, p. 53-90; “Sinais de (nova) Modernidade no Direito Internacional da Água”, *Nação e Defesa*, 1998, n.º 86, p. 101-129; “Do ‘Mare Clausum’ ao ‘Mare Commune’? Em busca do Fio de Ariadne através de cinco séculos de regulação jurídica”, *Paper* apresentado na Conferência “Portugal-Brasil: ano 2000”, policopiado, Coimbra, 2000; “Do Mare Liberum ao Mare Commune? As Viçosas Mutações do Direito Internacional do Mar”, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, 2001, vol. 1, pp. 11-20; “New Era in Luso-Spanish Relations in the Management of Shared Basins? The Challenge of Sustainability”, in M. Fitzmaurice, M. Szuniewicz (Ed.). *Exploitation of Natural Resources in the 21st Century*, London, 2003, Kluwer, p. 191-234; “The Future of Water Law: The View Projected by the Epistemic Community”, in *The Permanent Court of Arbitration/Peace Palace Papers, Resolution of International Water Disputes*, The Hague, February 2003, Kluwer, p. 371-416; “Freshwaters-Sea Interface: Emerging International Legal Field?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, 2004, v. 16, p. 179-220; *Recent Developments in Water Law. Principles and Comparative Cases*, Lisboa, 2005, Luso-American Foundation; “Evolução do regime jurídico da relação rio-mar: rumo a um Direito (integrado) das águas?”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, 2005, Ns. 21/22, p. 159-232; “Mudança de Paradigmas no Direito Internacional da Água? As “Regras de Berlim” da Associação de Direito Internacional”, in Carlos Alberto de Bragança (Coord.),

Neste novo movimento, não surpreende que uma primeira questão fulcral seja a do estatuto, não já factual, mas jurídico, destas empresas multinacionais. Como aconteceu com outros atores não estaduais hoje reconhecidos¹², ter-se-á o sistema jurídico global aberto a integrar também estes

5.º Congresso Ibérico, *Gestão e Planeamento da Água – Bacias Partilhadas, Bases para a Gestão Sustentável da Água e do Território – Resumos de Comunicações e Lista de posters*, Lisboa, 2006, FCT, p. 125-126; “Nova Era nas Relações Luso-Espanholas na Gestão das Bacias Partilhadas? Em busca da Sustentabilidade”, in J.J. Gomes Canotilho (org.), *O regime jurídico internacional dos rios transfronteiriços*, Coimbra, 2006, Coimbra Editora, p. 75-144; “Cambiamento dei paradigmi nella legislazione internazionale e europea a tutela delle acque”, *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, 2006, n.º 6, p. 829-853; “Transição de paradigmas no direito internacional da água”, in Luís Veiga da Cunha et al. (Ed.). *Reflexos da Água*, Lisboa, 2007, p. 104-105; “The Global Challenge of Sustainable Water Management: International and European Union Law Responses”, *Soochow Law Journal*, 2008, v. V, n. 2, p. 39-44; “Climate Change and Adaptive Water Management – How Much Adaptation does EU Water Law Need?”, in The World Jurist Association (Ed.). *Addressing Climate Change. A Survey of National and International Law From Around the World*, Bethesda, Maryland, 2010, WJA, p. 138-148; “A solução pacífica de litígios internacionais relativos à água”, in J. Miranda, J.J. Gomes Canotilho, J. de Sousa Brito, M. Nogueira de Brito, M. Lima Rego, P. Múrias (Ed.). *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra, 2012, Almedina, v. II; “Trends of Development of International Water Law”, *Beijing Law Review*, 2015, v. 6, n. 4, p. 285-295; “Regional responses to the global water crisis: the EU and SADC experiences compared”, in F. Laursen (Ed.). *The EU and Federalism Politics and Policies Compared*, 2016, Routledge; *Mutações e Constâncias do Direito Internacional da Água. Mudanças de Paradigmas*, Coimbra, 2016, policopiado; “Revisitação da Convenção sobre Cooperação para a Proteção e o Aproveitamento Sustentável das Águas das Bacias Hidrográficas Luso- Espanholas, Vinte Anos Depois: Um Balanço do Regime da Gestão das Águas Partilhadas”, in L. Miguez Macho, J. Sanz Larruga (Ed.). *Instrumentos Jurídico-Administrativos de Cooperación entre España y Portugal en la Gestión de los Recursos Naturales*, Santiago de Compostela, 2020, Andavira Ed., p. 195-248; e, na intersecção do Direito Internacional da Água, com o Direito Internacional Económico e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, Paulo Canelas de Castro, “A água e o Direito do comércio internacional: que relação?”, in F. Alves Correia, J.E.M. Machado, J.C. Loureiro (Eds.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. IV. *Administração e sustentabilidade: entre risco(s) e garantia(s)*, 2012, Coimbra Editora; *Mutações e Constâncias do Direito Internacional da Água. Mudanças de Paradigmas*, Coimbra, 2016, policopiado, p. 350- 351; “O Direito Humano à Água à luz do Comentário Geral n. 15 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, da Organização das Nações Unidas”, *Revista Internacional da Língua Portuguesa*, 2009, n. 22, p. 26; e “Towards the harmonization of the human right to water with the protection of international investments in the context of the processes of privatization of water services? – A new development in International Water Law?”, *Soochow Law Journal*, 2016, v. XIII, n. 1, p. 43-57.

¹² Fazemos um primeiro rol de alguns destes progressos para os novos atores do Direito Internacional na era da globalização in Paulo Canelas de Castro, “Direito Internacional na Era da

atores não estaduais, tão relevantes na globalização, que são as empresas multinacionais? Terão as empresas multinacionais, hoje, direitos e até deveres que as configurem como sujeitos da ordem jurídica internacional¹³, questão que até há pouco tempo se respondia com unânime denegação?

E, mais amplamente, que desenvolvimentos normativos principais tem o Direito Internacional conhecido, constitutivos de resposta, seguramente inacabada, meramente emergente, em construção, aos cuidados comuns¹⁴ que sobretudo alguns aspetos negativos ou danosos da atuação destes “ambivalentes” atores tão factualmente relevantes suscitam¹⁵, por contraposição com os benefícios que as suas atividades também proporcionam¹⁶?

Globalização: Mudanças de Paradigmas no Sistema Internacional e na Ordem jurídica Internacional”, in Ana Cláudia Nascimento Gomes, Bruno Albergaria, Mariana Rodrigues Canotilho (eds.), *Direito Constitucional. Diálogos em Homenagem ao 80. Aniversário de J.J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte, 2021, Fórum, pp. 964-991.

¹³ Uma das dimensões da subjetividade, aqui perfunctoriamente equacionada com personalidade jurídica internacional, como fazem tantos dos Autores. Que se debruçaram sobre o tema vertente Mais genericamente, contudo, admita-se que não há necessária coincidência entre as questões da personalidade jurídica (tem-na quem for titular de direitos e destinatário de deveres no quadro do Direito Internacional; cf. A. Verdross e B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. ed., Berlin, 1984, Duncker & Humbolt, p. 221-222; K. Hailbronner, “Der Staat und das Einzelne als Völkerrechtssubjekte”, in W.G. Vizthum (Ed.), *Völkerrecht*, Berlin, 1997, p. 180) e da subjetividade jurídica, embora haja efetiva relação entre as noções. Se a condição de sujeito supõe a personalidade, não parece que a inversa possa ser tida por verdadeira: a personalidade é aptidão para ser sujeito de direito. Esta doutrina é, contudo, contestada por alguns jusinternacionalistas, que antes entendem que as noções respeitam à mesma realidade, que os termos são sinónimos, podendo ser utilizados indiferenciadamente. Neste sentido, exemplarmente, C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, in J. Makarczyk (Ed.), *Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski: Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, The Hague, 1996, Kluwer, p. 148.

¹⁴ O conceito de “cuidado comum” (*common concern*) constitui instrumento heurístico para abordar problemas de dimensão e relevância globais. Dinah Shelton, por exemplo, equaciona “questões de cuidado comum com aquelas que inevitavelmente transcendem as fronteiras de um estado só e requerem ação coletiva em resposta”. Cf. D. Shelton, “Common Concern of Humanity”, *Environmental Law and Policy*, 2009, 39/2, p. 83.

¹⁵ Comumente, as queixas centram-se em condições de trabalho, violações de direitos humanos em geral, atividade criminal e danos ambientais.

