

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO

MANOELLA DE GUIMARÃES NASCIMENTO

O CONCEITO DE *DUTY OF CARE* EM DECISÕES PARADIGMÁTICAS DE
CINCO PAÍSES: uma sistematização de suas condicionantes e limitações.

SÃO PAULO

2017

MANOELLA DE GUIMARÃES NASCIMENTO

O CONCEITO DE *DUTY OF CARE* EM DECISÕES PARADIGMÁTICAS
DE CINCO PAÍSES: uma sistematização de suas condicionantes e limitações.

Dissertação apresentada à Escola de Direito
de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas,
como requisito para a obtenção do título de
Mestre em Direito e Desenvolvimento.

Campo de Conhecimento: Direito dos
Negócios e Desenvolvimento Econômico e
Social

Orientadora: Profa. Dra. Michelle Ratton

SÃO PAULO

2017

Nascimento, Manoella de Guimarães.

O conceito de *duty of care* em decisões paradigmáticas de cinco países : uma sistematização de suas condicionantes e limitações / Manoella de Guimarães Nascimento. - 2017.

200 f.

Orientadora: Michelle Ratton Sanchez Badin.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Empresas multinacionais. 2. Responsabilidade social da empresa. 3. Direito empresarial. I. Badin, Michelle Ratton Sanchez. II. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 347.7

MANOELLA DE GUIMARÃES NASCIMENTO

O CONCEITO DE *DUTY OF CARE* EM DECISÕES PARADIGMÁTICAS DE CINCO
PAÍSES: uma sistematização de suas condicionantes e limitações.

Dissertação apresentada à Escola de Direito
de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas,
como requisito para a obtenção do título de
Mestre em Direito e Desenvolvimento.

Campo de Conhecimento: Direito dos
Negócios e Desenvolvimento Econômico e
Social

Data da Aprovação: __/__/__

Banca Examinadora:

Prof^ª. Dr^a. Michelle Ratton

FGV - SP

Prof^º. Dr. Arthur Capella

Mackenzie -SP

Prof. Dr. Douglas Castro

FGV- SP

RESUMO

O conceito de *duty of care* em decisões de cinco países (Inglaterra, Irlanda, Austrália, Canadá e Holanda) é utilizado para responsabilizar as empresas transnacionais pelas violações de direitos humanos perpetradas por atos de suas subsidiárias, em uma estratégia processual para alcançar a reparação das vítimas, já que as Cortes Internacionais não aceitam entes privados como réus em processos. A pesquisa busca criar um conceito geral para o instrumento, com suas condicionantes e limitações, pela observação de decisões dos cinco países na literatura pertinente, considerando três pontos específicos: o controle de fato exercido pela empresa-mãe sobre as ações da empresa subsidiária, a desconsideração da personalidade jurídica e o foro aplicável as ações judiciais. O principal elemento do conceito de *duty of care* é o controle de fato, que pode ocorrer de duas formas: por ações positivas diretamente nas condutas possivelmente danosas da empresa e por omissão quando a transnacional se encontra em uma posição de superioridade de conhecimento e não aconselha a subsidiária em suas ações. O controle de fato engloba ainda a previsibilidade do dano e a proximidade entre as partes. O *duty of care* apenas pode ser imposto quando o controle de fato esteja presente.

Palavras-chave: Transnacionais – Duty of care – Controle de fato

ABSTRACT

The concept of duty of care in judgements of five countries (England, Ireland, Australia, Canada and Holand) is utilized as a way to make transnationals enterprises responsible for human rights damages caused by their subsidiaries companies, in a processual maneuver to achieve reparation for the victims, since International Courts do not allow private entities to become parts in their litigation procedure. This research means to create a general concept for the instrument, with its limitations and requirements, through the observation of foreign judgments cited by the relevant literature, considering three main points: the facto control exercised by the parent company, the piercing of the corporate veil and the applicable jurisdiction. The main element of the concept of duty of care is the facto control, which can manifest itself in two ways: by a positive action directly over the possible damaging conduct of the subsidiary and by omission when the multinational enterprise has a conduction of superior knowledge and fails to advice the subsidiary in its actions. The facto control contains both the foreseeability of the damage and the relation of proximity between the parts. The duty of care can only be imposed when the facto control is present.

Keywords: Transnationals – Duty of care – De facto control

LISTA DE SIGLAS

ICMM - CONSELHO INTERNACIONAL DE MINERAÇÃO E METAIS

IED – INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

ONG – ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

TNC – EMPRESAS TRANSNACIONAIS

TPI – TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS.....	13
1.1. O modelo legal-tradicional.....	18
1.2. O modelo principiológico de códigos voluntários.....	25
1.3. O modelo de normas internacionais.....	36
1.4. O modelo da “fuga” para os judiciários nacionais.....	40
2. O DUTY OF CARE – SUAS CONDICIONANTES E LIMITAÇÕES NAS DECISÕES DOS CINCO PAÍSES ANALISADAS.....	47
2.1.O <i>duty of care</i> como instrumento de responsabilização de transnacionais em relação a violação de direitos humanos.....	47
2.2.Decisões analisadas.....	48
2.3.Situações de aplicabilidade conforme as decisões.....	48
2.4.Os critérios enfrentados pelas decisões analisando o <i>duty of care</i> – uma sistematização de suas limitações e condicionantes.....	60
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	69
APÊNDICE.....	82
APÊNDICE 1 – Tabela com a análise da decisão Filártiga v. Peña-Irala 630 F.2d 876 – 1980	
APÊNDICE 2 - Tabela com a análise da decisão Doe v. Unocal Corp., 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997)	
APÊNDICE 3 - Tabela com a análise da decisão Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 569 U.S. ____ (2013)	
APÊNDICE 4 – Tabelas com a análise da decisão Connely (A.P) v. TRZ Corporation Plc and Other – 1998 AC 854 e de dois de seus precedentes	
APÊNDICE 5 – Tabelas com a análise da decisão Eric Barizaa DOOH v. ROYAL DUTCH SHELL PLC and Other – 2015 e de um de seus precedentes	
APÊNDICE 6 - Tabela com a análise da decisão Chandler vs Cape PLC [2012] EWCA Civ 525	
APÊNDICE 7 - Tabela com a análise da decisão Guerrero vs Monterrico [2009] EWHC 2475/2009	

APÊNDICE 8 - Tabela com a análise da decisão James Hardie and Coy Pty Limited v Putt Matter [1998] NSWSC 434

APÊNDICE 9 - Tabelas com a análise da decisão Young vs Anglo American South Africa Limited [2014] EWCA Civ 1130 e de um de seus precedentes

APÊNDICE 10 - Tabela com a análise da decisão Lubbe and Others v Cape PLC [2000] 4 All ER 268

APÊNDICE 11 - Tabela com a análise da decisão Shinkwin v. Quin-Con Ltd. [2000] IESC 27; [2001] 1 IR 514; [2001] 2 ILRM 155

APÊNDICE 12 - Tabelas com a análise da decisão Caparo v Dickman [1990] 1 All ER 568 e de dois de seus precedentes

INTRODUÇÃO

O objetivo desta dissertação foi sistematizar condicionantes e limitações do *duty of care*, enquanto instituto jurisprudencial que procura que responsabilizar empresas transnacionais por violações de direitos humanos. Para tanto, foram analisadas algumas decisões estrangeiras eleitas pela doutrina como paradigmáticas, procurando especificar os argumentos gerais utilizados para que o instituto pudesse ou não ser aplicado.

Até meados da década de 1970, a responsabilidade pela proteção dos direitos humanos na seara internacional era vista como exclusividade dos Estados. Com a Nova Ordem Econômica Internacional, o debate sobre a imposição de responsabilidades pela proteção dos direitos humanos também as Empresas Transnacionais e suas subsidiárias se intensificou (SHUTTER, 2006, p. 2) devido, principalmente, a capacidade das empresas transnacionais em moldar o desenvolvimento econômico e social mundial (CRAGG, 2012, p. 3). Instaladas em países com legislações de direitos humanos geralmente mais permissivas que em seus países de origem, as empresas-mães e suas subsidiárias perpetram violações de direitos humanos internacionalmente reconhecidos (MEERAN, 2011).

O conceito de *duty of care* (dever de cuidado) que, enquanto normalmente empregado pela legislação como uma das facetas da responsabilidade civil, é utilizado por certas cortes estrangeiras, sobretudo em países de tradição de *common law*, para responsabilizar as matrizes de grupos transnacionais pelas violações de direitos humanos cometidas por suas subsidiárias em outros países.

O corpo empírico das decisões foi escolhido de acordo com as indicações da literatura. De acordo com um sistema de referência cruzada, os autores mais referenciados foram escolhidos (disponíveis nas referências bibliográficas desta dissertação, sendo a maior parte da literatura realizada para este propósito publicada até o ano de 2015) e suas indicações de decisões paradigmáticas levadas em contas até serem selecionadas as decisões analisadas nesta pesquisa, pelo fato de serem citadas na maioria dos textos. Com base na recorrência de referência às decisões nos textos-chave para este trabalho, a jurisprudência de cinco países foi verificada: Inglaterra, Holanda, Austrália, Canadá e Irlanda.

A coleta de decisões foi realizada perante a literatura considerada como pertinente a pesquisa. A escolha por este corpo empírico de decisões deu-se pela dificuldade em apontar as decisões afluentes a matéria apenas por mecanismos de busca na internet, já que a quantidade

de resultados se mostraram impossíveis de serem analisados no tempo proposto¹. Portanto, a escolha das decisões a serem observadas pautou-se nas decisões já citadas na literatura do tema como paradigmáticas. Tal opção se justifica pelo próprio objetivo da pesquisa – criar um conceito geral de *duty of care*, com suas condicionantes e limitações, o que necessitava que as decisões paradigmáticas sobre o *duty of care* fossem observadas, não se limitando a fornecer um conceito de *duty of care* apenas de um país.

As decisões obtidas basearam-se, principalmente, no trabalho de três autores: Sarah Joseph², Gwynne L. Skineer³ e Richard Meeran⁴. Estes autores foram escolhidos não apenas por terem pesquisas profundas sobre o tema, serem citados com frequência por outros autores lidos, como também terem realizado compilações das decisões paradigmáticas sobre a relação do *duty of care* com as empresas multinacionais.

Foram, portanto, desconsiderados no processo de comparação o grau de jurisdição, o país de origem, a resolução final do caso e os fundamentos do pedido, para que pudessem ser produzidas afirmações gerais tais como: “Nos casos X, Y e Z o conceito de *duty of care* é empregado para responsabilizar empresas em relação a violações de direitos humanos. Não se pode valer do conceito, entretanto, quando ocorre A e B.” Estas afirmações gerais serão amalgamadas favorecer uma aproximação do conceito de *duty of care*, com foco em suas condicionantes e limitações, utilizando-se da seguinte estrutura: “O conceito de *duty of care*, portanto, refere-se a D, E e F, tendo que respeitar G, H e I.”

De uma maneira pormenorizada, a metodologia começou com o mapeamento das decisões dos cinco países já citados que aplicam o conceito de *duty of care* a empresas de acordo com a menção das mesmas na literatura; observação das decisões selecionadas com o objetivo de identificar o conceito de *duty of care* como responsabilização e como ele gera essa responsabilidade, bem como os limites e condicionantes para que ela de fato seja visível, levando em conta três fatores principais apontados na literatura como os principais desafios que

¹ Apenas para a Inglaterra, por exemplo, em uma busca no website www.bailii.org, com os vocábulos *duty of care* e *human rights* obteve-se um resultado de 16.253 decisões.

² Sarah Joseph é Professora de Direito Internacional com ênfase em Direitos Humanos na Universidade Monash, sendo diretora do *Castan Centre for Human Rights Law*, tendo trabalhado como pesquisadora sobre as relações entre Multinacionais e Direitos Humanos para várias organizações, entre elas a ONU e a Organização Mundial Contra a Tortura. Entre seus mais de doze livros publicados quanto ao tema, destaca-se o livro utilizado na pesquisa, pois ele embarca em uma análise jurisprudencial de vários países sobre sua visão de *duty of care*.

³ A autora é professora de Direito Internacional na faculdade de Willematte, porém antes de se dedicar inteiramente a carreira acadêmica, a autora foi procuradora federal e estadual nos Estados Unidos, além de ter sido advogada em vários casos contra multinacionais nos Estados Unidos.

⁴ O autor é advogado especialista em direito internacional, tendo atuado pessoalmente em várias casos relativos a multinacionais e direitos humanos, inclusive nas decisões consideradas paradigmáticas pelos outros autores: *Connelly v RTZ Corporation Plc* [1997] 3 WLR 373 and *Lubbe & Others v Cape Plc* 2000 1 WLR 1545.

as decisões de países enfrentar para impor um *duty of care* (CRAGG, 2012; SKINNER, 2015): as questões do foro e jurisdição, o estabelecimento do controle de fato e a desconsideração da personalidade jurídica.

Com vistas a garantir a viabilidade da pesquisa, foram eleitas dez decisões de cinco países com seus precedentes mais citados na literatura especializada, considerados assim aqueles intrínsecos para a decisão do magistrado. Todas elas foram observadas de acordo com as vertentes do foro aplicável, da determinação do controle de fato e da desconsideração da personalidade jurídica e se encontram no apêndice desta pesquisa.

A pesquisa optou por primeiramente realizar um apanhado teórico para um melhor entendimento do contexto em que o *duty of care* se insere. Assim, no primeiro capítulo são apresentados quatro modelos teóricos que tratam da responsabilização das empresas transnacionais por violações de Direitos Humanos. Três destes modelos teóricos são discutidos segundo a divisão de CRAGG (2012), sendo o último modelo uma complementação a categorização do autor das formas de responsabilização das transnacionais, acrescentando a visão das leis extraterritoriais e da fuga para os judiciários dos países de origem das transnacionais como uma estratégia para a responsabilização das empresas transnacionais.

O primeiro modelo, denominado legal-tradicional, não aceita as empresas transnacionais como sujeitos de direito internacional, não podendo as mesmas, portanto, serem responsabilizadas diretamente por suas violações aos direitos humanos. A única responsabilidade destes entes seria a de respeitar as legislações nacionais dos países em que são domiciliadas.

Com a nova aceção da responsabilidade social corporativa, bem como as mudanças ocasionadas pela globalização e os casos, cada vez mais presentes na mídia, de violações de direitos humanos por transnacionais, o modelo legal-tradicional evoluiu. A evolução mais bem-sucedida é o modelo principiológico de códigos voluntários. Devido a sua voluntariedade, os códigos contam com grande apoio das próprias transnacionais e tem como pontos fortes a admissão por parte das transnacionais que estas possuem obrigações de direitos humanos e de que os direitos humanos são globais, não sendo mais circunspectos a apenas alguns países.

O modelo das normas internacionais é um modelo “falido” que buscou utilizar um tratado esboçado pela ONU para impor responsabilidade direta de direitos humanos à transnacionais. O modelo não considerou a diferença entre os princípios de mercado e os princípios do bem comum, que são essencialmente antagônicos, ao equalizar os direitos pelos quais as empresas seriam responsáveis aos direitos de responsabilidade do Estado.

O modelo da fuga para os judiciários nacionais explana sobre a situação atual das estratégias processuais utilizadas pelas vítimas de violações de direitos humanos por transnacionais para conseguir reparações na esfera judicial, já que as cortes internacionais não as aceitam como réus. Basicamente existem duas espécies de expedientes judiciais: as leis com efeitos extraterritoriais e a utilização do *duty of care* como instrumento de responsabilização.

No segundo capítulo, as decisões pertinentes da literatura são analisadas e as afirmações gerais são formuladas, de acordo com os três desafios listados na literatura: controle de fato, desconsideração da personalidade jurídica e foro aplicável.

Constata-se que o *duty of care* é essencialmente interligado a noção de controle de fato da empresa-mãe para com sua subsidiária. Esta noção traz em si, as questões de previsibilidade do dano e proximidade entre as partes, já que se a empresa-mãe controla condutas específicas da subsidiária que poderiam causar dano (ou deveria controlar, pois está em uma posição superior quanto ao seu conhecimento acerca das ações), tendo a consciência dos danos que podem advir da conduta da subsidiária e é, ao mesmo tempo, próxima do terceiro que sofre o dano, já que implicitamente ela comandou a ação danosa.

Finalmente, na conclusão são apresentadas as inferências dos capítulos precedentes, principalmente a noção de que a principal característica para que a noção de *duty of care* possa ser aplicada em uma situação específica é a presença do instituto do controle de fato.

1. AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Os Tratados de Vestfália, celebrados em 24 de outubro de 1648 e concluindo simultaneamente duas guerras, objetivando uma paz universal (reunindo países católicos e protestantes), são considerados a data de nascimento oficial do Direito Internacional. Os tratados estabeleceram as características jurídicas dos novos Estados soberanos europeus, possuídas até hoje pelos Estados na seara internacional – o princípio da soberania, da não intervenção e da igualdade entre Estados (ALMEIDA e BARRETO, 2014, p. 25).