¹⁶ A. Gatto, *Multinational Enterprises and Human Rights: Obligations under EU Law and International Law*, 2011, Elgar, p. 4, aponta os contributos para o desenvolvimento económico e tecnológico das sociedades de acolhimento, dando como exemplos infraestruturas relevantes, nomeadamente hospitais e parques habitacionais modernos. Entre outros impactos positivos,

1. Noção de empresa multinacional

Este Direito Internacional em construção não contém uma definição estabelecida de empresa multinacional. Recentes instrumentos normativos¹⁷ que desenvolveram o regime jurídico-internacional das empresas multinacionais também se abstiveram de trazer esclarecimento à questão. A resposta tem por isso que se procurar na realidade, no esforço de concetualização doutrinal, e no direito interno.

Colhendo nesta pluralidade de fontes¹⁸, empresa multinacional pode ser definida como “um grupo de empresas de diversa nacionalidade unidas por laços de titularidade comum, cujas atividades, à escala do grupo, que pode mesmo ser mundial, se desenrolam em Estados vários, muitos deles diversos daquele em que a empresa central ou mãe foi estabelecida, e respondem a uma estratégia comum de gestão”. Num tal grupo, as empresas subsidiárias ou empresas-filhas localizam-se em diversos Estados de acolhimento, mas estão sujeitas às instruções de uma empresa-mãe ou central, localizada no Estado da sede ou Estado do domicílio.

Certo é que, de um ponto de vista jurídico, as empresas multinacionais não são empresas internacionais. São outrossim conjuntos de empresas nacionais, que, em função do seu objeto social se localizam e sujeitam a várias ordens estaduais, a várias jurisdições nacionais. Nesta característica, as empresas multinacionais diferenciam-se claramente desse outro tão importante sujeito do Direito Internacional moderno, que são as Organizações Internacionais. Estas têm hoje inquestionável direito de cidade no Direito Internacional contemporâneo, como resulta, desde logo, do célebre Parecer de 1949 sobre *Reparações ao Serviço das Nações Unidas* do Tribunal Internacional de Justiça¹⁹. Diversamente, as empresas que atuam globalmente são,

de acordo com o *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights. An Introduction*, podem contar-se ainda os de crescimento do acesso ao trabalho e a melhoria de serviços públicos.

¹⁷ Por exemplo, os *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* de 2011 ou o Guia Interpretativo “The Corporate Responsibility” (“A Responsabilidade Empresarial”) produzido pelo Gabinete do Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Cf. OHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretative Guide*, New York, 2012, UM.

¹⁸ Por exemplo, recolhemos bons elementos in I. Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law*, Cambridge, 1987, Grotius e P. T. Muchlinski, “Corporations in International Law, *Max-Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford, 2014, Oxford University Press.

¹⁹ Cf. *ICJ Reports*, 1949, p. 179.

tipicamente, pessoas jurídicas ou pessoas coletivas constituídas de acordo com o direito comercial nacional do Estado onde se constituem. Enquanto a regulação jurídica fundamental das Organizações Internacionais é claramente constituída pelo Direito Internacional, a das empresas multinacionais era, tradicionalmente, e é ainda, fundamentalmente, feita pelos direitos internos relevantes. O problema a que a globalização veio a emprestar reconhecimento de necessidade é o da deseabilidade de tal regime ser complementado por um regime de Direito Internacional.

2. Primórdios: a questão da personalidade jurídica internacional das empresas multinacionais

A evolução histórica do Direito internacional sobre empresas multinacionais que se tem vindo a desenhar no mundo contemporâneo, posterior à II Guerra Mundial²⁰, e, mais acentuadamente até, desde o fim da década de oitenta no século XX, em que o fim da guerra fria parece liberar forças e energias antes reprimidas pelo opressivo conflito global, é um processo complexo, dificultado pela incerteza conceptual que durante tanto tempo resultou de um debate primeiro sobre o Direito das empresas multinacionais se ter centrado na aplicação da doutrina da personalidade jurídica internacional²¹.

O problema, que persistentemente se colocou como espécie de questão prévia a sequer indagar sobre a relação do Direito Internacional com as empresas multinacionais foi a subjetividade destas empresas para o Direito Internacional (questionava-se se estas empresas multinacionais eram sujeitos de direito ou se tinham (e até se é desejável que tenham) personalidade jurídica internacional²². Mais simplesmente, a questão redundava em saber

²⁰ Sobre este apenas aqui versaremos. Quanto à História precedente, *vide* C. T. Carr (ed.), *Select Charters of Trading Corporations: AD 1530-1707*, London, 1913, Selden Society; M. Schmitthoff, "The Origin of the Joint Stock Company", *University of Toronto Law Journal*, 1939-1940, 3, pp. 74-96; R.E. Tindall, *Multinational Enterprises: Legal and Management Structures and Interrelationship with Ownership, Control, Antitrust, Labor, Taxation and Disclosure*, New York, 1975, Oceana.

²¹ Neste sentido também, R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, 2010, Cambridge University Press, pp. 280-281.

²² Assim aconteceu, com raras exceções, na doutrina jusinternacionalista, até ao século XXI, como se ilustra exemplarmente com a evocação de jusinternacionalistas tão influentes como Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1994, pp. 57-60 e A. Cassese, *International Law*, 2001, p. 46.

se estas empresas gozam de direitos e cumprem com responsabilidades e deveres ao abrigo do Direito Internacional²³.

A resposta fez-se de modo algo concetualista. A opinião clássica, largamente dominante no seio dos cultores da disciplina, mesmo aqueles que, normalmente, nela defendem posições progressistas, como Antonio Casse-se, foi a de que o Direito Internacional é fundamentalmente, um conjunto de normas de e para Estados, para as relações interestaduais²⁴. Da constatação axiomática de que os Estados são os sujeitos típicos de Direito Internacional, fazia-se decorrer, por contraste, que as empresas multinacionais não têm direitos ou obrigações no quadro internacional. A inferência é a de que as empresas multinacionais não têm personalidade jurídica internacional. Poucos cuidam de indagar se podem ter.

Ainda o denegava, mais para o fim do século XX, a, contudo mais funcionalmente (político-socialmente) orientada, “escola de New Haven”²⁵. Embora começando por denotar que as empresas são atores independentes poderosos, os membros desta linha doutrinal de Direito Internacional, mais focados em apreender o efetivo processo de construção do Direito²⁶, concluem que as empresas multinacionais não têm competência para fazer Direito Internacional.

Os escassos Autores que, nesta senda, vão mais longe, aventam que a personalidade jurídico-internacional de empresas multinacionais dependeria de reconhecimento, constitutivo, dos sujeitos (primários) da ordem internacional, dos Estados no seu conjunto²⁷. Contudo, a prática interna-

²³ R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, 2010, Cambridge University Press, pp. 7-12.

²⁴ Ecoam a fórmula de J. Bentham, no seu *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Hart, 1970, p. 296, segundo o qual Direito Internacional só governa “as transações mútuas entre soberanos”.

²⁵ Cf. M. McDougal, H. Lasswell e M. Reisman, “The World Constitutive Process of Authoritative Decision”, *Journal of Legal Education*, 1996, v. 19, p. 253 e, de algum modo também, na sua senda e refletindo a sua inspiração, R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, 1994, Clarendon Press, p. 50.

²⁶ Nesta linha de pensamento, R. Higgins chega a dizer que não interessa o debate sobre a subjetividade. Cf. R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, London, 1984, Clarendon Press, p. 49.

²⁷ K. Nowrot, “Reconceptualising International Legal Personality of Influential Non-State Actors: towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities”, in <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Nowrot.PDF>.

cional antes evidenciaria que estes, independentemente da sua orientação ideológica e da correspondente política jurídico-internacional²⁸, não revelam vontade e têm mesmo enorme relutância em atribuir-lhes personalidade jurídica internacional.

A esta abordagem, estrita ou predominantemente doutrinal e formalista, que caracterizou e ainda hoje tem importante impacto junto de muito consagrados Autores, a respeito do Direito Internacional no domínio, segundo a qual as empresas não eram sujeitos de Direito Internacional²⁹, parecia corresponder também o Direito Internacional positivo, *notius* o Direito Internacional consuetudinário: se de interesses das empresas multinacionais se podia falar e, em hipotética ousadia, de algum direitos subjetivos das empresas, eles eram acidentais, escassos. Ademais, estimava-se como improvável qualquer sua proteção jurídica; quando muito, ela seria tibia.