Este panorama da época moderna, constituiu a base do Direito Internacional clássico, criando o sistema estatista (*state-centric*), no qual o objeto de estudo são os Estados Nações e suas respectivas ações políticas, militares e diplomáticas (MUCHLINSKI, 2007, p. 82) - sendo um de seus atributos mais importantes sua soberania.

Com o pós-modernismo ocorreu uma alteração significativa na política econômica internacional, com uma expansão efetiva do capitalismo ao redor do globo e uma mudança em seu modo de produção, que passou a ser “global”, com as instituições capitalistas integralizando relações de produção que antigamente eram realizadas entre Estados.

Esta mudança provocou uma modificação na percepção humana do espaço-tempo internacional, o que – ao menos *na prática* - resultou em uma nova forma de organização política espacial (RUGGIE, 1993, p. 146-149), incluindo novos agentes com o poder de influenciar a política internacional. Enquanto que no passado os Estados, como a autoridade política universalmente reconhecida, eram os únicos Governadores Globais⁵, na atualidade do cenário internacional político, existem diversos atores, cada um buscando influenciar os temas sobre os quais possuem interesses⁶.

⁵ Para Avant *et al* (2010, p.1-3), Governadores Globais são os agentes que lidam com problemas globais, envolvendo mais que um país.

⁶ A observação desta realidade, propõe uma nova análise do Direito Internacional, que entende a seara internacional como um palco em que grupos de interesses agem na esfera global e não mais só nos Estados-Nações, objetivando a consideração de outros agentes transnacionais como atores e sujeitos de Direito Internacional (*transnational relations analysis*) (NYE e KEOHANE, 1972).

As empresas⁷ transnacionais possuem uma força econômica, política e cultural que é inevitável no mundo globalizado de hoje⁸, impactando a vida de bilhões de pessoas por dia (ROACH, 2007, p. 1) e tendo, muitas vezes, mais força política e econômica que muitos países. Já em 2000, das 100 maiores economias globais, 51 eram de transnacionais (ANDERSON e CAVANAGH, 2000) enquanto que o fluxo de caixa atual da transnacional Apple, por exemplo, é maior que o produto interno bruto de 2/3 dos países (KHANNA e FRANCIS, 2016).

Considerando o poderio econômico das transnacionais, não é surpresa que estas empresas⁹ sejam um dos atores mais significativos no direito internacional (NYE e KEOHANE, 1972). Elas se comportam como um grupo de interesse, realizando ações de *lobby* tanto junto a Governos quanto a organizações internacionais, objetivando que normas internacionais abarquem seus interesses e necessidades – acabando por se tornar uma influência na formação da lei internacional (MUCHLINSKI, 2007, p. 82-83).

Devidos a estas características próprias, a regulação sobre as transnacionais sempre foi uma questão controversa, principalmente pela quantidade de atores internacionais com interesses diferentes na questão: as ONGs (que buscam diminuir os *gaps* regulatórios,

⁷ Nesta pesquisa as empresas que são compostas de diversas entidades com nacionalidades e vinculações a legislações diferentes, sem um corpo legislativo internacional que lhes regule a atividade como um todo serão definidas como empresas transnacionais, apesar de parte da doutrina não estabelecer diferenças entre estes termos (HARROD, 2009, p. 205; ZAMFIR, 2012). No entanto, de acordo com o *Draft United Nations Code Of Conduct On Transnational Corporations*, documento internacional promulgado pela ONU, organização internacional a frente do modelo principiológico mais utilizado em relação a responsabilização de transnacionais por violações de direitos humanos, o termo apropriado seria empresa transnacional, já que esta seria “an enterprise whether of public, private or mixed ownership, comprising entities in two or more countries, regardless of the legal form and fields of activity of these entities, which operates under a system of decision-making, permitting coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centres, in which the entities are so linked, by ownership or otherwise, that one or more of them [may be able to] exercise a significant influence over the activities of others, and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others” (ONU, 1983, p. 1).

⁸ Existem vários conceitos para o termo globalização de forma geral (MARIANO, 2007; HELD e MAGREW, 2001; TILLY, 95). Enquanto alguns autores preferem classificar tal fenômeno a partir de seus aspectos materiais (internacionalização, liberalização, universalização, ocidentalização, etc.), outros preferem uma abordagem mais ampla. Nesta pesquisa, a globalização deve ser considerada de acordo com a definição de SCHOLTE (2005), como uma *transplaneterização*, na qual existe uma reconfiguração na própria geografia social, que não pode mais ser descrita em termos de fronteiras específicas, mas deve sim ser descrita em uma arena maior: o planeta como um todo, em relações sociais que transcendem os limites espaciais geográficos (SCHOLTE, 2005, p. 61). Em momentos específicos, haverá referência a globalização econômica. Neste caso, a globalização deve ser interpretada essencialmente em sua esfera econômica, ou seja, na diminuição de barreiras ao livre comércio e na integração entre as economias dos países, pela qual a economia de um Estado não mais depende somente do Governo daquela nação, mas sim de outros agentes (transnacionais, outros Estados, organizações internacionais, etc.).

⁹ Entende-se que o conceito jurídico de empresa é um fenômeno poliédrico (ASQUINI, 1996), tendo várias definições a depender do contexto empregado, podendo significar o conceito econômico de empresa, o próprio empresário (como organizador essencial da atividade), a atividade empresarial (como atos jurídicos relacionados e destinados a um fim comum) e apenas o estabelecimento. No decorrer desta pesquisa, a empresa deve ser considerada em sua versão econômica, segundo a qual, em uma economia de troca, é empresa a organização de trabalho e capital que tem por objetivo a produção de bens ou serviços para a troca no mercado.

apresentando teses não exploradas a contento pelo direito internacional, como os direitos humanos e a responsabilidade social corporativa), os Estados hospedeiros (procurando atrair investimentos estrangeiros direitos – IED¹⁰, ao mesmo tempo que buscam se precaver contra o envio exagerado de lucro das empresas ao Estado de origem), os Estados de origem (preocupados com a “exportação” de trabalhos à países subdesenvolvidos e com a repatriação de dividendos das empresas transnacionais) e as Organizações Internacionais (que buscam alavancar suas agendas próprias).

As violações de direitos humanos realizadas por empresas transnacionais e sua responsabilização apresentam-se como uma destas questões, pois devido a própria operacionalização das empresas, suas ações possuem a capacidade de impactar grande número de pessoas - não apenas seus stakeholders, como também seus consumidores, pessoas da comunidade na qual desenvolvem suas atividades e seus empregados (JOSEPH, 2004).

A globalização, o encurtamento da geografia-espacial mundial, e a consequente facilidade de se obter informações em tempo real e de lugares remotos, bem como o trabalho de ONGs defensoras de direitos humanos ao redor do mundo, fazem com que as ações de empresas transnacionais sejam observadas pela comunidade internacional nos últimos trinta anos de maneira mais efetiva e cuidadosa (CRAGG, 2012).

Esta observação resultou na “descoberta” pela comunidade internacional de vários casos de violações de direitos humanos por empresas transnacionais¹¹, principalmente desde a década de 90¹² e em países em desenvolvimento (RUGGIE, 2013, p. 35), intensificando o debate sobre a imposição de responsabilidades pela proteção dos direitos humanos às Empresas Transnacionais e suas subsidiárias (SHUTTER, 2006, p. 2) devido a inegável evidência de que

¹⁰ Dunning (1988) classifica o investimento estrangeiro em quatro tipos: resource seeking (objetiva a aquisição de recursos específicos, com custos baixos, para a produção de bens manufaturados), market seeking (busca criar um mercado interno no país receptor do investimento), asset seeking (concentra-se na compra de empresas já existentes no país receptor), efficiency seeking (dedica-se a aproveitar o mercado doméstico já existente, modificando a sua maneira de produzir).

¹¹ Vários destes casos resultaram em ações judiciais que serão analisadas nesta dissertação. Entre os casos mais famosos pode-se citar os casos de *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co* (no qual a empresa transnacional Shell foi acusada de ser cúmplice do Estado Nigeriano em violentamente dirimir um protesto contra uma de suas subsidiárias em 1990, resultando em mortes), o caso *Trafigura na Costa do Marfim* (no qual a empresa é acusada de contratar uma empresa terceirizada sem técnica ou experiência para lidar com o lixo de seu navio *Probo Koala*, resultando em um derramamento de lixo na Costa do Marfim em 2006, com a morte de 16 pessoas e 100.000 pessoas buscando atenção médica) e o caso de *Bhopal vs. Union Carbide Corporation* (a empresa foi acusada de despejar 41 toneladas de lixo tóxico em Bhopal, na Índia em 1984, 15.000 pessoas morreram e mais de 170.000 tiveram consequências a sua saúde). (CURRAN e SLOSS, 2013; MCCORQUODALE, 2013; SKINNER, 2015; CRAGG 2012; ENNEKING, 2014).

¹² Ainda segundo Ruggie (2013, p. 35-36), em parte, o aumento no número de casos de violações de direitos humanos cometidos por transnacionais se dá pelo aumento no número das próprias transnacionais e na estruturação das mesmas, que adquirindo uma cadeia de suprimentos em diferentes espaços geográficos, torna mais difícil o controle controlar das ações de todas as suas empresas subsidiárias pela empresa-mãe.

as TNC cometem abusos e muitas vezes não são responsabilizadas (KINLEY e TADAKI, 2004, p. 933).

De fato, a noção de que empresas podem ser responsáveis por violações de direitos humanos não é totalmente nova na seara internacional – com o tribunal de Nuremberg (que foi criado para julgar os casos concernentes ao Holocausto), industrialistas de firmas importantes que realizaram negócios com o partido Nazista e foram cúmplices de severas violações de direitos humanos, além de se utilizar de trabalho escravo dos “indesejáveis” do Holocausto, foram condenados por suas transgressões. Alfried Krupp e nove administradores da empresa Krupp, por exemplo, foram sentenciados a até doze anos de prisão (STEPHENS, 2002; WEISSBRODT, 2005).

Da mesma forma e mais recentemente, o Tribunal Penal Internacional (TPI) possui jurisdição para processar os administradores de empresas que sejam nacionais de Estados celebrantes do Estatuto de Roma¹³, se perpetradores de condutas proibidas pelo Estatuto (como os crimes contra a humanidade). Em 2016, o TPI afirmou que passaria a analisar os crimes contra a humanidade de maneira mais ampla, incluindo a destruição ao meio ambiente em suas considerações (o “econocídio”) e dando prioridade de julgamento a casos que envolvessem administradores e empresários¹⁴.

Este nascimento e aceitação da comunidade internacional em julgar crimes relacionados a responsabilidade corporativa é baseado na evolução das leis internacionais em criar padrões de responsabilidades individuais. Apesar dos administradores de empresas terem a capacidade de serem julgados em cortes internacionais, as empresas como pessoas jurídicas independentes não podem ser rés diretas na jurisdição internacional e essa possibilidade suscita um debate existencial bem mais intenso do que a punição individual dos administradores de transnacionais (RUGGIE, 2007a, p. 11).

De acordo com o modelo tradicional do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o modelo procedimental das cortes internacionais, as empresas só podem ser consideradas indiretamente responsáveis pelas violações de direitos humanos, já que o ente *diretamente* responsável seria o Estado Nação e as empresas apenas cúmplices deste.

No entanto, as violações de direitos humanos cometidas pelas transnacionais vão além da noção de que a empresa se torna “cúmplice” do Estado no ato violador – classificando-se teoricamente as violações de direitos humanos realizadas por empresas em três esferas distintas

¹³ Decreto 4388/2002 – Estatuto de Roma: Artigo 25 - Responsabilidade Criminal Individual: 1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.

¹⁴ TPI – Policy paper on case selection and prioritization (2016).

(mas não necessariamente autônomas), a depender do contexto (KARP, 2015, p. 23-26): a primeira esfera seria aquela em que a empresa participaria de forma a auxiliar, por meio de seus serviços ou bens, o Estado a realizar violações de direitos humanos das quais saiba ou deveria saber, geralmente por meio de uma autorização oficial do Estado, sendo cúmplice nos abusos deste último; na segunda esfera a governança do Estado e da empresa se misturariam de tal forma que a própria autoridade política e econômica da região permaneceria de titularidade confusa, com um verdadeiro obscurecimento na dinâmica privado/público, com os dois campos tomando decisões e agindo conjuntamente; na última esfera o Estado possuiria uma autoridade econômica e regulatória efetivamente fraca na região na qual a violação, por parte da empresa, se dá (apesar de juridicamente ser soberano em todo seu território nacional), sendo a última geralmente responsável não só pela infraestrutura do local, mas também pelas necessidades básicas da população, como saneamento e educação.

Não se pode olvidar também que a internalização dos direitos humanos e a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos é um movimento recente, ainda em fase de consolidação no cenário internacional, e apesar da grande evolução em pouco tempo, ainda não estabeleceu normativamente responsabilidades diretas as empresas transnacionais.

Oriundo do pós-guerra e decorrente das violações aos direitos humanos de milhões de pessoas cometidos pelos regimes nazista e fascista, fundamentados em legislações nacionais imorais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos retoma o valor kantiano de que a pessoa é um fim em si mesmo e de que as leis devem ter um valor moral, no sentido de proteger a dignidade humana. Fortalece-se a ideia de que os direitos humanos não devem se reduzir a fronteira e ao domínio reservado do Estado, pois revela tema de verdadeiro interesse internacional, relativizando a noção de soberania do Estado (sendo admitidas intervenções no plano nacional para a proteção dos direitos humanos) e cristalizando a noção de que o indivíduo é um sujeito de direitos internacional e deve ter seus direitos humanos protegidos (PIOVESAN, 2014, p. 32-34).

É um fim de uma era em que a forma como os Estados tratavam seus nacionais era uma questão de legislação doméstica. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traduz uma concepção contemporânea dos Direitos Humanos, pela qual os direitos humanos são universais, pois o único requisito para deles ser possuidor é o fato de ser uma pessoa, e indivisíveis, já que quando um direito humano é violado todos também o são (PIOVESAN, 2014, p.35).

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma que *todos* os órgãos da sociedade são responsáveis por promover, por meio de medidas progressivas na

ordem nacional e internacional, o reconhecimento e aplicação universal e efetiva dos direitos humanos, incluindo também nessa seara os agentes não-estatais como recipientes de obrigações de direitos humanos na área internacional¹⁵ (MUCHLINSKI, 2001 e CRAGG, 2012)¹⁶.

Assim, se as TNCs possuem a liberdade e o poder para se comportarem como entidades globais - tanto na feitura das leis internacionais com seu *lobbying* como devido a sua influência e poderio econômico – elas deveriam também ser sujeitas à responsabilidade decorrente de suas ações. O próprio exercício do poder em uma escala global deve originar também um dever em conformidade com padrões internacionais de cuidado (JORGE, 2011, p. 146) – no caso em questão os direitos humanos (considerados, inclusive como *jus cogens*).

A responsabilidade das empresas transnacionais na seara internacional por suas violações de direitos humanos é, portanto, aceita pelo meio acadêmico em geral, discordando-se, entretanto, se tal responsabilidade seria *indireta* (ideia tradicional e mais comumente aceita) ou *direta* (noção influenciada pela globalização e poderio econômico das transnacionais) (CRAGG, 2012; MUCHLINSKI, 2007; JOSEPH, 2004; SKINNER, 2015; PEGG, 2003; KARP, 2015; RUGGIE, 2007a e 2007b).

De acordo com a atualidade do cenário internacional, a relação das empresas transnacionais e a sua responsabilização em caso de violações de direitos humanos, a questão pode ser observada de acordo com quatro modelos teóricos distintos, sendo os três primeiros de acordo com a divisão feita em Wesley Cragg (2012).

O quarto e último modelo decorre desta pesquisa e busca complementar a divisão sistemática de CRAGG (2012) sobre as formas de responsabilização de transnacionais em relação a violações de direitos humanos, ao expor sobre a extraterritorialidade de leis nacionais e sobre uma estratégia processual específica (utilização do *duty of care*) como forma de “driblar” o fato da impossibilidade das transnacionais serem responsabilizadas diretamente em cortes nacionais.

1.1.O modelo legal-tradicional

¹⁵ A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e *todos os órgãos da sociedade*, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.

¹⁶ Vários doutrinadores rebatem ao afirmar que a Declaração se refere apenas a Estados e as transnacionais possuem apenas uma obrigação *indireta* de direitos humanos (CRAGG, 2012, p. 14).