Assim, perante uma lesão de interesses das empresas multinacionais, e justamente porque falta, de princípio, uma personalidade internacional formal das empresas, o único meio disponível para a apresentação de queixa contra o Estado violador de tais interesses, no plano internacional e de acordo com o direito internacional geral, é o instituto da proteção diplomática. Esse interesse da empresa só será prosseguido se se der a intervenção do Estado que possa fazer proteção diplomática da empresa; ou seja, o Estado do qual a empresa é nacional.

Na realidade das coisas, contudo, a proteção diplomática é um mecanismo repleto de limitações, que pouco valor prático poderia ter como meio de, por exemplo, resolver um litígio de investimento com o Estado de acolhimento. Estas dificuldades resultam, desde logo, da natureza discricionária do instituto: a proteção diplomática depende de contingente vontade estadual. Ora, vários fatores, bem diversos do interesse da empresa, a podem influenciar. A reivindicação estadual estará, a final, sempre sujeita a considerações predominantemente estaduais; por exemplo, sobre o impacto de

²⁸ Evocamos, e reformulamos, o clássico conceito de Guy de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, 1983, Economica.

²⁹ Mas, a estas leituras, contrapunham outros apelos a que o Direito Internacional abandone regras antes sacrossantas, mas justamente enraizadas no passado, e antes se adapte a novas condições sociais emergentes. Este movimento de apelo a um outro Direito Internacional mais justo e atento a uma nova realidade social encontra eco em alguma jurisprudência, como, por exemplo, a dos Casos do *Sudoeste Africano*, *ICJ Reports*, 1966, para 49; Caso *Barcelona Traction, Light and Power Co. (Belgium v. Spain)*, *ICJ Reports* 1970, para. 37.

tal iniciativa nas relações internacionais do estado em causa. A prática demonstra que algumas destas considerações relevantes tendem até a inibir a ação estadual, como acontece com o famoso síndrome da estufa de vidro. Acresce que, mesmo quando se verifique a existência de vontade estadual, esta poderá estar subordinada a outros objetivos políticos prosseguidos pelo Estado protetor. A esta primeira, fundamental limitação da utilidade para a empresa do instituto, outras restrições se juntam. Assim, mesmo que o Estado se decida sobre o *an* da atuação, assumindo a reivindicação da empresa da sua nacionalidade, esta reivindicação no quadro jurídico-internacional aparece como reivindicação do Estado. É como se ocorresse uma ficção jurídica, se se considerar que o titular do direito primário que dá origem à reclamação é outro que não o Estado. A esta ficção jurídica acresce o facto de o direito internacional conferir ao Estado nacional uma ampla margem de discricionariedade na atuação da sua vontade de proteção diplomática. Esse Estado não tem a obrigação de prosseguir com a reivindicação da empresa multinacional ou de reivindicar os direitos da empresa da sua nacionalidade *qua tale*, antes pode fazê-lo do modo (*quomodo*) e até no *quantum* que entenda oportunos. Além disso, o Estado protetor não precisa sequer de transmitir à empresa multinacional requerente de proteção diplomática qualquer reparação ou indemnização que eventualmente venha a receber do Estado requerido. Poder-se-á, em tal caso, sustentar que há um dever, nesse sentido³⁰. Porém, esse não é um dever jurídico. Consequentemente, e em suma: não há garantia de que, uma vez iniciada, uma reclamação internacional apresentada pelo poder protetor da empresa multinacional, o instituto se comprove equivalente ao de um remédio efetivo para a empresa multinacional reclamante.

Acresce uma outra limitação, ‘a montante’: antes que qualquer direito à proteção diplomática possa surgir, a empresa requerente deve esgotar todos os recursos locais efetivos dentro do sistema jurídico nacional do Estado requerido. Só nos casos em que tais recursos se comprovem não eficazes, é que a empresa multinacional queixosa poderá passar a habilitar o Estado de nacionalidade que esteja disponível a acionar o mecanismo da proteção diplomática³¹.

³⁰ Cf. P. T. Muchlinski, “Corporations in International Law”, *Max-Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford, 2014, Oxford University Press.

³¹ *Vide*, fundamentalmente, os trabalhos de A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts”, *AVR*, 1977, vol. 17, pp. 333-370;

No conjunto, o regime do instituto proteção diplomática evidencia, pois, e sob diversos ângulos, a natureza precária desta proteção. Vinca também o papel meramente suplementar que o Direito Internacional desempenha na regulação de litígios entre empresas estrangeiras, ou, a montante, os indivíduos acionistas/sócios, e os Estados de acolhimento.

A estas dificuldades acresce a dificuldade que diz respeito ao estabelecimento de uma ligação de nacionalidade entre o requerente e o poder estadual protetor. Na ausência dessa ligação, o poder estadual protetor não tem o direito, no Direito Internacional, de intervir em nome do reclamante. Isto causa dificuldades particulares quando o requerente é uma empresa multinacional, dada a possibilidade de a empresa estar ligada a mais do que um Estado, devido ao carácter internacional das suas operações, e dadas as diferentes nacionalidades da empresa-mãe e das suas filiais no estrangeiro. A nacionalidade é normalmente determinada pelo local da constituição da empresa. Em teoria, também poderia ser determinada por referência à sede principal da atividade comercial (critério da sede) ou a nacionalidade do controle principal. Acontece, porém, que a aplicação destes dois outros critérios, no quadro do Direito Internacional, foi rejeitada pelo Tribunal Internacional de Justiça em dois casos em que o Estado da nacionalidade de acionistas pretendeu deduzir ação: o caso *Barcelona Traction*, julgado em 1970³², e o caso *Diallo*, julgado em 2007, quanto às objeções preliminares³³, e em 2010, quanto ao mérito³⁴⁻³⁵.

Para além deste nível de análise, o carácter internacional da participação acionista numa empresa multinacional pode também criar problemas a que o interesse da empresa, por outra via que não a, directa, do ente empresa, impossibilitada quando neste quadro se não reconhece personalidade

“Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases. The Practice under the European Convention on Human Rights”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht, Neue Folge*, 1978, vol. 29, pp. 211-231; “The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule”, *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1978, vol. 65, pp. 157-176; *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, 1983.

³² *Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd (Belgium v Spain) (Second Phase)*, ICJ Reports, 1970, 3.

³³ *Ahmadou Siado Diallo (Guinea v Democratic Republic of Congo) (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 2007, 26.

³⁴ *Ahmadou Siado Diallo (Guinea v Democratic Republic of Congo)*, ICJ Reports 2010, 20.

³⁵ Sobre o assunto, com análise das sentenças na perspetiva do seu significado para o tema vertente, por todos, P. T. Muchlinski, “Corporations in International Law”, *Max-Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford, 2014, Oxford University Press, nos pontos 18 a 20.

jurídica à empresa, mas antes a do patrocínio da queixa pelos acionistas na empresa. Teria de se derrogar à regra, contudo geral, de que se não levanta o véu da empresa (*corporate veil*). O que os mencionados casos *Barcelona Traction* e *Diallo* julgados pelo Tribunal Internacional de Justiça justamente evidenciaram é que no Direito Internacional geral, a regra que proíbe o levantamento do véu empresarial só conhece contadas exceções: quando a empresa está em dissolução, e por isso incapaz de atuar *eo nomine*, ou, em alguns casos em que o acionista singular é dominante, confundindo-se com a empresa³⁶⁻³⁷.

3. Desenvolvimentos normativos

Esta abordagem, estrita ou predominantemente doutrinal e formalista, da qual resulta a denegação da personalidade jurídica internacional das empresas multinacionais, caracterizou a leitura predominante sobre o Direito Internacional até perto dos nossos dias. Ainda hoje tem importante impacto junto de muitos Autores, como resulta das suas descrições do direito internacional no domínio.

Ela tem, contudo, vindo, mais recentemente, a entrar em diálogo ou contraposição com uma outra abordagem, que se questiona desde logo se faz sequer sentido centrar o problema do estatuto jurídico das empresas multinacionais no problema da personalidade. Diversamente, antes se aventa uma via mais funcionalmente orientada que vê as empresas multinacionais como participantes efetivas no processo de construção e aplicação da ordem jurídica internacional. Foi pioneiro, neste sentido, nomeadamente, e há várias décadas já, Wolfgang Friedmann³⁸. Concorrem neste sentido aqueles que começam por contestar e denegar a impossibilidade de prin-

³⁶ Assim, P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 2nd ed., Oxford, 2007, Oxford University Press, pp. 705-707.

³⁷ Diversamente acontece no quadro dos laudos arbitrais proferidos no âmbito do Centro Internacional para a Solução de Litígios de Investimento (mais conhecido pela sigla em língua inglesa ICSID) ao abrigo da Convenção de Washington sobre a Solução de Litígios de Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados, de 1965. Cf. R. Dolzer e C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, Oxford University Press, pp. 56-59; J. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, capítulo 7; T. Muchlinski, "Corporations in International Law", *Max-Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford, 2014, Oxford University Press, nos pontos 21 a 23.

³⁸ Cf. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Berlin, 1964, p. 230.

cípio a que a personalidade das empresas multinacionais se possa verificar, antes concluindo pela sua admissibilidade³⁹. O movimento doutrinal, que tem vindo a ganhar mais adeptos mais recentemente⁴⁰, começando por vincar que as empresas multinacionais estão presentes e interagem com o sistema internacional e o Direito Internacional, que as empresas multinacionais são efetivos agentes globais⁴¹, e podem e devem ser tidas como participantes na evolução do moderno Direito Internacional, evolui para reconhecer um conspecto crescentemente significativo de direitos⁴² e obrigações às empresas multinacionais e que este crescente conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações, *inclusive* de as empresas acionarem ou participarem em mecanismos judiciais ou arbitrais, assenta, diretamente radica no Direito Internacional, geral ou especial.

Assim, uma tendência que começa por ser mero exercício doutrinal, vem, crescentemente, a transmutar-se em Direito efetivo, ou reforça-se e

³⁹ Exemplarmente, M.T. Kamminga e S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, The Hague, 2000, Kluwer, pp. 139-195.

⁴⁰ A título meramente exemplificativo de uma nova vaga doutrinal que começou a operar o que entendemos ser, neste plano também, uma mudança de paradigmas no tratamento do problema que dá título a este trabalho, *vide* Jonathan I. Charney, “Transnational Corporations and Developing Public International Law”, *Duke Law Journal*, 1983, p. 748, ss., e, mais perto de nós, V. Lowe, “Corporations as International Actors and International Law Makers”, *Italian Yearbook of International Law*, 2005, XIV, pp. 23-38; R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, 2010, Cambridge University Press, pp. 280-81; J. Alvarez, “Are Corporations “Subjects” of International Law?”, *Santa Clara Journal of International Law*, 2011, vol.9, pp. 1-35; V. Chetail, “The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward”, in D. Alland, V. Chetail, O. de Frouville e J.E. Vinuales (eds.), *Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Prof. Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, 2014, Nijhoff, pp. 105-130.).

⁴¹ Nesta medida, as empresas multinacionais não são mais mera *res publica* de Estados individuais, como sustenta, denodada, mas também algo anacronicamente, K.A Schachtschneider, mas antes *res publica* da contemporânea comunidade internacional e dos povos. O estatuto privilegiado que se lhes dá no mundo global justifica-se ou radica na juridificação do capital global e no reconhecimento internacional, mas também na crescente (assunção da necessidade de) regulação do seu consabido poder económico e político internacional, global.

⁴² Por exemplo, proteção jurídico-internacional, por tratados, dos investimentos diretos, inclusive com reconhecimento de direitos de ação judicial internacional; da liberdade de circulação de capital, a que acresce, *de lege lata*, um emergente direito de hospedagem (*Gastrecht*) do investimento; bem como de alguns direitos dos regimes de Direitos Humanos (garantias processuais, garantia de propriedade). *Vide infra*, mais detalhadamente *in texto*, também com outros exemplos.

escora-se, cada vez mais, em desenvolvimentos normativos mais recentes, quer gerais quer decorrentes de regimes particulares.

Estes progressos do Direito Internacional com impacto sobre o problema inicial do estatuto das empresas multinacionais têm uma dupla base normativa principal: baseiam-se em tratados⁴³ e também em instrumentos de “direito mole” (*soft law*).

Regista-se sobretudo em ramos especiais do Direito Internacional. Desde logo, no domínio jurídico-internacional especial da proteção dos investidores estrangeiros e seus investimentos. Verifica-se também na área dos direitos humanos, onde se documenta uma tendência para aceitar a responsabilização das empresas multinacionais pelos direitos humanos⁴⁴. Documenta-se igualmente no domínio do direito internacional do ambiente, onde se divisam novas regras de responsabilidade ambiental que se aplicam às empresas quer indiretamente através do direito nacional, quer, diretamente, através de obrigações previstas por tratados internacionais. Por fim, no domínio do Direito internacional penal, começa a aceitar-se a possibilidade da responsabilidade criminal das empresas ao abrigo do direito internacional, no caso de certas violações graves de crimes internacionais, tais como crimes de guerra ou crimes contra a humanidade e tortura⁴⁵, embora, num último minuto, a projetada menção às empresas no Estatuto de Roma tenha sido excluída, não ficando, pois, as empresas multinacionais sujeitas à jurisdição do Tribunal Penal Internacional^{46,47}.

⁴³ Poucos, contudo, tratam das empresas multinacionais diretamente. Destacada exceção é constituída pela Convenção da OCDE de 1997 sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais. Cf. OECD, *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions Adopted by the Negotiating Conference on 21 November 1997*, ILM, 1998, t. 37, pp. 4, ss.

⁴⁴ Em razão dos limites a que este trabalho tem de obedecer, limitar-nos-emos a ilustrar evoluções na matéria com a análise e exemplos destes dois primeiros regimes especiais, reservando para outro artigo a abordagem dos demais.

⁴⁵ Cf. A. Clapham, “The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over a Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court”, in M.T. Kamminga e S. Zia-Zarifi (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, The Hague, 2000, Kluwer, p. 244.

⁴⁶ Cf. A. Clapham, *ibidem*, pp. 146-172 e A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006, Oxford University Press, pp. 245-246.

⁴⁷ O que não equivale a uma isenção completa da sua responsabilização à luz do Direito Internacional penal, como ficou dramaticamente ilustrado no dia do fecho deste trabalho

3.1. Participação no processo de construção e aplicação do Direito Internacional

A abordagem mais recente e funcionalmente orientada, embora não colhendo unanimidade junto de destacados jusinternacionalistas⁴⁸, afirma que as empresas multinacionais são participantes no processo do direito internacional, sendo esse um primeiro passo para as estabelecer como sujeitos. Denega-se complementarmente a necessidade de um exercício centrado na teórica verificação da personalidade internacional das empresas multinacionais., ou denuncia-se a sua vacuidade ou os vícios teóricos no mesmo. Assim, por exemplo, R. Higgins, que explicitamente defende que o debate sobre a subjectividade jurídica internacional das empresas é falho de “*sentido funcional*”⁴⁹. Sendo o Direito Internacional um processo, o que deve ser objeto de atenção é verificar se os atores, e que atores participam no processo do Direito internacional, ainda que a níveis diversos.

(18/10/2022), com a notícia de abertura da BBC da condenação da empresa cimenteira francesa Lafarge por atividades da sua subsidiária na Síria em 2011 de apoio ao Estado Islâmico e outros grupos terroristas, para mais após o Conselho de Segurança das Nações Unidas ter emitido resolução exortando os estados membros da Organização a proibir a realização de negócios com o Estado Islâmico. Cf. [https://www.bbc.com/news/business-63305371?xtor+AL-72-%5Bpart...3-\[BBC%20Newsletter\]-2022\)october18-\[top+news+stories\]](https://www.bbc.com/news/business-63305371?xtor+AL-72-%5Bpart...3-[BBC%20Newsletter]-2022)october18-[top+news+stories]).

⁴⁸ Por exemplo, Nowrot, que explicitamente argumenta que “(..) participação não equivale a atuar na cena internacional de modo juridicamente relevantes e por isso não implica o estatuto de sujeito de direito internacional. Pelo contrário, a personalidade jurídica internacional requer uma qualquer forma de aceitação comunitária medida pela atribuição de direitos e/ou obrigações de direito internacional à entidade em questão”. Cf. K. Nowrot, “Reconceptualising International Legal Personality of Influential Non-State Actors: towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities”, in <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Nowrot.PDF>. Vide ainda K. Nowrot, “International Legal Personality of Influential Non-State Actors: Towards a rebuttable Presumption of Normative Responsibilities”, *Philippine Law Journal*, 2006, vol. 80:2, pp. 563-586. Concorre com a rejeição desta posição, como se viu, A. Cassese, que sustenta que se não pode confundir a existência na ordem jurídica internacional de um conjunto de normas jurídicas internacionais que beneficiem as empresas com a decisiva atribuição ou reconhecimento de direitos ou obrigações no quadro do Direito Internacional, o que, como vimos, rejeita. Cf. A. Cassese, *International Law in a Divided World*, 1986, Clarendon, p. 103. Na mesma linha se situa P. Malanczuk, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law.*, 1997, Routledge, p. 100, que também diferencia a possibilidade de as empresas serem beneficiárias de regras de direito internacional de serem titulares de direitos, comparando a situação às “*leis que proibem o tratamento cruel de animais que não criam direitos para os animais*”.