O modelo legal-tradicional delega toda a responsabilidade acerca dos direitos humanos (sua promulgação e proteção) aos Estados, verdadeiros sujeitos de direito internacional (CRAGG, 2012, p. 15) – ele seria a entidade jurídica por excelência, gozando de direitos e deveres no plano internacional, bem como a capacidade para exercê-lo. Estes entes seriam os únicos que possuiriam obrigações diretas de direitos humanos internacional, já que são signatários de diversos tratados de Direitos Humanos, bem como sujeitos aos costumes internacionais e ao *jus cogens*.

Este modelo se baliza em duas grandes correntes históricas de direito: o fato de que os direitos humanos surgiram e evoluíram com o objetivo de salvaguardar o indivíduo contra os abusos do Estado (sendo só essa entidade então que poderia cometer violações de *direitos humanos*) e a doutrina de que os Estados são o sujeito de direito internacional mais importante e que somente ele (e as Organizações Internacionais na medida em que são aglomerações de Estados) poderiam ter obrigações diretas na seara internacional (KINLEY e TADAKI, 2004; WEISSBRODT, 2005; MUCHLINSKI, 2001; BILCHITZ, 2016).

Os direitos humanos evoluíram historicamente como uma ferramenta para proteger os cidadãos dos abusos de poder por parte do Estado e limitar o poder deste. A Carta Magna, outorgada em 1215 na Inglaterra, considerada por muitos um dos primeiros documentos internacionais no sistema de Direitos Humanos (FERREIRA FILHO, 2010), estabeleceu limites para o poder taxativo do Estado e listou prerrogativas dos cidadãos. A partir daí os documentos do sistema internacional de proteção aos direitos humanos focaram-se nas ações estatais e nas consequências de seu abuso de poder, influenciando inclusive as Cortes Internacionais que utilizaram esta base para moldar seus procedimentos e impedir que agentes não-estatais privados possam ser réus nas ações trazidas perante seus órgãos. Para o modelo tradicional, aceitar as empresas como detentoras de responsabilidade diretas distorceria o próprio propósito histórico dos Direitos Humanos.

Apesar da evolução histórica dos direitos humanos ter se dado como forma de impedir o poder tirânico dos Estados, o fundamento normativo que a embasa é outro – o de que a proteção dos direitos humanos ocorre devido a obrigação de proteger certos interesses essenciais intrínsecos importantes para os indivíduos. O foco normativo da lógica inerente aos direitos humanos são a garantia dos direitos dos indivíduos deles portadores e não o tipo de agentes violadores. De acordo com esta noção é que existe a obrigação de que agentes não violem tais garantias, independentemente do tipo de agente e das obrigações necessárias para a proteção dos interesses individuais (BILCHITZ, 2016, p. 145-148).

Ao discutir a alocação de obrigações aos possíveis agentes violadores, portanto, o foco normativo da discussão deve ser sempre os indivíduos portadores de direito, no sentido de que a despeito do agente violador, o indivíduo possa ter a garantia de que a violação ocorrida será reparada na medida do possível e de que seus direitos estão protegidos. Segundo essa lógica – e aceitando que outros agentes além do Estado podem cometer violações de direitos humanos – é mandatória a noção de que todos os atores com capacidade de realizar violações possuem obrigações em relação aos direitos humanos dos indivíduos.

Cumulado com a ideia tradicional de que os Estados são os atores principais de direito internacional, com capacidade de criar e assumir obrigações de direitos humanos, há uma incômoda coexistência entre a tese universal de obrigação decorrente dos direitos humanos (*nonstate-centric idea*) dentro de um modelo estatista (BILCHITZ, 2016, p. 148), baseando-se em três noções teóricas-estruturantes: na noção de que as responsabilidades estatais não poderiam ser delegadas ou divididas (CRAGG, 2012, p. 17), na divisão entre as esferas pública e privada e na concepção de território (AUGENSTEIN e LINDAHL, 2016, p. 2).

As responsabilidades estatais são vistas como exclusivas dos Estados, entre elas as obrigações acerca dos direitos humanos de acordo com os tratados e declarações internacionais que compõem o sistema internacional de direitos humanos. Tais documentos não estabeleceriam obrigações diretas as empresas, mas sim a ideia de que o *Estado* possui o dever de fiscalizar o cumprimento de suas leis específicas de direitos humanos pelas empresas que estivessem em seu território (WEISSBRODT, 2005; RUGGIE, 2013, p. 60-62). As obrigações dos Estados não podem ser delegadas, pois são de sua exclusiva responsabilidade – assim, a proteção dos direitos humanos de seus cidadãos não poderiam ser divididas com agentes privados.

A proteção aos direitos humanos deveria respeitar o modelo liberal, de forma a reconhecer a divisão entre as esferas públicas e privadas – base do mundo capitalista atual – e prevenir que o poder público interfira de forma demasiada na esfera privada de liberdade. A imposição de obrigações diretas acerca dos direitos humanos a empresas seria uma intervenção danosa na esfera privada, haja vista que os agentes privados estão preocupados com o lucro, em uma lógica essencialmente diferente da busca pelo “bem comum” do poder público.

O modelo tradicional também se fundamenta na compartimentalização dos direitos humanos na esfera internacional devido a concepção de território estatal (segundo a qual cada Estado possui soberania apenas sobre seu território). Assim, a obrigação dos Estados em relação a violação de direitos humanos é entendida como confinada a ordem legal no território daquele próprio Estado e não se estende a qualquer pessoa em qualquer lugar.

Em relação as possíveis violações de direitos humanos de empresas transnacionais, o Estado teria uma responsabilidade de proteger seus nacionais contra abusos de terceiros (inclusive entes privados). Logo, a responsabilidade internacional do Estado seria promulgar legislações abrangentes e protetivas, que seriam capazes não apenas de salvaguardar seus nacionais de abusos por parte de empresas, mas também oferecer às vítimas mecanismos judiciais de reparação, além de fiscalizar a atuação de empresas para que estas obedecessem as leis impostas.

Segundo os comentários oficiais da ONU acerca do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos¹⁷ e no Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁸ a responsabilidade estatal no plano internacional em relação aos direitos humanos é subdividida em três noções: o respeito, a proteção e a concretização dos direitos humanos (*respect, protect and fulfil*).

Os Estados são obrigados a respeitar os direitos humanos (*respect*), evitando qualquer tipo de ação estatal não apenas que viole os mesmos, mas aquelas que também possam impedir (direta ou indiretamente) que os indivíduos exerçam seus direitos. Da mesma forma, os Estados devem proteger seus indivíduos de ameaças contra os direitos humanos daqueles (*protect*), sejam estas realizadas tanto por agentes estatais, como por entes privados, o que o Estado

¹⁷ General Comment No. 31 [80] - 8. The article 2, paragraph 1, obligations are binding on States [Parties] and do not, as such, have direct horizontal effect as a matter of international law. The Covenant cannot be viewed as a substitute for domestic criminal or civil law. However the positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to application between private persons or entities. There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights as required by article 2 would give rise to violations by States Parties of those rights, as a result of States Parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities. States are reminded of the interrelationship between the positive obligations imposed under article 2 and the need to provide effective remedies in the event of breach under article 2, paragraph 3. The Covenant itself envisages in some articles certain areas where there are positive obligations on States Parties to address the activities of private persons or entities. For example, the privacy-related guarantees of article 17 must be protected by law. It is also implicit in article 7 that States Parties have to take positive measures to ensure that private persons or entities do not inflict torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on others within their power. In fields affecting basic aspects of ordinary life such as work or housing, individuals are to be protected from discrimination within the meaning of article 26.]

¹⁸ General Comment No. 12: 15. The right to adequate food, like any other human right, imposes three types or levels of obligations on States parties: the obligations to respect, to protect and to fulfil. In turn, the obligation to fulfil incorporates both an obligation to facilitate and an obligation to provide. The obligation to respect existing access to adequate food requires States parties not to take any measures that result in preventing such access. **The obligation to protect requires measures by the State to ensure that enterprises or individuals do not deprive individuals of their access to adequate food.** The obligation to fulfil (facilitate) means the State must proactively engage in activities intended to strengthen people's access to and utilization of resources and means to ensure their livelihood, including food security. Finally, whenever an individual or group is unable, for reasons beyond their control, to enjoy the right to adequate food by the means at their disposal, States have the obligation to fulfil (provide) that right directly. This obligation also applies for persons who are victims of natural or other disasters. (Grifo nosso)

cumprir com a promulgação de legislações protetivas a favor dos direitos humanos. Finalmente, o Estado é obrigado a concretizar os direitos humanos de seus cidadãos (*fulfil*), realizando ações positivas que facilitem o acesso dos indivíduos aos seus direitos, bem como provê-los diretamente se um indivíduo ou grupo não puder exercê-los diretamente.

O contorno deste dever direto do Estado está delineado no julgamento do Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras de 1988 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁹, segundo o qual a responsabilidade do Estado pelos direitos humanos na seara internacional pode ser comprometida por atos de particulares, devido à falta de diligência do ente estatal em prevenir a violação. O Estado tem o dever jurídico de prevenir as violações de direitos humanos, de investigar seriamente violações de direitos humanos em sua jurisdição, de punir os responsáveis na seara doméstica e de assegurar a vítima uma reparação adequada.

Neste entendimento, as obrigações internacionais de direitos humanos das transnacionais são consideradas apenas como *indiretas* – sendo limitadas a observância das leis de direitos humanos e regulações domésticas dos Estados nos quais as empresas se encontram (CRAGG, 2012, p. 15; RUGGIE, 2007a). Segundo tal concepção, o Estado é tanto o “criador” de obrigações em relação aos direitos humanos de entes privados, como o “fiscalizador” das mesmas obrigações (BILCHITZ, 2016, p. 150).

Assim, quando ocorrem violações causadas pelo abuso de poder corporativo, o Estado será responsabilizado diretamente na seara internacional através do sistema internacional de direitos humanos (KINLEY e TADAKI, 2004, p. 953), enquanto que a transnacional não poderá ser responsabilizada diretamente, apenas de forma indireta pela legislação doméstica de cada Estado.

A relação direta das transnacionais com os direitos humanos ocorreria apenas quando a empresa é *vítima* de uma violação de direitos humanos. O entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos é que as transnacionais possuem o direito à propriedade, a liberdade de expressão, privacidade e a um julgamento justo e procedimentalizado (*fair trial*), podendo

¹⁹Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras - É claro, que a princípio, é imputável ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção que seja cumprido por um ato do poder público ou de pessoas que agem prevalecendo-se dos poderes que ostentam pelo seu caráter oficial. Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado é obrigado a prevenir, investigar e sancionar as violações aos direitos humanos, nem as hipóteses em que a sua responsabilidade pode ver-se comprometida por efeito de uma lesão a esses direitos. Com efeito, um fato ilícito de violação dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou, por não ter sido identificado o autor da transgressão, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção. (...) O Estado tem o dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente, com os meios ao seu alcance, as violações que tenham sido cometidas dentro do âmbito de sua jurisdição, a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma adequada reparação.

responsabilizar o Estado quando um terceiro (ou mesmo o próprio Estado) não lhe permitir gozar de tais direitos (MUCHLINSKI, 2001, p. 35).

Como não há um corpo específico de leis internacionais que regulem o comportamento das transnacionais, as leis internacionais de direitos humanos dependem das legislações nacionais para implementar suas provisões (aplicação horizontal), geralmente por meio de suas constituições ou mesmo de leis societárias (KINLEY e TADAKI, 2004, p. 937-938). Entretanto, com o poder político e de barganha das TNC, os quadros regulatórios dos países tendem a ser geralmente fracos – as violações de direitos humanos por parte das transnacionais não são reguladas pela legislação doméstica.

O modelo legal-tradicional compreende alguns marcos positivos claros, entre eles o fato de que é aceito pela teoria tradicional do Direito Internacional, da Econômica e pela própria realidade do mercado, segundo a noção de que as empresas já estariam cumprindo sua responsabilidade acerca dos direitos humanos apenas ao cumprir as leis estatais.

Friedman (1970), um dos maiores defensores da teoria da firma, anunciava que “*the social responsibility of business is to increase its profits*” ao explicar que as empresas já geravam progresso econômico e empregos à população, portanto já contribuiriam ao bem comum, não tendo nenhuma obrigação de realizar atividades filantrópicas ou promotoras dos direitos humanos. A responsabilidade dos administradores em relação aos direitos humanos era apenas a de obedecer à lei e maximizar o lucro²⁰ dos acionistas²¹, o que por si só já ajudaria a sociedade em geral²².

Ademais, ao impor que a única responsabilidade em relação aos direitos humanos das empresas seria a de obedecer às leis de seus países hospedeiros, criar-se-ia uma facilidade em

²⁰ O lucro das empresas – e consequentemente a conduta da mesma para resultar na maximização destes – era considerado como amoral. Os lucros eram neutros moralmente no sentido de que a empresa incorreria no maior lucro após pesar suas opções apenas com uma preocupação própria: em relação a seus acionistas e ao negócio em si mesmo. A sociedade ou o efeito da conduta empresarial na mesma só era importante na medida em que pudesse resultar em um aumento ou diminuição no lucro (e, portanto, nos dividendos dos acionistas) (STEPHENS, 2002).

²¹ As empresas por ações eram consideradas como sendo formadas por um contrato entre agentes racionais, que objetivavam a maximização de seu lucro (AZEVEDO e NOVAES, 1993, p. 36 e BANERJEE, 2007, p. 15). De acordo com este contrato implícito, os acionistas cederiam a administração da empresa a terceiros, para se tornarem recipientes de capital conforme a empresa se valorizasse (BERLE e GARDINER, 1999, p. 8). Logo não seria o desejo nem o interesse dos acionistas que a empresa tivesse outra responsabilidade acerca dos direitos humanos que a de seguir as leis nacionais.

²² Para CRAGG (2012, p. 15-16), as críticas da teoria da firma sobre a possibilidade de empresas serem diretamente responsáveis por violações de direitos humanos podem ser resumidas em: as empresas não possuem poderes intrínsecos para garantir o respeito aos direitos humanos; estabelecer obrigações diretas as empresas é contra o princípio democrático, pois a responsabilidade de perseguir o bem comum seria apenas de servidos públicos; administradores não possuiriam treinamento ou experiência em relação a padrão de conduta acerca de direitos humanos, são sim treinados para realizarem decisões com base no mercado; e, principalmente, o fato de que os princípios de mercado e os princípios de direitos humanos são fundamentalmente opostos, impor obrigações diretas as empresas poderia proporcionar uma dificuldade no funcionamento de mercados competitivos.

se entender as “regras do jogo”, no qual uma empresa não pode ser prejudicada no mercado por possuir mais obrigações que outras empresas, devido ao fato de que as responsabilidades de entes privados estariam claramente estabelecidas em lei.

Além disso, o modelo legal-tradicional possui o benefício de esclarecer como a prestação de contas deve ocorrer – os Estados seriam responsáveis perante seus nacionais e a comunidade internacional pelas violações de direitos humanos de empresas, pois suas leis ou fiscalização não exerceram proteção adequada sobre os direitos humanos de sua população, as empresas seriam responsáveis por obedecer as leis impostas pelos Estados e os nacionais seriam responsáveis (por meio de eleições e mecanismos judiciais) em fiscalizar a moralidade das leis promulgadas pelo Estado. Ao estabelecer como a prestação de contas deve ser exercida, o modelo tornaria a realização dos direitos humanos mais eficientes para todos os entes.

Da mesma forma, o modelo legal-tradicional não é isento de críticas. A principal é a de que a mudança no espaço mundial trazida pela globalização – que alterou significativamente o papel e o poder das transnacionais. As empresas se tornaram instituições com tanto ou mais poder que alguns Estados (*quasi-state institution/ government-like agents*) e o poder dos Estados em estabelecer leis protetivas diminuiu drasticamente. As TNC passaram a operar em um vácuo regulatório internacional, aumentando o número de casos de abusos de direitos humanos exponencialmente, e fazendo com que grande parte da população concorde que as empresas devem ter a responsabilidade não mais apenas de respeitar os direitos humanos, mas também de promovê-los (CRAGG, 2012, p. 22; BILCHITZ, 2016, P. 154-155).

Teoricamente, também se torna desconfortável a noção de que o Estado seria o “criador” das obrigações de direitos humanos de entes privados, justamente pelo fato de que o fundamento dos direitos humanos é de que estes são intrínsecos ao indivíduo, existindo – portanto – independentemente da vontade legislativa do Estado (PIOVESAN, 2014). Logo, não seria necessário que o Estado impusesse em seu ordenamento jurídico doméstico obrigações a empresas, já que estas existem de maneira autônoma (BILCHITZ, 2016, p. 152-154).

Da mesma forma, aceitando esta faceta do Estado como criador, impossível não se afirmar que cabendo ao Estado “criar” as obrigações de direitos humanos devidas pelas empresas em sua legislação nacional, se ele não o fizer, estas não possuiriam obrigações em relação aos direitos humanos. Ou ainda, se as empresas violarem direitos humanos de formas não prescritas em lei, as vítimas não poderiam ser reparadas, já que não havia obrigações para as empresas em primeiro lugar (BILCHITZ, 2016, p. 155-156).