⁴⁹ R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, London, 1984, Clarendon Press, p. 49.

Notam alguns destes Autores, por exemplo, que as empresas celebram contratos com os Estados. Fazem também reivindicações, mesmo que por intermédio de estados, com o objetivo de maximizar certos valores que efetivamente moldam o Direito internacional económico hodierno como, por exemplo, a equidade e a previsibilidade nas transações comerciais internacionais⁵⁰. Nesta perspetiva, a questão ou mesmo a comprovada falta de personalidade jurídica formal é irrelevante, uma vez que as ações destes atores não-estatais resultam em consequências jurídicas reais a nível internacional⁵¹. O que importa é a eficácia do processo: por exemplo que, em relação aos direitos humanos, qualquer entidade efetivamente se veja impedida, ou se abstenha de violar tais direitos ou de assistir os Estados na perpetração de tais violações. J. Klabbers chega mesmo a inverter o raciocínio clássico, arguindo que *“a personalidade não é de modo algum um limiar que tenha que ser franqueado antes de uma entidade possa participar nas relações jurídicas internacionais; pelo contrário, uma vez que uma entidade efetivamente participe pode-se descrevê-lo com utilidade como evidenciando um grau determinado de personalidade jurídica internacional”*⁵².

3.2. Acordos empresas multinacionais-Estados de acolhimento

Um primeiro passo neste caminho doutrinal-normativo assenta no reconhecimento de que as empresas multinacionais contribuem, direta ou indiretamente, para a feitura de regras internacionais, o que deve ser tido como primeiro indicador e justificação para se lhes reconhecer personalidade jurídica internacional parcial.

Um primeiro elemento importante neste sentido é o facto de, desde há muito também, as empresas multinacionais celebrarem contratos ou acordos com Estados de acolhimento para nestes sediar os seus investimentos e propiciar o desenvolvimento ambicionado por estes Estados. A ideia de eficácia pode explicar o facto de os Estados terem celebrado acordos de proteção do investidor, uma vez que se pode dizer que tais acordos contribuem para um bom ambiente de investimento. Na medida em que celebram acordos com governos estrangeiros, defendem jusinternacionalistas como

⁵⁰ *Ibidem*, p. 50.

⁵¹ *ssim, notius*, A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006, Oxford University Press, pp. 199, ss.

⁵² J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2a ed., Cambridge, 2009, Cambridge University Press, p. 52.

W.G. Friedmann⁵³; C. W. Jenks⁵⁴; D.A. Ijalaye⁵⁵, as empresas multinacionais devem ser tidas como sujeitos do direito internacional.

Estes contratos e acordos e a conseqüente relação de muitos Estados, porventura anteriormente reticentes, com as empresas multinacionais, vão tornar-se muito mais numerosos e intensos com a evolução do contexto mundial trazida pela globalização. A. Mahiou indica como fatores importantes nesta evolução a dissolução do bloco internacional de Estados socialistas, o triunfo do modelo liberal de desenvolvimento, o enfraquecimento da solidariedade entre os Estados-Membros do Grupo dos 77 e destaca o efeito de tantos países em vias de desenvolvimento, outrora reticentes em relacionar-se com empresas multinacionais, passarem a fazê-lo com frequência, através destes contratos ou acordos⁵⁶.

Alguma doutrina reconhece mesmo a estes contratos ou acordos, que estão na origem direta de um veio do Direito Internacional que não tem outra razão direta que não sejam estas sociedades transnacionais, a integração na categoria de fontes de Direito Internacional⁵⁷.

Acresce a autoridade de alguma jurisprudência arbitral internacional, nomeadamente representada pelo laudo arbitral no caso *Texaco*⁵⁸, de acordo com a qual um acordo de investimento entre um Estado e uma empresa estrangeira é um contrato internacional sujeito ao Direito Internacional. No conjunto, estas posições e factos são lidos como demonstrativos de, pelo menos, uma personalidade jurídica internacional qualificada das empresas multinacionais.

⁵³ W. G. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, 1964, Stevens, pp. 221-231; e "General Course of Public International Law", 1969, *Recueil des Cours*, t. 127, pp. 121-124.

⁵⁴ C. W. Jenks, "Multinational Entities and the Law of Nations", in W. G. Friedmann (ed.), *Transnational Law in a Changing Society*, New York, 1972, Columbia University Press, p. 70.

⁵⁵ D.A. Ijalaye, *The Extension of Corporate Personality in International Law*, New York, 1975, Oceana, pp. 221-246.

⁵⁶ Cf. A. Mahiou, "Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité: cours général de droit international", *Recueil des Cours*, 2009, v. 337, p. 271.

⁵⁷ *Idem, ibidem*.

⁵⁸ *Award on the Merits in Dispute between Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company and the Government of the Libyan Arab Republic (Compensation for Nationalized Property)*, *ILM*, 1978, vol. 17, pp. 1, ss.

3.3. Participação na adoção de Tratados Internacionais

Acresce que as empresas multinacionais também participam na elaboração de tratados internacionais. A negociação e mesmo a redação dos principais tratados económicos internacionais foi, na realidade factual, muitas vezes, feita sob instigação e com o apoio ou com o envolvimento direto destas empresas. Assim se pode demonstrar, em especial, com o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio, Incluindo Comércio de produtos falsificados (Acordo TRIPS)⁵⁹.

3.4. Autorregulação

O contributo das empresas multinacionais para a construção do Direito Internacional pode ilustrar-se ainda, mais recentemente, com os exemplos de autorregulação, com as regras de “direito mole” ou verde (*soft law*)⁶⁰, ou seja, instrumentos que não pertencem às fontes formais do Direito Internacional. Está em causa, nomeadamente, os códigos de conduta que as empresas multinacionais voluntariamente adotam ou aceitam que as afetem. É neste sentido que se adota, no âmbito das Nações Unidas, o Compacto Global, estabelecendo um decálogo de princípios que devem ser assumidos pelas empresas multinacionais na sua atuação⁶¹. Trata-se de um “pacto” não vinculativo a respeito de direitos humanos, proteção do trabalho, do ambiente e anticorrupção, que encoraja as empresas a adotar, à escala global, práticas e políticas sustentáveis e a cumprir os princípios estabelecidos⁶². Outro exemplo é constituído pelos Princípios Diretores da OCDE dirigidos às empresas multinacionais, de 25 de maio de 2011⁶³.

⁵⁹ Cf. *UNTS*, v. 186, p. 299, ss.

⁶⁰ O conceito de *soft law* respeita a instrumentos que não pertencem às fontes formais do Direito Internacional. Sobre o mesmo e as aceções em que é utilizado, *vide* R. Baxter, “International Law in ‘Her Infinite Variety’”, *ICLQ* 1980, v. 29, p. 549, ss.; R. Ida, “Formation des normes internationales dans un monde en mutation: Critique de la notion de soft law”, in *Le droit International au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, 1991, p. 333, ss.; U. Fastenrath, “Normativity in International Law”, *EJIL*, 1993, v. 4, p. 305-340. Sobre o conceito, quando referido a resoluções da Assembleia-Geral das Nações Unidas, cf. B. Sloan, “General Assembly Resolutions Revisited, (Forty Years After)”, *BYBIL*, 1987, v. 58, p. 39, ss.

⁶¹ Cf. www.unglobalcompact.org.

⁶² Na doutrina, S.v. Schorlemmer, “Der ‘Global Compact’ der Vereinten Nationen”, in S.v. Schorlemmer (Ed.). *Praxishandbuch UNO*, 2003, p. 507, ss..

⁶³ OCDE, *Principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales*, de 25 de maio de 2011. Cf. <http://www.oecd.org>.

3.5. Direitos humanos das empresas multinacionais

A prática jurídica internacional, a par da nacional, igualmente revela que as empresas multinacionais hoje também podem aparecer como titulares de direitos humanos ou de *standards* de proteção de direitos humanos e gozar da correspondente proteção jurídica⁶⁴.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em especial, tem sido palco e garante de questões de proteção de empresas multinacionais no âmbito do regime de direitos humanos. O artigo 34 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em particular, garante esse efeito quando prevê que “*qualquer pessoa, organização não governamental ou grupo de indivíduos*” tem o direito de arguir uma violação de direitos previstos na Convenção junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A referência às organizações não-governamentais abrange claramente a hipótese de empresas multinacionais. E, de facto, a prática do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e jurisprudência daí resultante demonstram que as empresas em geral, e efetiva ou potencialmente também empresas multinacionais gozam de direitos como o de um processo justo e público por tribunal independente e imparcial⁶⁵, direito de acesso a justiça⁶⁶, direito de tratamento processual imparcial⁶⁷ e direito de liberdade de expressão⁶⁸.

Esta prática e jurisprudência também evidenciam que estes direitos e a proteção correspondente envolvem ou podem envolver algumas diferenças em relação àqueles que as pessoas individuais titulam e como se estabelece a relação entre a empresa e as pessoas individuais acionistas.

O problema decorre justamente da forma jurídica da empresa, que define uma separação entre o ente empresarial e os seus titulares individuais. À luz desta fundamental diferença, quem é que se pode dizer titular dos direitos violados, ‘vítima’ desta violação de direitos humanos? Questão primeira que se coloca a tribunal de direitos humanos confrontado com tal problema é a de determinar se é a própria empresa que sofre a violação de determinado direito humano (de propriedade, por exemplo) ou se são os

⁶⁴ P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 2nd ed., Oxford, 2007, Oxford University Press, pp. 509-514.

⁶⁵ *V.g. Sovtransavto Holding c. Ucrânia*, TEDH, 2002-VII, 95.

⁶⁶ *Silvester’s Horeca Service c. Bélgica*, App n. 47650/99.

⁶⁷ *Dombo Beheer B.V. c. Países Baixos*, TEDH, 1993, Serie A, n. 274.

⁶⁸ *Sunday Times c. Reino Unido*, TEDH, 1979, Serie A, n. 30.

direitos dos acionistas que estão em causa. De acordo com princípios gerais de direito das empresas será invulgar que o véu empresarial seja levantado e que os acionistas possam reivindicar direitos de ação diretamente, sempre que a empresa seja a entidade principalmente afetada pelo alegado dano. É, pois, à empresa que cabe agir judicialmente. No âmbito da matéria dos direitos humanos podem, contudo, surgir diferenças. A natureza do dano em causa pode ser tal que se deva concluir que a principal vítima são na realidade as pessoas físicas ou individuais que “se escondem” por trás da forma societária. Não é por isso impensável que em casos de violação de direitos humanos, os sócios ou acionistas possam atuar conjuntamente com a empresa ou no seu lugar. Em alguns casos, no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a então Comissão Europeia dos Direitos do Homem admitiu que uma empresa pudesse aparecer como mero “veículo” pelo qual um sócio faz negócio, permitindo uma ação direta deste, na condição de o sócio ser sócio maioritário e demonstrar interesse direto no objecto da acção. Assim, por exemplo, nos casos *Yarrow c. Reino Unido*, em 1983⁶⁹, *Pine Valley Developments Ltd c. Irlanda*, em 1991⁷⁰, *Agroxetim Hellas SA e Outros c. Grécia*, em 1992⁷¹⁻⁷². Mas já relativamente às ações deduzidas ao abrigo do artigo 1 do Primeiro Protocolo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que protege o livre gozo da propriedade, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos limitou uma tal abordagem, recusando mesmo proceder ao levantamento do véu em benefício dos sócios, quando estejam em causa os direitos de propriedade da própria empresa. Assim, desde logo, na sua decisão de 1995 sobre o já referido caso *Agroxetim e Outros c. Grécia*⁷³. Há também jurisprudência mais recente do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que parece demonstrar que relativamente a outros direitos protegidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, se não permite a identificação de ações da empresa e dos sócios⁷⁴.

⁶⁹ *Yarrow c. Reino Unido*, App 9266/81, DR, 1983, 30, 155.

⁷⁰ *Pine Valley Developments Ltd c. Irlanda*, TEDH, 1991, 14, 319.

⁷¹ *Agroxetim Hellas SA e Outros c. Grécia*, App 14807/89, DR, 1992, 72, 148.

⁷² Vide a análise de M. Emberland, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford, 2006, Oxford University Press, pp. 99-104.

⁷³ Cf. TEDH, série A, 1995, n. 330-A.

⁷⁴ M. Emberland, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford, 2006, Oxford University Press, pp. 77-79.

3.6. Direitos das empresas multinacionais no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos

A estes direitos das empresas multinacionais acrescem os que resultam do regime internacional de proteção de investimentos decorrente do desenvolvimento normativo das últimas décadas. Ele explica-se pela globalização e dá resposta as expectativas que ela gerou. Assim aconteceu também porque, como o Tribunal Internacional de Justiça constatou no Caso *Barcelona Traction*⁷⁵ não existia um direito consuetudinário de tratamento do investimento estrangeiro⁷⁶. Daí ter emergido o regime jurídico-internacional contemporâneo dos investimentos resultante da miríade de acordos ou tratados internacionais de investimento. Com um espetacular desenvolvimento nas duas últimas décadas do século XX, ele tem hoje assento em cerca de 3000 acordos bilaterais de investimento (vulgarmente conhecidos no meio pela sigla BIT do acrónimo em língua inglesa) e aproximadamente 350 outros acordos⁷⁷.

Tipicamente a modalidade mais comum de proteção de investimentos, constituída por acordos bilaterais de investimento, é um tratado entre dois estados que consagra direitos dos investidores do estado contratante do domicílio que tem como corresponsável um dever que incumbe ao estado contratante de acolhimento de garantir o respeito de determinados standards de proteção de investimentos, a partir do momento em que este ocorra de acordo com as regras nacionais de acesso ao mercado e estabelecimento. Mais generosos são modelos de acordos, como os dos Estados Unidos, Canadá e Japão que atribuem mesmo aos investidores estrangeiros direitos positivos de acesso ao mercado do Estado de acolhimento e de estabelecimento neste na base da não discriminação num sector económico determinado entre investidores nacionais e estrangeiros. A maior

⁷⁵ Cf. *Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd (Belgium v Spain) (Second Phase)*, ICJ Reports, 1970.

⁷⁶ O Tribunal Mundial explicou-o pela existência de um “*intenso conflito de sistemas e interesses*” que teria caracterizado o período de desenvolvimento jurídico anterior e também a emergência de acordos bilaterais de proteção dos investidores estrangeiros. Cf. parágrafos 89-90. Vide também a pronúncia no caso *Diallo (Objecções Preliminares)*, parágrafo 88. Cf. *Ahmadou Siado Diallo (Guinea v Democratic Republic of Congo) (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 2007.

⁷⁷ Dão conta desta explosão normativa, em décadas recentes, os Relatórios da agência especializada das Nações Unidas, Comissão das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). Cf. *UNCTAD World Investment Reports*.

parte dos acordos de investimento, porem, só resulta em direitos após a fase de entrada do investimento.

Uma vez que o investidor se tenha estabelecido no mercado e estado de acolhimento quer o investidor quer o investimento – latamente definido por forma a cobrir quaisquer bens da titularidade ou sob o controlo do investidor – goza de um conjunto de importantes direitos relativamente às autoridades do estado de acolhimento. Em particular, a maior parte dos acordos contem a previsão de um *standard* de não discriminação baseado no princípio do tratamento da nação mais favorecida que garante o tratamento igual ou não menos favorável que o de investidores estrangeiros de outros estados de domicílio⁷⁸ e no princípio do tratamento nacional, que assegura idêntico tratamento, agora relativamente aos investidores “domésticos”, da nacionalidade do estado de acolhimento. Para poderem beneficiar desta proteção, é necessário que os investidores estejam em circunstâncias idênticas. Alguns outros acordos contêm normas assegurando outras modalidades de proteção, como a do tratamento justo e equitativo, que permite a sindicância da legalidade de medidas administrativas à luz de um *standard* absoluto de boa governação.