Mesmo com a aceitação do modelo legal-tradicional, este está se modificando internamente para se adequar a nova realidade de um mundo globalizado. O fato da

responsabilidade individual criminal de administradores de empresas poder ser questionada na seara internacional, a promulgação de legislação com efeitos extraterritoriais em casos de violações de direitos humanos por empresas por parte de alguns Estados e até em documentos internacionais e os próprios códigos voluntários, de empresas e Organizações Internacionais, que admitem responsabilidades por diversos direitos humanos são provas que o modelo legal-tradicional está evoluindo, pois mesmo acatando a noção de que a responsabilidade das empresas em relação aos direitos humanos é indireta busca expandir a obrigação do Estado para abarcar mais casos de violações e poder reparar mais vítimas²³.

1.2. O modelo principiológico de códigos voluntários

Cragg (2012, p. 22), define o modelo principiológico de códigos voluntários como uma estrutura baseada em documentos voluntários de responsabilização empresarial, sendo uma evolução direta do modelo legal-tradicional com a adaptação para com as novas ideias de responsabilidade social corporativa e com a aceitação das próprias empresas de que, em alguma medida, elas também seriam responsáveis por respeitar os direitos humanos.

Com a percepção das consequências do modelo capitalista-liberal e da globalização, a responsabilidade social corporativa, que até então era entendida em uma esfera estritamente econômica com a geração de empregos e lucro, o pagamento dos impostos e atos filantrópicos²⁴, passou também a incorporar o cumprimento de obrigações legais trabalhistas e ambientais (TENÓRIO, 2006).

Nessa nova acepção do conceito, entende-se que a empresa está inserida em uma realidade complexa, na qual suas atividades privadas influenciam ou impactam outros agentes, não necessariamente a ela relacionados diretamente. A empresa passa a ser considerada como uma instituição que possui obrigações em relação a sociedade - estas vão além da maximização do lucro (MILLON, 2013, p. 1379) – sendo uma instituição econômica que dispõe de uma função social (DODD JR, 1932, p. 1148), devendo considerar em suas decisões os interesses

²³ Importante afirmar que os modelos teóricos 2 e 4 (ainda a serem explanados nesta pesquisa) se encontram inseridos no modelo 1, na medida em que aceitam que a obrigação das transnacionais em relação a violação de direitos humanos é indireta, podendo ser considerados *evoluções* do primeiro modelo.

²⁴ Na década de 50, a responsabilidade social limitava-se ao ato filantrópico, geralmente em caráter individual por meio de doações ou a criação de fundações. Com a pressão da sociedade, a filantropia passou a ser promovida e integrada pela própria empresa, incorporando o ângulo social na temática empresarial (TENÓRIO, 2006). A ideologia da responsabilidade corporativa era baseada na noção de obrigação da empresa à sociedade, que era vista por alguns como um instrumento para a sociedade e seus administradores como mandatários públicos que possuíam o dever de equilibrar interesses de stakeholders diferentes (empregados, comunidade, fornecedores, acionistas, etc) (BANERJEE, 2007, p. 15).

de seus acionistas, empregados, consumidores, público em geral, e até da indústria como um todo (DODD JR, 1932, 1150).

A responsabilidade corporativa incorporou o conceito da *triple bottom line* (tripé da sustentabilidade), pelo qual a empresa deve levar em conta três ângulos em sua operação: o primeiro seria o econômico, no qual a empresa deve se preocupar com seu lucro e acionistas; o segundo seria a esfera social, uma medida para que a empresa possa controlar o quão responsável socialmente ela é em suas ações; e o terceiro é a esfera ambiental, pois a empresa deve respeitar e proteger o meio ambiente na medida do possível ou reparar o dano da melhor forma se este for certo em razão da própria atividade²⁵.

Os conceitos modernos de responsabilidade social corporativa se baseiam ainda em três acepções (BANERJEE, 2007, p. 16-18): o comprometimento da empresa, obrigações além da legislação aplicável e a prática voluntária. Assim, a empresa deve estar formalmente comprometida com ações de responsabilidade corporativa, seja por meio de códigos de ética, de códigos de auto regulação ou de políticas corporativas – todos resultando em ações práticas na performance social da empresa (principalmente em conflitos entre stakeholders²⁶).

O conceito de responsabilidade corporativa permitiu que a discussão sobre as responsabilidades das empresas em relação aos Direitos Humanos evoluísse com bem mais rapidez, já que o grande desafio do modelo legal-tradicional era justamente como equilibrar o impasse entre ONGs de proteção aos direitos humanos que possuíam uma agenda ambiciosa e as empresas transnacionais que eram contrárias a uma obrigação direta internacional, ao mesmo tempo em que demonstrasse uma evolução na maneira de lidar com os abusos de direitos humanos perpetrados pelas empresas transnacionais e abarcasse as noções trazidas pela nova roupagem da responsabilidade social corporativa²⁷ (RUGGIE, 2013, p. 57-59).

²⁵ Segundo Carrol (1979), não existe uma definição precisa sobre quais seriam os problemas sociais e ambientais com os quais as empresas deveriam se preocupar, eles mudariam de acordo com a atividade e no decorrer do tempo – as empresas resolveriam problemas sociais de acordo com seu aparecimento e na medida em que eles lhes trouxesse conflitos.

²⁶ Stakeholder são as pessoas ou o grupo que tem interesse em uma empresa, podendo ou não ter feito um investimento neles. Assim, os stakeholders não podem ser classificados apenas como os acionistas da empresa (*shareholder*), mas também como seus consumidores, a comunidade do entorno, seus empregados, etc.

²⁷ Para Muchlinski (2007, p. 101-102), existem três posições possíveis acerca da responsabilidade social corporativa internacional em relação as TNCs. A primeira seria uma posição liberal-contratualista que limitaria a agenda ética das transnacionais a proteção da propriedade privada de seus acionistas em frente ao livre comércio, não aceitando que as transnacionais possuíssem qualquer tipo de responsabilidade social. O ponto de vista neoliberal também defende um mercado de livre comércio e investimento internacional, mas não é avesso a uma proteção dos direitos fundamentais ou do meio ambiente, negando, no entanto, o direito ao desenvolvimento (como a OMC e o Banco Mundial). Finalmente, existiria a noção funcionalista regulatória, que afirma a problemática das transnacionais realizarem seus negócios em uma economia global cada vez menos regulada (ou não regulada) e busca a criação de um código global sobre a responsabilidade social corporativa.

Para responder ao impasse, a seara internacional utilizou-se de instrumentos principiológicos. Ao invés de criar obrigações diretas, se baseou no reconhecimento social de Estados e outros atores importantes para influenciar as empresas a adotarem tais instrumentos, em uma ação menos estatista (MARES, 2016). A principal razão pela qual o caminho principiológico ter sido o escolhido foi o fato de que com tais documentos é possível haver uma evolução na questão, mesmo quando os atores envolvidos não concordam em realizar ações mais diretas e obrigatórias (RUGGIE, 2013).

Os instrumentos principiológicos, portanto, se diferem da imposição de uma responsabilidade direta às transnacionais principalmente pelo seu fundamento principal: enquanto que o paradigma central da responsabilidade social corporativa é justamente o fato de que os deveres da empresa são voluntários e discricionários, a responsabilidade direta acerca dos direitos humanos impõe obrigações não-discricionárias.

Dessa forma, a responsabilidade social corporativa e a imposição de obrigações diretas das transnacionais são estruturadas de forma diferente, pois a primeira permite que a transnacional julgue por si mesma quais são os valores centrais que deve respeitar e incorporará em suas decisões administrativas, enquanto que a segunda estabelece deveres que as empresas devem obedecer independentemente de seus objetivos individuais (KARP, 2015, p. 51-55).

Os instrumentos de principiológicos buscam ir além, portanto, das dicotomias público-privado/territorial-extraterritorial para criar uma abordagem policêntrica de governança, na qual autoridades públicas e privadas (Estados e empresas), harmonicamente, criariam uma dinâmica regulatória baseada na influência (*leverage*) da interdependência econômica internacional e das transnacionais (AUGESTEIN e LINDAHL, 2016, p. 10).

Inseridas nesta nova abordagem está a necessidade de que não só as violações de direitos humanos sejam combatidas nas legislações sobre responsabilidade civil e nas leis criminais domésticas dos países, mas também de que aquelas englobem a responsabilidade “global” das empresas pela conduta de seus afiliados (sejam estes subsidiárias, empresas terceirizadas ou sua cadeia de suprimento), inclusive em seus países hospedeiros (ângulo extraterritorial).

Além disso, a mesma abordagem deve ser seguida pelos meios mais tradicionais do Direito Internacional – nas relações entre Estados (*state-state channels*). Assim, tratados internacionais sobre investimento, comércio internacional, direitos humanos, etc., precisariam seguir a mesma lógica de exigir que as legislações domésticas tenham um alcance extraterritorial (MARES, 2016).

Dois dos documentos principiológicos mais influentes na esfera de Empresas e Direitos Humanos se originaram na Organização Mundial do Trabalho (OIT) e na Organização para

a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (RUGGIE, 2013; WEISSBRODT, 2014; CRAGG, 2012).

A Declaração Tripartite De Princípios Sobre Empresas Multinacionais e Política Social da OIT, adotada desde 1977, foi endossada por Estados, organizações de trabalhadores e empregadores, proclamando que todas as partes devem respeitar a Declaração Universal de Direitos Humanos e outras declarações da OIT²⁸. As Linhas Diretrizes para Empresas Multinacionais da OCDE de 1976 (revisadas em 2000 e novamente em 2011) trazem como um de seus princípios gerais a afirmação de que as empresas transnacionais devem respeitar os compromissos internacionais assumidos pelo país hospedeiro²⁹.

Os instrumentos principiológicos estabelecem obrigações diretas a seus signatários – as empresas transnacionais estariam sujeitas não apenas as leis nacionais dos países hospedeiros, geralmente mais permissivas na seara dos direitos humanos, mas principalmente a todos os instrumentos de proteção de direitos humanos a qual aqueles países sejam signatários na esfera internacional (OECD) e a outros instrumentos em relação a normas trabalhistas (OIT).

Ambos lidam com a aceção de responsabilidade social corporativa em seu ângulo instrumental, pois refletem negócios voluntariamente aceitando responsabilidade de direitos humanos – uma das maiores forças do modelo, já que permite que ele evolua mais rapidamente devido a boa vontade das transnacionais.

Além de tais instrumentos, diretrizes para a proteção dos direitos humanos tem surgido na forma de códigos voluntários adotados pelas empresas, por meio de códigos de ética a serem seguidos por todas as empresas de um grupo econômico ou códigos voluntários internacionais

²⁸ POLÍTICA GERAL 8. Todas as partes a que se refere esta Declaração deveriam respeitar os direitos soberanos dos Estados, observar as leis e regulamentos nacionais, ter na devida conta as práticas locais e respeitar as normas internacionais aplicáveis. Deveriam também respeitar a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os pactos internacionais correspondentes adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seus princípios, segundo os quais a liberdade de expressão e de associação são essenciais ao progresso sustentado. Deveriam também respeitar a Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento, adotada em 1998. Deveriam ainda cumprir os compromissos livremente contraídos de conformidade com a legislação nacional e obrigações internacionais assumidas.

²⁹ II. Políticas gerais As empresas deverão levar plenamente em conta as políticas estabelecidas nos países onde realizam suas operações, e tomar em consideração o ponto de vista das outras partes interessadas. Neste aspecto, as empresas deverão : 1. Contribuir para o progresso econômico, social e ambiental com o propósito de chegar ao desenvolvimento sustentável. 2. Respeitar os direitos humanos daqueles envolvidos nas atividades destas empresas, **consistentes com as obrigações e os compromissos internacionais do governo hóspede**. 3. Estimular o fortalecimento das capacidades locais, através de uma estreita cooperação com a comunidade local, incluindo interesses empresariais, bem como a expansão das atividades da empresa nos mercados doméstico e internacional, compatíveis com a necessidade de boas práticas comerciais. (Grifo nosso)

específicos de certos setores industriais, como o do Conselho Internacional de Mineração e Metais (ICMM, da sigla em inglês)³⁰ (WEISSBRODT, 2014).

A ONU tem se mostrado uma Organização que há mais de cinquenta anos, desde a criação de uma Comissão sobre Empresas Transnacionais na década de 70³¹, busca estabelecer um direção normativa sobre as obrigações das transnacionais acerca dos direitos humanos (DEVA, 2004, p. 496) e está, porventura por causa de sua escolha em utilizar instrumentos de principiologicos e na metodologia neles utilizada, entre as Organizações Internacionais mais bem sucedidas nesta missão, contando com um maior apoio das próprias empresas, especialmente a favor dos Princípios Orientadores de Empresas e Direitos Humanos de 2011 (BILCHITZ e DEVA, 2013, p. 4).

Já em 2000, a ONU lançou oficialmente a iniciativa *Global Compact*³² com o objetivo de estabelecer uma globalização mais igualitária, engajando entes privados e estimulando uma parceria público-privada (BILCHITZ e DEVA, 2013, p. 6), mobilizando a comunidade empresarial a adotar em suas práticas negociais valores fundamentais e aceitos

³⁰ O princípio 3, por exemplo, explicita sobre as obrigações voluntariamente assumidas por todos aqueles que querem integrar o Conselho: Principle 3 - Respect human rights and the interests, cultures, customs and values of employees and communities affected by our activities: 1. Ensure fair remuneration and work conditions for all employees and never use forced, compulsory or child labour; 2. Engage constructively with employees on matters of mutual concern; 3. Implement policies and practices designed to eliminate harassment and unfair discrimination in all our activities; 4. Ensure all employees, including security personnel, are provided with appropriate training and guidance on cultural issues and human rights; 5. Minimise involuntary resettlement, and compensate fairly for adverse effects on the community where resettlement cannot be avoided; 6. Respect the culture, customs and heritage of local communities, including indigenous peoples.

³¹ A Comissão produziu esboços de códigos regulatórios das atividades das transnacionais, completos em 1982 e 1990, geralmente com previsões da obrigação da transnacional cumprir tanto a legislação de seu país hospedeiro, quanto de seu país de origem. Entretanto, com o fim da Guerra Fria e o interesse dos Estados em atrair IED, a desregulação das transnacionais teve ênfase e os projetos foram abandonados (CHAMBERS e KINLEY, 2006, p. 8-10).

³² O *Global Compact* foi baseado nos valores das Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

internacionalmente³³ nos ramos de direitos humanos, direito do trabalho, proteção ao meio ambiente³⁴ e combate a prática da corrupção³⁵.

Em 2017, esse grupo de debate voluntário já conta com 9.269 empresas em 164 países³⁶, objetivando a promoção dos dez princípios gerais do *Global Compact*³⁷ e o estímulo na adoção destes nas práticas das empresas. Tais princípios devem ser cumpridos por todas as empresas no curso de suas atividades para que estas possam ser consideradas como responsáveis³⁸.

O propósito do grupo está na aprendizagem e na formação de um diálogo entre firmas, não tendo como finalidade ser um instrumento regulatório propriamente dito das atividades empresariais, por isso não possuindo mecanismos de prestações de contas. O *Global Compact* exige apenas que as empresas enviem relatórios sobre suas atividades, sendo marcadas como “inativas” no fórum se tais documentos não forem remetidos.

³³ No lançamento não oficial do *Global Compact* (Janeiro de 1999), o então Secretário Geral das Nações Unidas Kofi Annan realizou um convite a toda comunidade empresarial: “This year, I want to challenge you to join me in taking our relationship to a still higher level. I propose that you, the business leaders gathered in Davos, and we, the United Nations, initiate a global compact of shared values and principles, which will give a human face to the global market. Globalization is a fact of life. But I believe we have underestimated its fragility. The problem is this. The spread of markets outpaces the ability of societies and their political systems to adjust to them, let alone to guide the course they take. History teaches us that such an imbalance between the economic, social and political realms can never be sustained for very long. The industrialized countries learned that lesson in their bitter and costly encounter with the Great Depression. In order to restore social harmony and political stability, they adopted social safety nets and other measures, designed to limit economic volatility and compensate the victims of market failures. That consensus made possible successive moves towards liberalization, which brought about the long post-war period of expansion. Our challenge today is to devise a similar compact on the global scale, to underpin the new global economy. If we succeed in that, we would lay the foundation for an age of global prosperity, comparable to that enjoyed by the industrialized countries in the decades after the Second World War. Specifically, I call on you -- individually through your firms, and collectively through your business associations -- to embrace, support and enact a set of core values in the areas of human rights, labour standards, and environmental practices.”