Historicamente, o *standard* fundamental de proteção dos investidores visa impedir expropriações sem compensação. A maior parte dos litígios entre investidores e Estados de acolhimento no seculo XX foram-no sobre a questão da legalidade da nacionalização de bens da titularidade de estrangeiros. A regra consuetudinária era a de a legalidade da nacionalização ou expropriação tinha que se justificar por um objetivo público, fundar-se em lei, não ser discriminatória e dar lugar a compensação plena e efetiva. Acontece, porem que historicamente a aplicação deste *standard* foi genericamente contestada por Estados que se haviam tornado independentes na sequência de processos de descolonização e por Estados em vias de desenvolvimento. A vaga de celebração de acordos bilaterais de investimento é justamente resposta a esta contestação. Habitualmente, tais acordos contem uma norma que claramente postula esse princípio. Mais recentemente, outras normas se lhe juntam para prevenir qualquer medida de expropriação indireta, em que a titularidade do bens permanece do investidor mas

⁷⁸ Cf. UNCTAD, *Issues in International Investment Agreements II: Scope and definition: A Sequel*, New York, 2010, UN, UN Doc UNCATD/DIAE/IA/2010/1.

em que o valor económico do investimento é significativamente reduzido em resultado de tais medidas, de natureza fiscal ou outra.

Para além destas regras materiais, estes instrumentos normativos de proteção de investimentos também compreendem cláusulas que preveem a possibilidade de estes *standards* serem objeto de apreciação jurisdicional e executados através dos mecanismos de solução de litígios investidor-Estado.

Também mais recentemente, esta orientação dos instrumentos do direito internacional do investimento para a “unilateral” imposição de obrigações aos estados de acolhimento apenas tem vindo a ser questionada. Doutrina e membros da sociedade internacional têm defendido que uma nova geração de acordos sobre investimentos deveria compreender também a previsão de responsabilidades dos investidores e até obrigações do Estados de domicílio, nomeadamente para assegurar um equilíbrio mais justo de direitos e obrigações entre os diversos atores do “jogo” do Direito do investimento internacional e integrar valores e objetivos entretanto reconhecidos pela comunidade internacional, como os do desenvolvimento sustentável e dos direitos humanos⁷⁹.

3.7. Empresas multinacionais e responsabilidades e obrigações. Direitos Humanos

Mas há também um consenso crescente na sociedade internacional, como na mais plural e solidária comunidade internacional, de que importa que as empresas multinacionais sejam sujeitas a obrigações para honrar valores, opções, finalidades que o Direito Internacional contemporâneo acolheu, que assegurem o efetivo respeito de direitos humanos e proteção do traba-

⁷⁹ Assim, P. Muschlinski, “Towards a Coherent International Investment System: Key Issues in the reform of International Investment Law”, in R. Ehandi e P. Sauvé (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge, 2013, Cambridge University Press, pp. 411-442. Analisamos alguns exemplos deste movimento geral, no domínio particular da litigiosidade respeitante a investimentos internacionais na área dos serviços de água, como o caso *Agua del Tunari*, o caso *Biwater c. Tanzania* ou o caso *Suez*. Exemplos que são tão mais significativos quanto envolveram importante inflexão da jurisprudência internacional e deram lugar à revisão de tratados internacionais (desde logo, normas particulares da própria Convenção de Washington e as Regras de Arbitragem do ICSID de 2006) no sentido de consagrar tal prática. Cf. Paulo Canelas de Castro, “Towards the harmonization of the human right to water with the protection of international investments in the context of the processes of privatization of water services? – A new development in International Water Law?”, *Soochow Law Journal*, 2016, v. XIII, n. 1, p. 43-57.

lho e do ambiente. Esta questão enquadra-se na questão mais lata de respeito de elementos fundamentais ou *standards* de responsabilidade social.

Por razões de economia deste estudo, concentraremos a atenção nas obrigações de respeito de direitos humanos fundamentais.

São um dos fatores determinantes da adoção sob os auspícios da Organização mundial do Compacto Global, pelo qual se encoraja-se as empresas a adotar, à escala global, práticas e políticas sustentáveis.

No mesmo sentido de responsabilização das empresas multinacionais têm mesmo vindo a ser propostas ou elaboradas, nomeadamente no quadro de trabalhos de Organizações Internacionais, outras regras jurídico-internacionais, quer ainda de *soft law* quer, muito mais raramente, de natureza vinculativa, que assegurem na prática o respeito de direitos humanos ou direitos “conexos”, como direito do trabalho e direito do ambiente. Assim, em mais exemplos, as Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) para as Empresas Multinacionais⁸⁰, a Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, da Organização Internacional do Trabalho, de 2006⁸¹, que complementa a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998⁸², e outros projetos de instrumentos que mantêm o carácter de força persuasiva, tal como o projeto do Código de Conduta das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais, de 1982⁸³, culminando com os mais recentes Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, em 2011.

Estes últimos vêm na sequência das “Normas sobre a Responsabilidade de Empresas Transnacionais e Outras Empresas Comerciais a respeito dos Direitos Humanos”, elaboradas em 2003 pela Subcomissão sobre a Promoção e a Proteção de Direitos Humanos do Conselho Económico e Social⁸⁴.

⁸⁰ *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris, 2011, OECD.

⁸¹ *Vide ILO, Tripartite Declaration of Principles on Multinational Enterprises and Social Policy*, 4th ed., Geneva, ILO, 2006.

⁸² *Vide ILO, Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Legal Materials*, 1998, 37, pp. 1233, ss.

⁸³ UN Commission on “Transnational Corporations, *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations* (5 June 1982), UN Doc E/C.10/1982/6 Annex.

⁸⁴ *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights 2003*, UN Doc.E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

A Comissão dos Direitos do Homem não aprovou o projeto⁸⁵, antes pedindo a nomeação de um novo representante especial sobre a questão. Esta nomeação do representante especial do Secretário-Geral para a questão dos direitos humanos e das sociedades transnacionais e outras empresas, John Ruggie, ocorreu em 2005. Após três anos de investigação e consultas com empresas, sociedade civil governos e vítimas de abusos de direitos humanos cometidos por empresas⁸⁶, os seus trabalhos culminaram, em 2008, na adoção do Quadro de referência da tríplice obrigação de proteger, respeitar e cumprir.

Este Quadro das Nações Unidas reconhece que os Estados estão sujeitos ao dever resultante do direito internacional dos direitos humanos de proteger qualquer indivíduo no seu território e/ou jurisdição de abusos praticados pelas empresas. Este dever significa que os Estados têm que produzir leis e regulamentos para prevenir e tratar violações de direitos humanos relacionados com a atividade comercial, bem como assegurar o acesso a remédios eficazes àqueles cujos direitos tenham sido violados.

Paralelamente, este dito “Quadro das Nações Unidas” também prevê que as empresas detenham responsabilidades relativamente aos direitos humanos. Nomeadamente, as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos em qualquer local ou jurisdição em que atuem e independentemente da sua dimensão ou área de atividade. Esta responsabilidade de respeito implica que as empresas devem considerar os impactos potenciais ou efetivos das suas atividades, prevenir e mitigar abusos dos direitos humanos e tratar de quaisquer impactos negativos decorrentes da sua atuação. De modo muito relevante este Quadro das Nações Unidas sobre comércio e direitos humanos torna claro que esta responsabilidade empresarial de respeito dos direitos humanos vale independentemente da capacidade ou vanta-

⁸⁵ Cf. UN Commission on Human Rights, *Report to the Economic and Social Council on the Sixtieth Session of the Commission: Draft Report of the Commission*, 22 April 2004, UN Doc. E/CN.4/2004/L.11/Add.7.

⁸⁶ UN Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises ‘*Business and Human Rights: Further Steps toward the Operationalisation of the “Protect, Respect and Remedy” Framework*’, 9 April 2010, UN Doc A/HRC/14/27 e UNHR Council, “*Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie: Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*”, 21 March 2011, UN Doc. A/HRC/17/31.

de dos Estados de cumprimento do seu dever de proteção dos direitos humanos. Independentemente do contexto, Estados e empresas mantêm sempre, estão sempre sujeitos a estas responsabilidades, simultaneamente distintas e complementares. Mais concretamente ainda esta responsabilidade das empresas tende a densificar-se em deveres de diligência devida na consideração dos riscos para os direitos humanos que as suas atividades envolvem.

O Quadro das Nações Unidas também reconhece o direito fundamental de indivíduos e comunidades de acesso a remédios eficazes quando os seus direitos tenham sido negativamente lesados por atividades de empresas. Numa tal hipótese de uma empresa comercial violar direitos humanos, os Estados têm o dever de assegurar que as pessoas afetadas possam aceder a remédio eficaz de natureza judicial, por recurso ao sistema judicial, ou outra, não judicial.