³⁴ Segundo o então Secretário Geral das Nações Unidas Kofi Annan, sobre a escolha dos temas dos princípios (Janeiro de 1999): “Why those three? In the first place, because they are all areas where you, as businessmen and women, can make a real difference. Secondly, they are areas in which universal values have already been defined by international agreements, including the Universal Declaration, the International Labour Organization's Declaration on fundamental principles and rights at work, and the Rio Declaration of the United Nations Conference on Environment and Development in 1992. Finally, I choose these three areas because they are ones where I fear that, if we do not act, there may be a threat to the open global market, and especially to the multilateral trade regime.”

³⁵ Esta última noção só adicionada em 2004.

³⁶ De acordo com o website do *Global Compact*.

³⁷ Segundo o website do *Global Compact*, os dez princípios são: 1. As empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente; 2. Assegurar-se de sua não participação em violações destes direitos; 3. As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; 4. A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; 5. A abolição efetiva do trabalho infantil; 6. Eliminar a discriminação no emprego; 7. As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais; 8. Desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental; 9. Incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis; e 10. As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina.

³⁸ Os mecanismos específicos do grupo de debate se baseiam no diálogo entre firmas e entre estas e a ONU, na aprendizagem com as condutas de sucesso de empresas do mesmo setor, na realização de projetos entre empresas parceiras e na criação de network negociais entre empresas responsáveis socialmente.

O fato de que o *Global Compact* não monitora ou verifica o cumprimento de seus princípios de forma autônoma é a crítica mais recorrente sobre esta iniciativa, pois sem um mecanismo de fiscalização o pacto poderia ser usado pelas empresas apenas como uma ferramenta de marketing, permitindo que empresas se associem a iniciativa apenas com o fito de legitimar perante a comunidade internacional suas ações, mesmo quando estas não sejam, na prática, sustentáveis (DEVA, 2006; NOLAN, 2005; RASCHE, 2009).

O pacto, entretanto, não tem por pretensão ser uma ferramenta regulatória, mas uma comunidade de aprendizagem. Dessa forma, não se pode critica-lo por não ter um mecanismo específico de prestações de contas, já que nunca se propôs a sê-lo. Uma fiscalização das ações empresariais seria quase que impossível simplesmente pela enorme dificuldade em criar indicadores de sustentabilidade para todas as empresas, em todos os setores (RASCHE, 2009, p. 529-532).

Além desta crítica, Rasche (2009, p. 524-529) descreve como outras críticas recorrentes na doutrina a de que o Pacto abriria uma porta para que transnacionais “capturassem” a ONU, pois a iniciativa poderia ser usada como uma ferramenta para que transnacionais ditassem a agenda da Organização Internacional de acordo com suas motivações individuais sem um procedimento democrático e a crítica de que os princípios que baseiam o *Global Compact* não são claros e falham em prover ações concretas para as empresas transnacionais.

Porém, considerando que as transnacionais são Governadores Globais e exercem influência em Organizações Internacionais, inclusive a ONU (com ou sem a afiliação ao *Global Compact*), para a promulgação de legislação, bem como o fato de que os princípios que fundamentam o pacto são postos não como ações concretas, mas como ponto de partida para uma discussão entre empresas, as críticas ao pacto não prosperam.

Partindo da noção trazida nos dez princípios do *Global Compact* e na ideia já declarada de que a responsabilidade estatal internacional em relação aos direitos humanos possuiria três facetas, em 2008 a ONU criou um modelo - *Protect, Respect and Remedy* (proteger, respeitar e reparar) - para que as empresas conseguissem garantir os direitos humanos das comunidades as quais estavam relacionadas.

O modelo conta com três principais princípios fundamentais na responsabilidade social corporativa: o Estado tem o dever de proteger seus cidadãos contra violações aos direitos humanos daqueles (*protect*), mesmo que estas sejam realizadas por empresas; as empresas possuem uma responsabilidade de respeitar os direitos humanos (*respect*); e a adoção de remédios mais efetivos para a reparação das vítimas, quer sejam judiciais ou não (*remedy*).

O primeiro princípio basilar aduz que o Estado tem o dever de proteger seus cidadãos contra abusos cometidos por terceiros, incluindo empresas, através de políticas de regulação e legislação apropriada. Este princípio afirma o papel do ente estatal como o agente principal na prevenção de violações de direitos humanos perpetradas por transnacionais.

O Estado tem como dever agir em ao menos cinco áreas essenciais: estimular uma melhor coerência política entre ações conjuntas com empresas, incluindo a proteção da habilidade do próprio Estado em proteger os direitos humanos de seus cidadãos ao celebrar acordos econômicos, promover o respeito pelos direitos humanos nas situações em que o Estado age como ente privado em qualquer capacidade, incentivar uma cultura de respeito aos direitos humanos no âmbito interno e no internacional, estabelecer políticas diferenciadas para empresas atuando em áreas de conflito e examinar o assunto da possível extraterritorialidade de uma violação (ONU, 2008, p. 9-14).

O segundo princípio se refere a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos, agindo com *due diligence* (devida diligência) para evitar violar os direitos humanos da comunidade com a qual se relaciona e reparando os danos ocorridos. Importante notar que o termo utilizado no modelo é a *responsabilidade* das empresas e não o *dever*, já que o respeito aos direitos não é uma obrigação direta imposta pela lei internacional as empresas e sim um padrão global de comportamento refletido nos instrumentos principiológicos de responsabilidade corporativa.

Empresas tem o poder de afetar a maioria dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, a depender do contexto em que empresa conduz suas operações. Para que uma empresa respeite os direitos humanos ela deve se guiar pelas declarações e convenções internacionais de direitos humanos e realizar um processo de diligência, pelo qual ela possa ter conhecimento, prevenir e reparar violações de direitos humanos e seus impactos. Os elementos-chave de uma diligência prévia seriam o reconhecimento de possíveis violações de direitos humanos, a integração do respeito aos direitos humanos nas funções internas e externas da empresa e a constante auditoria de direitos humanos (ONU, 2008, p. 14-19).

As empresas também têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos dentro de sua “esfera de influência” (conceito introduzido desde o *Global Compact*). A esfera de influência é dividida em duas espécies distintas: *o impacto (impact)*, que se manifesta quando as próprias atividades ou relacionamentos das empresas causem a violação aos direitos humanos e a *influência propriamente dita (leverage)*, que seria a influência que uma empresa possui sobre outros atores de sua cadeia produtiva que estariam causando as violações ou mesmo na

situação em que a empresa poderia preveni-las devido a sua influência com a empresa violadora e evitou fazê-lo (RUGGIE, 2008).

Enquanto que o impacto das atividades empresarias se enquadra perfeitamente na concepção de responsabilidade corporativa, a influência propriamente dita não é aplicável em todas as ocasiões, pois um ente privado não pode ser considerado responsável por atos de terceiro pelos quais não foi, ao menos indiretamente, responsável.

Além do que, para que a esfera de influência seja estabelecida não há a necessidade de que haja uma relação de proximidade entre empresas ou entre a empresa e a comunidade, pois as ações violadoras de direitos humanos podem causar vítimas geograficamente distintas da unidade física da empresa (ONU, 2008, p. 19-20).

O princípio da reparação se aplica tanto ao dever do Estado de proteger, como a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos e tem como escopo influenciar a criação e o melhoramento de mecanismos para investigação, punição e reparação de violações de direitos humanos. Tais mecanismos devem ser criados tanto na esfera estatal (judicialmente ou a partir de outros métodos de resolução de conflito), como na esfera privada (o que ocorreria no próprio processo de *due diligence*) (ONU, 2008, p. 22-27).

Os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, criados em 2011 e aprovados unanimemente pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, é um documento que busca um padrão internacional sobre os respectivos papéis das empresas³⁹ e governos⁴⁰ de garantir o respeito aos direitos humanos em suas operações de negócios (RUGGIE, 2013). Os Princípios Orientadores buscam estabelecer diretrizes práticas sobre como incorporar as orientações do *Global Compact* e exerce um papel fundamental no desenvolvimento de padrões de respeito aos direitos humanos por outras Organizações internacionais (como a OCDE).

Os Princípios Orientadores são baseados nos três pilares do modelo e na noção de um “pragmatismo principiológico” (*principled pragmatismo*), segundo a qual a ONU se compromete a estimular e fortalecer o respeito aos direitos humanos de uma forma prática e que realmente tenha impacto no dia a dia das possíveis vítimas, evitando discussões demoradas e sem resultados efetivos (RUGGIE, 2013). Esta ideia fez com que os Princípios pudessem

³⁹ PRINCÍPIO 11 - As empresas devem respeitar os direitos humanos. Isso significa que devem se abster de infringir os direitos humanos de terceiros e enfrentar os impactos negativos sobre os direitos humanos nos quais tenham algum envolvimento.

⁴⁰ PRINCÍPIO 1 - Os Estados devem proteger contra violações dos direitos humanos cometidas em seu território e/ou sua jurisdição por terceiros, inclusive empresas. Para tanto, devem adotar as medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e reparar tais abusos por meio de políticas adequadas, legislação, regulação e submissão à justiça.

ignorar vários assuntos controvertidos, como a imposição de obrigações diretas as empresas⁴¹ e estabeleceu a responsabilidade das transnacionais em um nível abaixo do esperado pelas ONGs internacionais de defesa dos Direitos Humanos (BILCHITZ e DEVA, 2013).

Os Princípios, como o *Global Compact*, fundamentam-se na ideia de que as empresas devem possuir uma licença social global de operação⁴² por um grupo social e político e não mais apenas só o respeito a legislação doméstica⁴³, ou seja, as obrigações das empresas com respeito aos direitos humanos seriam *sociais* (aquelas esperadas pela comunidade) e não legais⁴⁴ (LINDAHL, 2016).

O fato de que a responsabilidade das empresas se baseia em um padrão social esperado de comportamento dos entes privados, tornam as responsabilidades não-obrigatórias e contrárias ao próprio fundamento dos direitos humanos (que existiriam independentemente de seu reconhecimento pela sociedade), pois passariam a existir somente no momento em que a comunidade as exigissem e quando a falta de seu cumprimento afetasse negativamente os resultados financeiros da empresa, além de impedir que medidas como as descritas pelos Princípios Orientadores sejam cobradas judicialmente. A retórica do fundamento do respeito aos direitos humanos é convertida em uma lógica na qual os direitos devem ser respeitados por trazer benefícios à empresa, como por exemplo uma melhor ferramenta de marketing (BILCHITZ e DEVA, 2013, p. 118-120).

Ressalte-se que ao afirmar que as empresas devem respeitar os direitos humanos e agir de forma que suas operações negociais não prejudiquem seus empregados, consumidores ou pessoas da comunidade, os Princípios Orientadores incluem nesse escopo todas aquelas violações que enquadrem pessoas que vivam em lugares nos quais a empresa possua alguma esfera de influência. Ou seja, a empresa deve respeitar os direitos humanos também daqueles

⁴¹ Princípios Orientadores – Comentários ao Princípio 12 - A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos diferencia-se das questões de responsabilidade jurídica e do cumprimento das leis que seguem dependendo em grande parte das disposições legislativas nacionais nas jurisdições pertinentes.

⁴² ONU, 2008, p. 16-17: 54. In addition to compliance with national laws, the baseline responsibility of companies is to respect human rights. Failure to meet this responsibility can subject companies to the courts of public opinion - comprising employees, communities, consumers, civil society, as well as investors - and occasionally to charges in actual courts. Whereas governments define the scope of legal compliance, the broader scope of the responsibility to respect is defined by social expectations - as part of what is sometimes called a company's social licence to operate.

⁴³ Princípios Orientadores – Comentários ao Princípio 11 - A responsabilidade de respeitar os direitos humanos constitui uma norma de conduta mundial aplicável a todas as empresas, onde quer que operem. Isso ocorre independentemente da capacidade e/ou vontade dos Estados de cumprir suas próprias obrigações de direitos humanos e não reduz essas obrigações. Trata-se de uma responsabilidade adicional e além do cumprimento das leis e normas nacionais de proteção dos direitos humanos.

⁴⁴ Princípios Orientadores – Comentários aos Princípios Gerais - Em nenhum caso estes Princípios Orientadores devem ser interpretados de modo a estabelecer novas obrigações de direito internacional, nem restringir ou reduzir obrigações legais que um Estado tenha assumido, ou esteja sujeito em conformidade com as normas de direito internacional em matéria de direitos humanos.

que possam ser afetados por suas ações ou omissões, mesmo que não possam com ela um relacionamento direto – como os empregados das empresas que façam parte de sua cadeia de suplementos ou mesmo suas subsidiárias⁴⁵.

O modelo aceito pela ONU admite que as obrigações das empresas transnacionais em relação aos direitos humanos são indiretas, buscando no aumento da percepção da comunidade corporativa sobre a importância dos direitos humanos seu fundamento para estabelecer obrigações indiretas em níveis internacionais e locais (ou, em outras palavras, nos países de origem e hospedeiros das transnacionais).

A vantagem desta evolução do modelo legal-tradicional é que os códigos voluntários aceitam a característica universal dos Direitos humanos, ocasionando uma universalização dos mesmos, o que as legislações nacionais dos diversos países nos quais as transnacionais realizam negócios não permitem por si só (CRAGG, 2012, p. 21-23).

No entanto, este modelo também possui críticas. Ao admitir que os códigos são voluntários, eles vão contra o próprio conceito de Direitos Humanos. Os códigos de ética voluntários permitem que as empresas possam escolher quais direitos humanos desejam cumprir, não levando em conta a indivisibilidade destes ou o fato de que escolher cumprir um direito humano não é uma opção (CRAGG, 2012, p. 22).

Além disso, na maioria dos códigos voluntários, como nos próprios Princípios Orientadores, não existe uma preocupação com a prestação de contas - não há um sistema de monitoramento para fiscalizar o cumprimento daqueles direitos humanos que a empresa aceitou, pois são instrumentos principiológicos (KINLEY e TADAKI, 2004, p. 951). Esta opção implica ainda que a maneira de se interpretar os direitos humanos e as determinações (muitas vezes gerais) que existem nestes instrumentos ficam a cargo da arbitrariedade corporativa.

A maior força do modelo, portanto, também é sua maior fragilidade. O modelo principiológico de códigos de ética voluntários é o que tem evoluído mais rapidamente, pelo apoio recebido da comunidade corporativa, justamente pelo fato de ser não ser obrigatório (RUGGIE, 2013). No entanto, a característica da voluntariedade é a mesma que remete ao modelo sua principal falha, pois mesmo que haja uma responsabilidade, esta não é aplicável a

⁴⁵ PRINCÍPIO 13 - A responsabilidade de respeitar os direitos humanos exige que as empresas: A. Evitem que suas próprias atividades gerem impactos negativos sobre direitos humanos ou para estes contribuam, bem como enfrentem essas consequências quando vierem a ocorrer; B. Busquem prevenir ou mitigar os impactos negativos sobre os direitos humanos diretamente relacionadas com operações, produtos ou serviços prestados por suas relações comerciais, inclusive quando não tenham contribuído para gerá-los.

todas as empresas e também não pode ser buscada em uma corte de justiça (seja nacional ou internacional).

1.3. O modelo de normas internacionais

Cragg (2012, p. 24) afirma que o modelo das normas internacionais parte da noção de que as transnacionais possuem poderes tão fortes quanto vários Estados⁴⁶, devendo assim também ser responsáveis diretamente tal qual um Estado seria pelas violações de direitos humanos que cometem⁴⁷ (RUGGIE, 2013, p. 45), inclusive com a promulgação de tratados internacionais que imponham obrigações de direitos humanos a transnacionais paralelos aquelas já impostas aos Estados.

A principal característica deste modelo é a mudança de paradigma do discurso da responsabilidade social corporativa, já que as transnacionais passam a ter obrigações internacionais diretas em relação aos direitos humanos, na medida em que Estados não são capazes ou não tem vontade política para impor obrigações diretas através de legislações nacionais. As leis internacionais seriam as únicas ferramentas que poderiam ser responsáveis por criar padrões uniformes de proteção aos direitos humanos diretamente dirigidas a transnacionais (RUGGIE, 2013, p. 46), único método efetivo de institucionalização das obrigações de direitos humanos das transnacionais (CRAGG, 2012, p. 24).

Segundo parte da doutrina (KINLEY e TADAKI, 2004; WEISSBRODT, 2005; CRAGG, 2012), a imposição de obrigações diretas à transnacionais seria a evolução do modelo dos códigos voluntários, sendo criadas de duas formas: por meio do costume internacional ou pela promulgação de normas internacionais obrigatórias e diretas para as transnacionais

O modelo principiológico de códigos voluntários se tornaria vinculante e daria forma a um sistema internacional de reponsabilidade de transnacionais, perdendo sua característica de voluntariedade - as iniciativas se tornariam vinculantes por meio do costume internacional, já que sendo as Organizações Internacionais que as criaram formadas por Estados, se estes

⁴⁶ Normas sobre a Responsabilidade das Empresas Transnacionais e outras empresas em relação aos direitos humanos – Preâmbulo - Taking note of global trends which have increased the influence of transnational corporations and other business enterprises on the economies of most countries and in international economic relations, and of the growing number of other business enterprises which operate across national boundaries in a variety of arrangements resulting in economic activities beyond the actual capacities of any one national system.

⁴⁷ Normas sobre a Responsabilidade das Empresas Transnacionais e outras empresas em relação aos direitos humanos – Preâmbulo - *Reaffirming* that transnational corporations and other business enterprises, their officers - including managers, members of corporate boards or directors and other executives - and persons working for them have, inter alia, human rights obligations and responsibilities and that these human rights norms will contribute to the making and development of international law as to those responsibilities and obligations.

implementassem tais códigos de maneira constante, eles poderiam se tornar um costume internacional obrigatório (KINLEY e TADAKI, 2004, p. 952).

O estabelecimento de obrigações diretas e não-voluntárias às transnacionais também poderia ocorrer pela promulgação de leis internacionais relacionadas aos Direitos Humanos. Em 2003, a Subcomissão da ONU de Promoção e Proteção de Direitos Humanos aprovou um projeto de instrumento internacional para regular a conduta de transnacionais com base em normas de direitos humanos – as *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*.

De acordo com tais normas as empresas transnacionais possuem o dever de promover, concretizar e respeitar os direitos humanos dentro de sua esfera de influência⁴⁸, além do dever de não se beneficiar de violações de direitos humanos por outrem, especialmente em áreas de conflito, condições de trabalho degradantes e em relação a crimes contra a humanidade⁴⁹.

As normas trouxeram também uma demonstração do que seria a esfera de influência de uma empresa, já que não se dirigem apenas as transnacionais, mas também a outros tipos de empresas (*other business enterprises*) que possuam relação com as transnacionais, independentemente de sua forma jurídica ou área de operação, sejam elas parceiras, subcontratadas, subsidiárias, filias, distribuidoras ou parte da cadeia de suprimentos ou distribuição⁵⁰.

Apesar do Estado ainda ser visto como o principal agente responsável pela proteção dos direitos humanos⁵¹, as normas provêm uma imposição direta de deveres acerca de direitos humanos na esfera de atividade e influência das transnacionais, com o objetivo de fortalecer o potencial de proteção dos direitos humanos em situações em que as responsabilidades do Estado não são efetivamente cumpridas ou naquelas áreas em que mesmo que as responsabilidades

⁴⁸ Cláusula 1. (...) Within their respective spheres of activity and influence, transnational corporations and other business enterprises have the obligation to promote, secure the fulfilment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international as well as national law, including the rights and interests of indigenous peoples and other vulnerable groups.

⁴⁹ Cláusula 3. Transnational corporations and other business enterprises shall not engage in nor benefit from war crimes, crimes against humanity, genocide, torture, forced disappearance, forced or compulsory labour, hostage-taking, extrajudicial, summary or arbitrary executions, other violations of humanitarian law and other international crimes against the human person as defined by international law, in particular human rights and humanitarian law.

⁵⁰ Cláusula 21. The phrase “other business enterprise” includes any business entity, regardless of the international or domestic nature of its activities, including a transnational corporation, contractor, subcontractor, supplier, licensee or distributor; the corporate, partnership, or other legal form used to establish the business entity; and the nature of the ownership of the entity. These Norms shall be presumed to apply, as a matter of practice, if the business enterprise has any relation with a transnational corporation, the impact of its activities is not entirely local, or the activities involve violations of the right to security as indicated in paragraphs 3 and 4.

⁵¹ Cláusula 1. States have the primary responsibility to promote, secure the fulfilment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international as well as national law, including ensuring that transnational corporations and other business enterprises respect human rights. (...)

estatais de acordo estejam sendo atendidas, o alcance jurisdicional ainda seja menor e menos efetivo que o alcance das atividades das transnacionais (CHAMBERS e KINLEY, 2006, p. 21).

O objetivo de melhorar a proteção dos direitos humanos já administrada pelo Estado em áreas problemáticas, geralmente naquelas situações em que a transnacional possui um poder de fato maior que o governo da região onde atua (ou onde atuam suas subsidiárias) explica não só a necessidade de regular, com obrigações diretas, as transnacionais, como também as situações em que uma subsidiária pode ter sua personalidade jurídica desconsiderada para responsabilizar sua empresa mãe (CHAMBERS e KINLEY, 2006, p. 21).

O escopo dos direitos humanos protegidos pelas normas é variado⁵², englobando várias declarações de direitos humanos e tratados internacionais⁵³, fazendo com que os direitos humanos contemplados nas normas como de responsabilidade das transnacionais seja quase o mesmo que o dos Estados (inclusive direitos políticos e civis). Além disso, as normas também possuem mecanismos de fiscalização e implementação, imbuindo as obrigações diretas de direitos humanos de acordo com padrões internacionais e nacionais legais (CRAGG, 2012, p. 25).

Na prática, tanto Estados, como transnacionais foram contrários a esta equalização e a proposta das Normas de estabelecer obrigações diretas as empresas transnacionais, não só porque o escopo dos direitos humanos abarcados era extremamente amplo, como o regime pareceria não suportar a diferença intrínseca entre o mercado privado e o interesse público (RUGGIE, 2013, p. 46; CRAGG, 2012, p. 26).

Tais críticas fizeram com que o projeto nunca fosse aceito pelo corpo dirigente da ONU. Um Representante Especial sobre o assunto foi eleito para formular um novo plano de embate acerca da questão (DEVA, 2004), abarcando sugestões de várias parcelas da sociedade (entre empresas, ONGs e acadêmicos) e construindo uma nova visão a partir de uma ação *bottom-up*. Anos mais tarde, esta iniciativa se traduziria nos Princípios Orientadores de Empresas e Direitos Humanos de 2011 (RUGGIE, 2013).

Mesmo não tendo sido aceita, as *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* funcionam como

⁵² Cláusula 12. Transnational corporations and other business enterprises shall respect economic, social and cultural rights as well as civil and political rights and contribute to their realization, in particular the rights to development, adequate food and drinking water, the highest attainable standard of physical and mental health, adequate housing, privacy, education, freedom of thought, conscience, and religion and freedom of opinion and expression, and shall refrain from actions which obstruct or impede the realization of those rights.

⁵³ Cláusula 23. The phrases “human rights” and “international human rights” include civil, cultural, economic, political and social rights, as set forth in the International Bill of Human Rights and other human rights treaties, as well as the right to development and rights recognized by international humanitarian law, international refugee law, international labour law, and other relevant instruments adopted within the United Nations system.

um guia dentro dos modelos de responsabilização de transnacionais na seara internacional: as normas possuem um compromisso de que as responsabilidades dos Estados acerca dos direitos humanos não diminuirão, mesmo que as transnacionais tenham passado a integrar o sistema de proteção aos direitos humanos internacional; as normas são aplicadas não só a transnacionais, mas a todo tipo de estruturação-jurídica de empresa, dentro de sua própria área de influência, a fim de evitar fraudes societárias na estruturação de empresas transnacionais para que não entrassem no escopo do instrumento, bem como a discriminação de que poderia ser acusado em relação a outros negócios; possuem uma ampla e abrangente cobertura em relação aos direitos humanos; sua natureza voluntária, mas que afirma serem as empresas *diretamente* responsáveis por violações de direitos humanos; e, finalmente, a norma traz procedimentos instrumentais básicos para que suas cláusulas sejam realizadas pelas TNCs (WEISSBRODT, 2005, p. 286-288).

No entanto, mesmo no plano teórico, a visão de que as transnacionais deveriam ter obrigações diretas de direitos humanos não é isenta de críticas. A literatura aponta cinco críticas principais sobre a questão: a única responsabilidade de uma transnacional seria de maximizar o lucro de seus acionistas; agentes privados, como TNCs, não possuiriam um dever legal de observar direitos humanos, seu único dever seria em obedecer a lei; transnacionais só poderiam exercer influência em alguns tipos de direitos humanos (de base econômica e social, mas não os direitos civis e políticos); o fato de apenas algumas empresas protegerem os direitos humanos poderia criar um problema de “*caronas*”, no qual transnacionais que cumprissem suas obrigações em relação aos direitos humanos teriam mais custos e estariam em situação prejudicial na competição com aquelas empresas que não desempenhassem seus deveres; e as ONGs, que poderiam ser movidas por forças políticas ocultas, podendo ter como interesse cobertura midiática e não a verdadeira certeza de que todas as empresas estariam realmente protegendo os direitos humanos (MUCHLINSKI, 2007, p. 515-517).

Em relação a primeira crítica é necessário afirmar que a noção que a transnacional (como negócio que é) possui outras obrigações que não a busca pelo lucro é antiga, além disso, de forma voluntária, por meio de códigos de ética e códigos internacionais voluntários, as próprias transnacionais estão reconhecendo que possuem responsabilidades que vão além da maximização do lucro. O benefício reputacional colhido por empresas que efetivamente se engajam na proteção dos direitos humanos e são vistas pela sociedade como socialmente responsáveis, superariam o problema dos *caronas*.

Um dos principais argumentos dos defensores do modelo tradicional-legal é o fato das transnacionais não possuírem as mesmas características dos Estados no direito internacional e,

portanto, não poderem ter obrigações diretas em relação aos direitos humanos. Entretanto, a realidade não mais espalha a noção maniqueísta de público e privado, devido a emergência do poder de agentes não-estatais no direito internacional. Andrew Clapham (*apud* MUCHLINSKI, 2007, p. 516) afirma que, sendo agentes tão poderosos, as transnacionais deixam de ser vistas exclusivamente como agentes privados, sem obrigações sociais, para ser notada como uma entidade que pode estar sujeita a obrigações de direitos humanos - especialmente pelo fato de que a dignidade da pessoa humana deve ser protegida.

Bilchitz (2016, p. 157-166) vai além ao redefinir a própria esfera do que pode ser considerado como Estado, em um modelo de “expansão estatal” (*expanding State model*). Entes privados deveriam ser caracterizados como “entidades parcialmente públicas” (*partially public entities*), pois mesmo sendo criados por indivíduos com interesses próprios como a busca do lucro, só são legitimados pelo Estado na medida em que beneficiam a sociedade. Como empresas possuem esta dimensão pública elas têm certas obrigações em relação aos direitos humanos, inclusive diretamente.

Mesmo que se considere que as transnacionais não podem agir diretamente em relação aqueles direitos humanos que exigem uma atuação positiva do Estado (direitos civis e políticos), as empresas afetam a economia do país e, como os direitos humanos são indivisíveis, isto significa que elas também impactam nos direitos sociais e políticos. Além disso, mesmo que as empresas não possuam diretamente tais direitos, elas podem exercer sua influência tanto no Governo, quanto em sua cadeia de suprimentos e distribuição, para que estes respeitem os direitos humanos.

Finalmente em relação as ONGs e suas possíveis fiscalizações direcionadas – enquanto é verdade que tal situação pode ocorrer em um “mercado dos direitos humanos”, as TNCs são grandes e poderosas o suficiente para lidar com o assunto.

O modelo de normas internacionais, porém, é um modelo falido. Com a grande evolução do modelo dos códigos voluntários e sua aceitação por parte da comunidade empresarial, é duvidoso que este as normas internacionais (e com elas a imposição de uma obrigação direta acerca dos direitos humanos para as transnacionais) seja novamente o caminho escolhido para tratar do assunto (CRAGG, 2012).

1.4.O modelo da “fuga” para os judiciários nacionais

Devido da não existência de uma Corte internacional que permita que as transnacionais sejam julgadas diretamente e as vítimas busquem reparações, percebe-se desde a década de 70

uma “fuga” para uma arena que não a seara internacional – mas sim para os judiciários nacionais dos Estados de origem da transnacional (MEERAN, 2011).

As vítimas de violações de direitos humanos geralmente se encontram em países subdesenvolvidos, com ordenamentos judiciários deficitários, falta de regulação e altos índices de corrupção. A falta de regulação pode, inclusive, muitas vezes ser resultado da diminuição da mesma pelos países na esperança de atrair investimentos estrangeiros diretos (IED) na forma de transnacionais, barateando o custo de produção da empresa, ao enfraquecer as normas trabalhistas e ambientais (*race to the bottom*).

Em razão do mesmo objetivo de atrair IED, muitos países subdesenvolvidos podem não condenar judicialmente transnacionais pelo receio de que estas retirem seus IED móveis (aqueles não destinados a dominar o mercado consumidor da área, mas sim aproveitar o preço dos fatores de produção) (SKINNER, 2015, p. 1799-1801).

Originalmente, o fórum do local no qual ocorreu a violação de direitos humano (país hospedeiro) seria o fórum correto para julgar uma ação judicial cujo pedido fosse a condenação de uma empresa transnacional. Todavia, em virtude da falta de regulação e do próprio poder econômico da transnacional, torna-se cada vez mais improvável uma condenação neste fórum que produza uma reparação efetiva dos direitos das vítimas (JOSEPH, 2004, p. 9-12).

Além disso, a empresa processada, na estrutura da transnacional, é geralmente a empresa matriz e não a subsidiária, em virtude de dois fatores principais (SKINNER, 2015, p. 1801-1803) – a subsidiária pode não possuir um faturamento econômico que lhe permita pagar as reparações pedidas pelas vítimas, ou mesmo realizar acordos, ao contrário da empresa mãe e a estrutura da empresa transnacional por vezes também torna difícil a identificação das subsidiárias em si, haja vista que a empresa transnacional é composta de várias empresas com personalidades jurídicas distintas (muitas vezes conectadas apenas por uma rede de contratos) sendo influenciadas em graus diversos pela empresa matriz.

Dessa forma, cada vez mais as vítimas buscam a reparação de seus direitos nos judiciários nacionais do Estado de origem das transnacionais (JOSEPH, 2004; SKINNER, 2015). Há dois caminhos utilizados no judiciário para responsabilizar a empresa-mãe pelas violações de direitos humanos de suas subsidiárias: o uso das legislações extraterritoriais e o uso de conceitos de responsabilidade civil, a saber, o *duty of care* (dever de cuidado).

A regulação extraterritorial das atividades de suas transnacionais é vista com cautela pelos Estados de origem das transnacionais, principalmente pelo fato de não haver uma obrigação internacional direta para que Estados regulem as ações de entidades corporativas não registradas em seu território (como as subsidiárias de suas transnacionais). Tal regulação tem o

poder de colocar suas empresas em uma situação de desvantagem competitiva com outras transnacionais do setor, ao encarecer seu processo produtivo por exigir que acrescentem no preço da mercadoria o risco de ser processado com base nas leis de seu Estado de origem.

Ademais, a decisão de um Estado em regular ações que ocorrem em território que não o seu pode ser muito controversial, devido a noção tradicional de soberania no Direito Internacional. Levando-se em conta que as transnacionais geralmente se originam de países desenvolvidos, as legislações extraterritoriais possuem o potencial de serem usadas como um “judicialismo imperialista” contra países em desenvolvimento (Estados hospedeiros) ou como forma de impor leis protecionistas, diminuindo a vantagem competitiva de outros países (JOSEPH, 2004, p. 12).

Dentre as legislações domésticas extraterritoriais mais recentes, a nova lei francesa n. 399, promulgada em 2017, estabelece um “*devoir de vigilance*” a todas as transnacionais francesas que operem em países em desenvolvimento⁵⁴. Tendo sido debatida já há quatro anos, o estopim para sua promulgação foi a falta de consequências negativas após a tragédia de Rana Plaza (2013), onde uma fábrica de roupas em Bangladesh, de propriedades de subcontratados da Benetton e Mango, para quem vendiam toda a produção, desmoronou e matou mil empregados.

A nova lei exige que empresas francesas possuam um plano de vigilância para prevenir violações de direitos humanos e ao meio ambiente através de sua cadeia de produção, principalmente em países subdesenvolvidos. A lei não responsabiliza diretamente as empresas transnacionais pelos atos de seus subcontratados, haja vista que exige apenas a existência de um plano, mas é um avanço na esfera da responsabilidade corporativa.

Outra legislação doméstica com efeitos extraterritoriais muito utilizada para este fim é o *Alien Tort Claim Act*⁵⁵ (ATS). O ATS é um estatuto americano criado em 1789 devido a necessidade de existência de uma jurisdição específica para julgar piratas e vem sendo usado desde 1980 como um instrumento que permitiria que cortes de justiça americanas tivessem

⁵⁴ Article 1 – Obligation pour pour les grandes sociétés anonymes d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance comportant les mesures propres à identifier et prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant de leurs activités et de celles des sociétés qu'elles contrôlent, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs sur lesquels elles exercent une influence déterminante. Article 2 - Modalités d'engagement de la responsabilité des sociétés en cas de manquement à l'obligation d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance.