Por fim, em 2011, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou por os Princípios Diretores das Nações Unidas sobre Negócios e Direitos Humanos⁸⁷. Estes são um conjunto de diretrizes que desenvolvem e pretendem tornar mais operacionais a trilogia de responsabilidades de proteção, respeitar e remediar acolhida naquele Quadro das Nações Unidas. Os Princípios Diretores pretendem ainda definir com mais detalhe e rigor os deveres e responsabilidades de Estados e empresas, ainda relativamente à questão das violações de direitos humanos cometidas pelas empresas. Retomam o princípio da responsabilidade de respeito, que mais claramente aprofundam no conceito fulcral de diligência devida em razão dos direitos humanos.

A noção de diligência devida objeto do Princípio Diretor 17, é, neste âmbito, diversa da que se conhece da prática comercial normal. Neste âmbito, empreende-se diligência devida em qualquer situação em que é verosímil que a empresa se confronte a riscos comerciais, financeiros ou jurídicos que

⁸⁷ Na doutrina, relevando e analisando esta cadeia de iniciativas normativas, S. Tully, *Corporations and International Lawmaking*, London, 2004, LSEPS, p. 418-423; J. L. Dunoff, S.R. Ratner, D. Wippman, *International Law Norms, Actors, Process: A Problem Oriented Approach*, 2006, 2. ed., p. 216-234; Emeka Duruigbo, “Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges”, *New Wales University Journal of Human Rights*, 2008, n.º 6, p. 222, ss.; Larry Catá Backer, “The United Nations’ “Protect-Respect-Remedy” Project: Operationalizing a Global Human Rights Based Framework for the Regulation of Transnational Corporations”, *Santa Clara Journal of International Law*, 2011, v. 9, p. 37, ss.

possam resultar na sua responsabilidade jurídica, razão por que devem ser evitados. A aplicação do conceito de diligencia devida perante riscos relativos a direitos humanos, não é uma extensão normal do tratamento do risco comercial. Ela antes implica uma mudança de perspectiva: do risco para empresa, passa-se a considerar o risco para as vítimas potenciais de atividades da empresa.

Este trabalho de progressivo desenvolvimento normativo teve sequência na constituição de Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Negócio e Direitos Humanos composto por 5 peritos independentes cujo mandato, com a duração de 3 anos, é o de orientar na disseminação e aplicação dos Princípios Directores.

3.8. *Ius standi* e outros direitos processuais

A este outro indício de nascente personalidade jurídica internacional para as empresas multinacionais acresce que existe hoje no Direito Internacional económico (abrangendo o Direito dos investimentos, do comércio internacional, e o que regula as operações financeiras internacionais) um conjunto de mecanismos jurídicos pelos quais as empresas podem trazer a instâncias internacionais diversas, instâncias não judiciais mas também judiciais, reivindicações contra os Estados. Esses mecanismos incluem o recurso a órgãos institucionais (tanto baseados em tratados, como não baseados em tratados) com procedimentos definidos de audição de reclamações, órgãos de tomada de decisões juridicamente vinculativas e procedimentos de execução.

Esta participação das empresas multinacionais nos mecanismos de sindicância do respeito do Direito Internacional económico, que não do Direito Internacional em geral, já que para ele, em geral, as empresas multinacionais permanecem de facto desprovidas de personalidade judiciária perante as jurisdições internacionais, facto utilizado pela maior parte da doutrina tradicional, *supra* se viu, como argumento para lhes negar a personalidade jurídica internacional, pode ser direta, como pode ser indireta.

Indireta, primeiro. Assim, muitos dos litígios internacionais económicos formalmente trazidos pelos Estados aos órgãos jurisdicionais especializados, como os que ocorrem no âmbito dos procedimentos de solução de litígios da Organização Mundial de Comércio, são, de facto, empreendidos, patrocinados e apoiados pelas empresas afetadas pela ação comercial que é objeto da reclamação. O que se compreende. São elas as mais interessadas, como são elas que conhecem o mercado e têm capacidade para avaliar

do efetivo cumprimento ou incumprimento das regras que o regem, assim contribuindo com os seus testemunhos para o bom apuramento dos factos relevantes. Esta participação indireta nos mecanismos jurisdicionais ocorre, por exemplo, no quadro do sistema de resolução de litígios da Organização Mundial do Comércio. Mas casos há também em que a participação é direta. Assim acontece no quadro do Direito Internacional dos investimentos e dos seus mecanismos especiais de resolução de litígios, nomeadamente por via da arbitragem investidor-Estado de acolhimento e o sistema do Centro Internacional de Solução de Litígios de Investimento, mais conhecido pelo acrónimo CIRDI, ou ICSID na língua Inglesa, instituído pela Convenção de Washington de 1965. Neste âmbito, tão único quão notável, as empresas multinacionais têm acesso à instância jurisdicional exatamente na mesma condição que os Estados. Assim, o prevê, nomeadamente, o artigo 25.º da Convenção de Washington, ou Convenção para a resolução dos litígios relativos aos investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados⁸⁸.

Note-se ainda que, mesmo quando as empresas multinacionais não têm *ius standi* em algumas destas instâncias judiciais, direito a elas próprias intentarem ações, antes normalmente tendo que recorrer à “intermediação” do Estado, pela via da proteção diplomática, tais empresas viram ser-lhes atribuídos direitos de participação processual: por exemplo, como *amicus curiae*. Assim, por exemplo, o prevê o artigo 13.º, parágrafo 1 do Memorandum de acordo sobre a solução de litígios, anexo ao Acordo que institui a Organização Mundial de Comércio (anexo 2) que consagra esta faculdade para os casos trazidos aos grupos especiais (Grupos de Trabalho). O Órgão de Recurso dentro do Sistema de solução de litígios da OMC estendeu esta faculdade ao processo de recurso, embora de modo prudente.

3.9. Sanções

A todas estas manifestações de ação, presença e participação na vida internacional da globalização, e mesmo direitos e obrigações juridicamente relevantes na vida contemporânea, acresce que há, na prática das sanções internacionais da ONU, exemplos de situações em que algumas empresas multinacionais foram objeto direto de sanções por violação das regras respeitantes a embargos económicos previamente estatuídos pelo Conselho de Segurança e pela Assembleia Geral da ONU.

⁸⁸ Cf. *UNTS*, 1965, v. 5757, p. 169, ss.

Assim foi com a inclusão em listas negras e, mais especificamente ainda, com a denúncia concreta de ações de navios-tanque da titularidade de companhias internacionais petrolíferas, consistentes no transporte de petróleo por parte destas embarcações para a República da África do Sul, com o que se violava o embargo antes decretado pelo Conselho de Segurança como medida de execução no combate ao regime de apartheid da África do Sul.

O que tais medidas sancionatórias implicitamente significam é que as empresas multinacionais proprietárias destes navios eram titulares diretas de obrigações de Direito Internacional no quadro do regime de sanções estatuído. As Nações Unidas, ao definirem tal regime e ao atuarem em conformidade, perante atos entendidos como de violação desse regime, estavam a considerar o ator não estadual empresa internacional como uma entidade jurídica, suscetível e efetivamente titular de direitos e obrigações.

Conclusão

O desenvolvimento de um regime jurídico-internacional respeitante a empresas multinacionais está em curso. Muitas questões permanecem por resolver, como a do real conteúdo das responsabilidades das empresas multinacionais em diversos domínios e qual a relação destas responsabilidades com mais densas obrigações jurídicas. Também subsistem dúvidas sobre qual a melhor estratégia normativa de responsabilização das empresas multinacionais, se uma ainda dirigida a consagrar obrigações para os Estados que depois as repercutem ou consolidam nas leis nacionais, como acontece com as noções de diligência devida das empresas relativas a deveres de respeito de direitos humanos ou outros, se uma estratégia mais diretamente dirigida às empresas multinacionais, embora provavelmente com pouca ou duvidosa força vinculativa e a prática evidencie dificuldade em prosseguir-la. Há também dificuldades resultantes de este regime nascente bem ilustrar a acusação de fragmentação que se faz à evolução do Direito Internacional, já que evidencia dificuldade em materializar-se num Direito Internacional geral, antes se exprimindo em por vezes não claramente harmónicos regimes particulares. Novas questões vão também surgindo como a da forma mais adequada de lidar com empresas multinacionais da titularidade de Estados ou por eles controladas. Como quer que seja, estes desenvolvimentos normativos, seguramente inacabados, são também sinal de progresso de uma ordem jurídica internacional crescentemente complexa, mas também cada

vez mais capaz de integrar a realidade e comprometida com o propósito de a moldar em função de opções cardinais axiológicas ou teleológicas de uma comunidade internacional ou global mais rica e feita de múltiplas relações poligonais, em que as empresas multinacionais participam e ganham direito de cidade.