⁵⁵ O *Alien Tort Claim Act* faz parte do *Judiciary Act* de 1789, o primeiro estatuto dos Estados Unidos da América, que buscava criar e instrumentalizar o Judiciário do país no nível federal. Segundo o título 28, parte IV, § 1350: “The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”

jurisdição sobre violações de direito internacional perpetradas no exterior por estrangeiros (inclusive empresas).

O paradigma dessa normatização seria a imprescindibilidade de que a vítima de uma violação de seus direitos pela pirataria, possuísse uma corte de jurisdição válida em *algum lugar* para não depender somente da autotutela (KARP, 2015, p. 18 – 20).

A partir de 1980, com a decisão do caso *Filártiga vs. Pena*⁵⁶, o ATS foi utilizado como uma ferramenta norte-americana de jurisdição universal, com a qual vítimas de violações de direitos humanos podem processar os agentes violadores nas cortes judiciais dos Estados Unidos quando o perpetrador se encontra sobre a jurisdição da corte, independente da relação do caso com o país (YOUNG, 2015, p. 7).

No caso, a jurisdição foi entendida como dependente da configuração do direito debatido como Lei das Nações (as atuais normas internacionais)⁵⁷. Assim, ao aplicar o ATS a casos de violações de direitos humanos, a jurisdição americana só os acoberta se o direito violado for aceito pela comunidade internacional como um direito essencial ao ser humano, expandindo a jurisdição das cortes federais americanas (mesmo que não crie novos direitos aos autores).

Em 1997, com o julgamento do caso *Doe v. Unocal*⁵⁸, foi-se estabelecido pela primeira vez que ações embasadas pelo ATS poderiam ter como réus entes privados. Desde então, ações embasadas no ATS por violações de direitos humanos no país hospedeiro da transnacional, têm sido trazidas às cortes americanas, em casos contra as empresas Shell, Rio Tinto, Freeport McMoran, Exxon-Mobil, Pfizer, e Coca Cola (JOSEPH, 2004, p. 22).

Até 2013, 180 casos foram processados de acordo com o *Alien Tort Claim Act*, resultando em três julgamentos preliminares e treze acordos, com uma média de US\$13.3 milhões por acordo. O estatuto também teve o poder de publicizar casos de violações de direitos humanos e conscientizar uma grande parte da população sobre este tipo de abuso corporativo (GOLDHABER, 2013, p. 128-129).

O estatuto, porém, sofre de três limitações (KINLEY e TADAKI, 2004 p. 940-941) – como as cortes só podem julgar casos de violações que sejam abarcados pelo Direito Internacional, os direitos humanos que poderiam ser considerados como lei das nações são

⁵⁶ Observação da decisão pode ser encontrada no Anexo A.

⁵⁷ Caso *Filártiga v. Peña-Irala* 630 F.2d 876 - Common law courts of general jurisdiction regularly adjudicate transitory tort claims between individuals over whom they exercise personal jurisdiction, wherever the tort occurred (...) The constitutional basis for the Alien Tort Statute is the law of nations, which has always been part of the federal common law.

⁵⁸ Observação da decisão pode ser encontrada no Anexo B.

incertos, apesar de estes serem considerados *jus cogens*. Os direitos sociais, culturais e econômicos são excluídos dessa apreciação.

A interpretação dada pelas cortes americanas ao estatuto também restringe o tipo de condutas que pode fundamentar um pedido – exige-se que exista uma ação estatal, no sentido que só são aceitos casos nos quais as transnacionais foram cúmplices com a conduta ilegal do Estado hospedeiro, não abarcando as violações de direitos humanos pelas quais as empresas foram responsáveis individualmente.

De fato, existem quatro possibilidades para se considerar a empresa como cúmplice do Estado na violação: quando a empresa realiza alguma função pública, quando há um nexo de causalidade grande entre as ações da empresa e do Estado, quando o Estado compele a empresa a agir de certa forma e – a mais comum – quando existe uma ação conjunta entre empresa e Estado⁵⁹, o que ocorre no momento em que a empresa é participante voluntária nas violações do Estado⁶⁰ (geralmente em troca de benefícios pecuniários).

Outra limitação seria ainda a necessidade da corte de estabelecer critérios de conexão entre as empresas estrangeiras (pois, por vezes, as empresas processadas não são americanas) e os Estados Unidos.

Na decisão da Suprema Corte americana no caso *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*, em 2013, a corte negou a jurisdição do ATS sobre violações de direitos humanos perpetradas por transnacionais ocorridas em outros países, se colocando em posição contrária a tese até então dominante, a não ser que o pedido possua uma conexão forte com o território norte-americano, em uma presunção contra a extraterritorialidade da jurisdição do ATS⁶¹.

Em uma observação da criação e evolução histórica do ATS, o julgador afirmou que o estatuto foi criado para ser utilizado quando da violação de três leis internacionais determinadas⁶²: a violação de salvo conduto, a violação dos direitos dos embaixadores (sendo pela violação deste costume específico que o ATS foi usado duas vezes logo após sua criação, antes de ficar dormente) e nas situações de pirataria.

⁵⁹ Doe v. Unocal Corp., 963 F. Supp. 880/1997 - A private individual acts under color of law within the meaning of section 1983 when he acts together with state officials or with significant state aid. (...) Nonetheless, "[t]he Supreme Court has articulated four distinct approaches to the state action question: public function, state compulsion, nexus, and joint action.

⁶⁰ Doe v. Unocal Corp., 963 F. Supp. 880/1997 - Under the joint action approach, private actors can be state actors if they are 'willful participant[s] in joint action with the state or its agents.' (...) An agreement between government and a private party can create joint action.

⁶¹ Observação da decisão pode ser encontrada no Anexo C.

⁶² Caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* - We explained in *Sosa* that when Congress passed the ATS, "three principal offenses against the law of nations" had been identified by Blackstone: violation of safe conducts, infringement of the rights of ambassadors, and piracy. 542 U. S., at 723, 724; see 4 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 68 (1769). The first two offenses have no necessary extraterritorial application.

A pirataria era utilizada como uma analogia para as transnacionais, que seriam os “piratas” modernos, pois cometeriam violações de direitos humanos sem possuir um fórum adequado para serem julgadas de maneira efetiva. O julgamento em *Kiobel*, entretanto, elimina tal possibilidade teórica ao afirmar que os piratas de antigamente se localizavam no alto mar, local sobre o qual nenhum país possuía jurisdição, sendo por esse motivo suscetível a abrangência da jurisdição americana⁶³.

As transnacionais e suas subsidiárias encontram-se em Estados soberanos com jurisdição própria. Assim, imbuir extraterritorialidade ao estatuto, seria entender que os Estados Unidos pudessem abarcar todos os fóruns mundiais, transformando-o em um porto jurisdicional global, o que não é possível de acordo com o Direito Internacional Público (no qual todos os Estados são soberanos e juridicamente iguais).

Ao decidir que é necessária uma forte conexão com os Estados Unidos para que as cortes americanas possuam jurisdição sobre o caso, o Judiciário americano nada mais faz do que se precaver contra dificuldades diplomáticas com outros países e estabelecer parâmetros para sua própria jurisdição⁶⁴.

Apesar da decisão não explanar sobre quais seriam os requisitos para o estabelecimento desta “forte conexão”, pode-se conjecturar que para que uma ação possa ser julgada perante o estatuto o caso deve englobar alguma das seguintes situações (ou uma combinação das mesmas): o dano deve ocorrer em território americano, o réu deve ser um nacional ou a conduta danosa do réu afeta um valor fundamental americano, incluindo o interesse de não permitir que os Estados Unidos seja um asilo para “inimigos da humanidade”, ao menos parte das decisões corporativas pertinentes ao caso foram realizadas nos Estados Unidos, ou os produtos resultantes da atividade danosa são comercializados nos Estados Unidos (YOUNG, 2015; SCHUTTER *et al*, 2013).

⁶³ Caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* – The third example of a violation of the law of nations familiar to the Congress that enacted the ATS was piracy. Piracy typically occurs on the high seas, beyond the territorial jurisdiction of the United States or any other country. See 4 Blackstone, *supra*, at 72 (“The offence of piracy, by common law, consists of committing those acts of robbery and depredation upon the high seas, which, if committed upon land, would have amounted to felony there”). This Court has generally treated the high seas the same as foreign soil for purposes of the presumption against extraterritorial application. (...) Petitioners contend that because Congress surely intended the ATS to provide jurisdiction for actions against pirates, it necessarily anticipated the statute would apply to conduct occurring abroad. Applying U. S. law to pirates, however, does not typically impose the sovereign will of the United States onto conduct occurring within the territorial jurisdiction of another sovereign, and therefore carries less direct foreign policy consequences. Pirates were fair game wherever found, by any nation, because they generally did not operate within any jurisdiction.

⁶⁴ Caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* – Indeed, the danger of unwarranted judicial interference in the conduct of foreign policy is magnified in the context of the ATS, because the question is not what Congress has done but instead what courts may do. The principles underlying the presumption against extraterritoriality thus constrain courts exercising their power under the ATS.

De fato, a decisão demonstra a contradição intrínseca das legislações extraterritoriais: o desejo de ser o “campeão e vingador do mundo”, espalhando conceitos de direitos humanos por todas as nações e o medo de se deparar com problemas internacionais de soberania, ao abarcar jurisdições que não lhe são naturais por si mesmas.

A decisão em *Kiobel* reduziu drasticamente a fé internacional de que o estatuto seria uma saída para as vítimas que não encontram reparação em cortes internacionais (ENNEKING, 2013; YOUNG, 2015; KARP, 2015), fazendo com que o seu uso para buscar reparações contra atos de transnacionais, perdesse muito de sua força argumentativa (ENNEKING, 2013, p. 50).

2. O DUTY OF CARE – SUAS CONDICIONANTES E LIMITAÇÕES NAS DECISÕES DE CINCO PAÍSES

2.1. O *duty of care* como instrumento de responsabilização de transnacionais em relação a violação de direitos humanos

Em uma manobra processual para poder responsabilizar diretamente as empresas-mães, as vítimas utilizam-se de um instituto jurídico próprio do direito civil – a responsabilidade civil, não argumentando efetivamente sobre a violação, mas sim acerca da negligência ou culpa da empresa-mãe pela violação realizada pela subsidiária (MEERAN, 2011, p. 3). Nesse panorama, o conceito de *duty of care* é empregado para estabelecer a influência da empresa-mãe sobre suas subsidiárias e permitir que as vítimas possam pleitear indenizações das primeiras.

Geralmente, as empresas possuem um dever de cuidado para com seus próprios atos que possam previsivelmente causar danos a terceiros. O conceito de *duty of care* é ampliado para que seja criado um dever legal para a empresa-mãe quando ela cria ou permite a operação de uma subsidiária de certa maneira que poderia resultar em danos a terceiros.

De uma maneira geral, as argumentações dos casos baseados no *duty of care* são fundamentadas na negligência própria e direta das empresas-mães, causadora de danos. O principal argumento para o pedido de reparações é, portanto, a violação do dever de cuidado (*duty of care*) que a empresa-mãe deveria ter com os indivíduos afetados por suas operações econômicas no exterior (MEERAN, 2011, p. 4), tendo o dever de prevenir que um terceiro agente (a empresa subsidiária) cause danos a outros indivíduos. Para que o dever de cuidado possa ser reconhecido, é preciso a prova de que a empresa transnacional possua o *controle* sobre a empresa subsidiária⁶⁵.

Tais casos afirmam a existência de danos causados por negligência da empresa, já que esta possuiria um dever de cuidado (*duty of care*) e envolvem massivas indenizações, na esperança de que os elementos essenciais de prestação de contas das corporações transacionais (reparação monetária para as vítimas e a dissuasão acerca de futuras possíveis violações de direitos humanos) sejam alcançados, mesmo que para isso não utilize em suas causas de pedir argumentos baseados diretamente em violações de direitos humanos.

⁶⁵ De acordo com a decisão do caso Lubbe (CA) (n 17) 1568: “Whether a parent company which is proved to exercise de facto control over the operations of a (foreign) subsidiary and which knows, through its directors, that those operations involve risks to the health of workers employed by the subsidiary and/or persons in the vicinity of its factory or other business premises, owes a duty of care to those workers and/or other persons in relation to the control which it exercises over and the advice which it gives to the subsidiary company?”

Esse fato, inclusive, resulta em críticas acerca da arguição jurídica escolhida, pois esta resultaria na diminuição da importância dos abusos ao utilizar as leis sobre responsabilidade civil contra as empresas no lugar de alegações de violações de direitos humanos (MEERAN, 2011, p. 3).

2.2. Decisões analisadas

A fuga para o judiciário nacional dos países de origem da transnacional resulta em decisões judiciais que analisam a existência de um *duty of care* entre a empresa-mãe e suas subsidiárias, especificando a limitação do conceito e sua aplicação.

De acordo com certos autores (JOSEPH, 2004; SKINNER, 2015; MEERAN, 2011), enquanto que a maioria numérica dos casos transnacionais de violações de direitos humanos por empresas foram processados nos Estados Unidos, com o uso do *Alien Tort Act*, a utilização específica do instrumento *duty of care* como estratégia processual de responsabilização de transnacionais ocorreu principalmente em outros cinco países: Inglaterra, Canadá, Austrália, Irlanda e, mais recentemente, Holanda.

As decisões ora analisadas pertencem a estes cinco países, e foram escolhidos por serem consideradas pela literatura como “paradigmáticas”, pois estabelecem as bases metodológicas para a análise jurisprudencial da existência de um *duty of care* e são utilizadas como fundamentos nas outras decisões (JOSEPH, 2004; SKINNER, 2015; MEERAN, 2011), tendo sido proferidas entre a década de 90 até o ano de 2015 (excetuando-se uma decisão utilizada como precedente proferida em 1892).

Segundo as decisões observadas, dentre estes países, a Inglaterra se mostra como o país mais consolidado em termos metodológicos de análise do *duty of care*, especialmente pelo fato de que *todas* as outras decisões, independentemente de seu país de origem, se utilizam do teste criado na jurisdição inglesa para determinar tanto a existência de um *duty of care* geral (*Caparo Industries Plc v Dickman and Other*), quanto de um *duty of care* da empresa-mãe (*Lubbe v Cape Plc*), além do teste procedimental sobre a melhor jurisdição aplicável (*Connely v TRZ Corporation Plc and Other*).

2.3. Situações de aplicabilidade conforme as decisões

As decisões analisadas lidam principalmente com três questionamentos principais: a existência de um *duty of care*, a jurisdição aplicável e a desconsideração da personalidade

jurídica. Nestas três vertentes, as decisões estabelecem testes procedimentais para a aplicação do *duty of care*.

O entendimento da própria existência de um dever de cuidado em situações gerais, baseado na moral pública, na qual a negligência (ou culpa) da conduta danosa geradora de danos de um terceiro em relação a outro é passível de reparação, se modificou nos últimos 90 anos. Seria impraticável que todas as condutas de terceiros dessem vazão a reparações de uma parte muitas vezes distanciada da própria conduta, pois, de maneira geral, um agente não é responsável pela ação de terceiros, já que sobre ele não possui controle efetivo.

Antes da noção atual de existência do *duty of care*, as decisões inglesas afirmavam que um dever de cuidado só poderia ser estabelecido entre empresas em casos extremamente específicos: se houvesse uma clara relação contratual entre as partes, se o produto fosse claramente perigoso ou se uma das partes agisse de maneira fraudulenta para com a outra.

A relação de proximidade entre o agente causador do dano e a parte que possuiria o dever de cuidado para com as ações daquele, deveria ser extremamente forte, preferencialmente por meio de contratos. As exceções a necessidade de uma relação contratual, seriam apenas nas hipóteses de perigo intrínseco aos produtos fabricados pelo agente com o dever de cuidado (no caso em que tal agente possuísse um dever de cuidado para com as condutas do fornecedor) e de fraude comprovada (situações em que o agente com o dever de cuidado utilizava a parte que realizou a conduta danosa especificamente com o propósito de fraudar o terceiro).

Na busca por um “teste” geral que possibilitasse aos julgadores o estabelecimento da existência ou não de um *duty of care* na multiplicidade de situações da realidade, a necessidade de tais casos específicos foi abandonada – especialmente a obrigação de haver um contrato entre as partes, apesar da relação de proximidade entre elas ainda ser um requerimento em todas as versões do teste.

Em um primeiro teste da *common law* da década de 30 (*neighbor test*)⁶⁶, era levado em consideração não só a previsibilidade do dano, mas também a proximidade entre as partes – em uma relação que o julgador denomina por uma relação de vizinhança. O termo “vizinho” em sua acepção jurídica não seria aquele que estivesse fisicamente perto, mas aquele que devido sua relação com a outra parte que sofreu o dano pudesse razoavelmente prever que aquela poderia ser afetada por suas ações se estas fossem negligentes.

The rule that you are to love your neighbor becomes in law, you must not injure your neighbor; and the lawyer's question, Who is my neighbor? receives

⁶⁶ Donoghue v Stevenson [1932] AC 562/1932 – Apêndice 11.

a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbor. Who, then, in law is my neighbor? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.
(Donoghue v Stevenson [1932] AC 562/1932)

Assim não apenas a conexão entre as duas partes era necessária, mas deveria ser demonstrado que a parte sofredora do dano dependia das ações da parte com o dever de cuidado, e a parte com o dever de cuidado sabia (ou ao menos deveria saber) de tal dependência.

A previsibilidade do dano também é um elemento essencial em todos os testes. Os danos a terceiros que a conduta negligente da parte pode causar deve ser previsível, ou seja, qualquer homem médio (ou no caso de empresas, profissional médio) deveria ser capaz de prever a probabilidade de o dano ocorrer.

Por volta de 40 anos mais tarde⁶⁷, o teste foi modificado – com a presença do dano previsível e da relação de proximidade entre as três partes envolvidas (agente realizador da conduta efetiva, agente negligente e o terceiro sofredor do dano) o *duty of care* existiria sem a necessidade de provas mais específicas. A única maneira de negar sua existência seria a prova, por parte do agente ao qual foi imposto o *duty of care*, de que haveriam considerações políticas ou de fato para que o *duty of care* não fosse imposto.

Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter—in which case a *prima facie* duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise (see *Dorset Yacht case*, *loc. cit.*, p. 1027 per Lord Reid).
(Anns v Merton London Borough Council [1977] 2 All ER 492)

Como este modelo de teste alargou as situações em que o *duty of care* existiria, principalmente por dispor da existência de um *duty of care prima facie* se os dois primeiros requisitos fossem cumpridos, o teste foi alvo de diversas críticas, entre elas a de que esta noção destruiria as relações negociais e a segurança jurídica, pois nenhuma empresa poderia exercer suas atividades sem a certeza de que não seria responsável por danos à terceiros.

⁶⁷ Decisão Anns v Merton London Borough Council [1977] 2 All ER 492, Apêndice 11.

Finalmente, na decisão paradigmática *Caparo Industries PLC V Dickman and Other*⁶⁸, o teste da existência de um *duty of care* evoluiu até sua forma mais utilizada (conhecidos como o “teste de três estágios de Caparo”). Para que um dever de cuidado possa existir entre partes relacionadas deve-se cumprir alguns requisitos: analisar se o dano é previsível, se ocorre uma relação de proximidade entre as partes e finalmente se é justo e razoável estabelecer um dever de cuidado nas circunstâncias apresentadas em cada caso.

Os dois primeiros estágios do teste se encontram entrelaçados, pois não é possível analisar só a relação de proximidade entre as partes – mas sim de que forma aquela ação danosa é recebida pelo terceiro. A saber, a parte que foi negligente deveria ter noção de que o terceiro era dependente de sua ação e mais, necessita-se da prova de que o terceiro era *realmente* dependente da ação. Assim a proximidade entre as partes e a previsibilidade do dano levam em consideração a relação que as partes estabelecem entre si e como uma percebe a outra.

Os requisitos de justiça e razoabilidade para estabelecer um *duty of care* (terceiro estágio do teste) lembram o teste anterior com sua necessidade da parte supostamente detentora do *duty of care* provar que existiriam outras considerações que impediriam que o dever fosse imposto. Na versão mais moderna do teste, entretanto, quem tem a responsabilidade de provar que a imposição do *duty of care* é justa e razoável é o terceiro que sofreu o dano (autor da ação judicial). Não há uma acepção de *duty of care prima facie* que deve ser desfeita - o autor da ação deve ainda provar que o dever é obrigatório, o que acaba por limitar o espectro do *duty of care*.

Como o teste foi criado para ser aplicado em todas as situações, como uma espécie de diretriz para a imposição ou não de um dever de cuidado, nada mais lógico que o mesmo seja também aplicado as situações em que se busca responsabilizar a empresa-mãe por sua negligência em relação aos atos de sua subsidiária, pois existiria um *duty of care* devido a todos aqueles que poderiam ser previsivelmente afetados pelas condutas danosas destas últimas.

Considering the foreseeable serious consequences of oil spills to the local environment from a potential spill source, it cannot be ruled out from the outset that the parent company may be expected in such a case to take an interest in preventing spills (or in other words, that there is a *duty of care* in accordance with the criteria set out in *Caparo v Dickman* [1990] UKHL 2, [1990] 1 All ER 56), the more so if it has made the prevention of environmental damage by the activities of group companies a spearhead and is, to a certain degree, actively involved in and managing the business operations of such companies, which is not to say that without this attention and involvement a violation of the duty of care is unthinkable and that

⁶⁸ *Caparo Industries PLC V Dickman and Other* HL FEB 1990.

culpable negligence with regard to the said interests can never result in liability.
(Caso Eric Barizaa Dooh v. Royal Dutch Shell PLC and Other)⁶⁹

De fato, em várias decisões ora analisadas não só já foi afirmado que o fato de empresas transnacionais possuírem um *duty of care* em relação a terceiros afetados pelos atos de suas subsidiárias é um caso arguível em cortes judiciais, mas também que empresas efetivamente podem possuí-lo a depender da situação.

In summary, this case demonstrates that in appropriate circumstances the law may impose on a parent company responsibility for the health and safety of its subsidiary's employees. Those circumstances include a situation where, as in the present case, (1) the businesses of the parent and subsidiary are in a relevant respect the same; (2) the parent has, or ought to have, superior knowledge on some relevant aspect of health and safety in the particular industry; (3) the subsidiary's system of work is unsafe as the parent company knew, or ought to have known; and (4) the parent knew or ought to have foreseen that the subsidiary or its employees would rely on its using that superior knowledge for the employees' protection. For the purposes of (4) it is not necessary to show that the parent is in the practice of intervening in the health and safety policies of the subsidiary. The court will look at the relationship between the companies more widely. The court may find that element (4) is established where the evidence shows that the parent has a practice of intervening in the trading operations of the subsidiary, for example production and funding issues.
(Chandler vs Cape PLC [2012] EWCA Civ 525/2012)⁷⁰

Para se estabelecer o *duty of care* nestes casos o autor da ação judicial (terceiro prejudicado) deve provar que existe uma relação de proximidade entre todas as partes envolvidas na situação, que o dano seria previsível e que seria justo e razoável que o *duty of care* fosse imposto.

A maneira mais eficaz de se provar que os três requisitos do teste de Caparo estão presentes em um caso é o estabelecimento do controle de fato da empresa transnacional em relação a sua subsidiária.

A teoria do controle de fato (*de facto control*) é aplicada comumente para empresas de segurança privada que atuam em áreas de conflito na seara da Direito Internacional Humanitário, como forma de aplicar a legislação internacional a entes privados baseando-se na noção de um controle específico exercido sobre um território particular.

De acordo com a teoria aplicada neste campo, a entidade privada existe paralelamente ao

⁶⁹ -Apêndice 5.

⁷⁰ Apêndice 6.

Estado e exerce controle exclusivo e efetivo sobre um território não sujeito *factualmente* ao poder de mando do Estado (sendo normativamente a ele submetida), desempenhando uma “soberania efetiva” (MURRAY, 2016, p. 121) em locais no qual a autoridade do governo local é inexistente.

O controle de fato neste cenário pretende lidar com o vácuo legal causado pela falta da autoridade estatal e a influência do ente privado ao buscar a proteção dos direitos humanos da população da região atingida, que merecem que sua vida seja tolerável mesmo em áreas de conflito.

Life goes on in the territory concerned for its inhabitants. That life must be made tolerable and be protected by the *de facto* authorities, including their courts; and, in the very interest of the inhabitants, the acts of these authorities related thereto cannot be simply ignored by third States or by international institutions, especially courts, including this one. To hold otherwise would amount to stripping the inhabitants of the territory of all their rights whenever they are discussed in an international context, which would amount to depriving them even of the minimum standard of rights to which they are entitled.

(Corte Européia de Direitos Humanos - Application no. 25781/94 – Caso Cyprus vs. Turkey, p. 26)

Em resposta a questão, a empresa de segurança se torna um sujeito internacional “transitório”, possuindo obrigações diretas pela lei internacional (MURRAY, 2016, p. 126). Da mesma forma, o Estado passa a não ter uma obrigação acerca dos atos da entidade privada nestas circunstâncias, a não ser que negligência pela parte do Estado possa ser comprovada (contrariamente ao entendimento do modelo tradicional-legal, no qual o país é responsável pelas ações de terceiros, tendo ou não o controle efetivo da região afetada).

A teoria do controle de fato aplicada a transnacionais para responsabilizá-las por ações de suas subsidiárias baseia-se na mesma noção – a de que a empresa que possui o controle efetivo (e que, portanto, deveria ser a responsável) não é aquela normativamente apontada como tal. O controle de fato entre a empresa-mãe e sua subsidiária é utilizado não só para provar a relação de proximidade entre as mesmas e o terceiro sofrendor do dano, mas também para arguir sobre a previsibilidade do mesmo, já que ao evidenciar que a empresa-mãe controla em grande medida os atos de sua subsidiária, ela estaria ciente dos possíveis danos decorrentes de sua conduta negligente em ordenar ou aconselhar a empresa subsidiária, bem como é em decorrência desta própria conduta negligente que a subsidiária agiu de forma danosa.

De acordo com as decisões, a teoria do *controle de fato* pode ser estabelecida em duas vertentes: pelo princípio da “capacidade de controle” (*capacity of control standard*) ou pelo

“controle efetivo” (*actual control*) (EROGLU, 2008, p. 199).

O princípio da “capacidade de controle” é a aplicação da teoria mais abrangente e menos aplicada, segundo a qual a empresa-mãe possui a capacidade de controlar as decisões da subsidiária ou mesmo implementar mecanismos para diminuir o dano causado. Este princípio não exige o controle específico da empresa-mãe sob a subsidiária, apenas a certeza de que a empresa-mãe *poderia* influenciá-la se assim o desejasse. A capacidade de controle é comprovada geralmente devido à grande percentagem da participação acionária da empresa-mãe nas ações da subsidiária.

A vertente do controle efetivo carece que haja mais do que apenas a capacidade de influenciar a empresa-filha para que a empresa-mãe seja responsabilizada – é necessário um envolvimento efetivo nas atividades da subsidiária, inclusive sobre as ações especificamente danosas. O *duty of care* não ocorreria simplesmente pelo fato de uma empresa possuir uma subsidiária, afinal ambas as empresas possuem personalidades jurídicas distintas e, ao menos legalmente, têm a presunção de que controlam suas próprias ações.

A empresa-mãe só seria responsável quando está diretamente envolvida nas operações de sua subsidiária, exercendo um *controle de fato* nas ações desta (GOLDHABER, 2015, p. 130-132), já que uma “*subsidiary and its company are separate entities. There is no imposition or assumption of responsibility by reason only that a company is the parent company of another company*” (Caso Chandler vs Cape PLC [2012] EWCA Civ 525/2012)⁷¹

A empresa-mãe só pode ser responsável pelo dano causado pela sua subsidiária quando de sua falha em eficientemente realizar as funções que controla de forma efetiva ou na falha em prover suas subsidiárias com conselhos em matérias de direitos humanos, proteção ambiental ou direitos trabalhistas, quando em uma posição de maior conhecimento.

Assim, existem duas formas de se exercer o controle de fato.

A empresa-mãe pode exercer sua influência nas decisões administrativas da empresa subsidiária, influenciando suas decisões negociais de forma a que aquela empresa se comporte visando o bem do grupo econômico como um todo. Podem haver trocas de empregados entre as empresas, bem como a presença maciça da empresa-mãe nas reuniões de assembleias e o fato de que suas recomendações sempre são seguidas, como disposto em atas.

Sobre esse ponto é necessário afirmar que só o fato da empresa-mãe ser acionista da empresa subsidiária, por si só, não implica que ela exerça controle de fato sobre a mesma. Afinal, é prerrogativa do acionista se interessar pelo rumo da empresa da qual possui ações e

⁷¹ - Apêndice 6.

apresentar propostas em assembleias. No entanto, muitas vezes a estrutura acionária é considerada para estabelecer o controle de fato quando grande parte das ações da subsidiária é de propriedade da empresa-mãe (por vezes, inclusive, 100% das ações), o que seria um indício de que as decisões tomadas pela empresa-filha são fortemente influenciadas pela empresa mãe. Dessa forma, além de ser um acionista da empresa-filha, a empresa-mãe deve se interessar e influenciar pela administração e influenciar as decisões tomadas por sua subsidiária para que o *duty of care* possa ser estabelecido.

On the one hand, a person might be the sole effective and controlling shareholder in a business run by a company but have no involvement in its day to day operations. He would have control of the company but not of the manner in which it conducted its operations. It is clear that such a person would not, without more, be responsible to employees injured by the negligent acts of the company and, in particular, the failure of the company to ensure that there was a safe system of work in operation in its factories. That would disregard the separate legal character of the company, the principle of limited liability and the rule in *Salomon v Salomon* [1897] AC 22. Counsel for the plaintiff does not suggest otherwise.
(Shinkwin v. Quin-Con Ltd)⁷²

Da mesma forma, existe uma discussão acerca da *intensidade* necessária da intervenção pela empresa-mãe nos atos administrativos de sua subsidiária para que seja imposto um *duty of care*. Para alguns julgadores mais conservadores, é necessário que a empresa-mãe tenha exercido um controle de fato na própria ação que causou o dano a terceiro, ou seja, o nível de controle da empresa-mãe precisa ser intenso e específico, de forma que a subsidiária não tenha liberdade de decisão sobre a conduta danosa. Segundo esse entendimento, só assim o *duty of care* seria criado.

The second defendant, it seems, falls between these two stools. He is the effective sole shareholder and effective day to day manager. I would reduce the issue to this: did he involve himself so closely in the operation of the factory and, in particular, in the supervision of the plaintiff as to make himself personally liable for any of the acts of negligence which injured the plaintiff.
(Shinkwin v. Quin-Con Ltd)⁷³

Para outros julgadores, o controle de fato sobre uma subsidiária não precisa ser tão intenso ou específico – basta que se prove que a empresa-mãe tem influência nas decisões da subsidiária. Inclusive, a influência pode ocorrer em outras decisões que não a que origem a

⁷² Apêndice 11.

⁷³ Apêndice 11.

conduta danosa, como por exemplo nos rumos que a subsidiária deve tomar para que siga os objetivos do grupo econômico como um todo, decidindo na compra de outras empresas ou como gastar seus recursos. Até a análise histórica de como a subsidiária depende da empresa-mãe seria o suficiente para caracterizar o *duty of care* nestas situações.

Uma outra forma de exercer o controle de fato em relação a subsidiária é quando a empresa-mãe está em uma posição de superioridade em relação ao conhecimento técnico e aconselha sua subsidiária sobre as melhores técnicas e práticas trabalhistas. Da mesma forma que o ponto anteriormente descrito, a intensidade exigida deste tipo de controle pode variar: uns acreditam que é necessário que a empresa-mãe tenha delineado toda a política de práticas trabalhistas da subsidiária ou ao menos tenha algum envolvimento na fiscalização de tais práticas, enquanto outros magistrados afirmam que o simples fato da empresa-mãe ter um conhecimento mais aprofundado sobre o negócio realizado pela empresa-filha faz com que esta assuma um *duty of care* perante os empregados daquela de aconselhar a subsidiária sobre sua política trabalhista, que seria descumprido quando de sua omissão de fazê-lo.

Given Cape's state of knowledge about the Cowley Works, and its superior knowledge about the nature and management of asbestos risks, I have no doubt that in this case it is appropriate to find that Cape assumed a duty of care either to advise Cape Products on what steps it had to take in the light of knowledge then available to provide those employees with a safe system of work or to ensure that those steps were taken. The scope of the duty can be defined in either way.

(Chandler vs Cape PLC [2012] EWCA Civ 525/2012)⁷⁴

Destaque-se que a própria noção do controle de fato provoca discussões. Enquanto que algumas decisões afirmam que a teoria do controle de fato não tem relação alguma com a desconsideração da personalidade jurídica, outros afirmam que ela seria apenas um novo nome para a mesma doutrina.

Segundo a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, as empresas podem ser acionistas de outras corporações e também serem protegidas pela doutrina da responsabilidade limitada, da mesma forma que o acionista individual – noção que permeou a maioria dos ordenamentos jurídicos. Assim, a empresa-acionista (empresa-mãe) não é responsável pelos danos causados pela sua subsidiária, da qual possui participação acionária.

No início da doutrina (em 1888 nos Estados Unidos), a empresa-mãe estava protegida apenas em relação a danos contratuais causados por suas subsidiárias, no entanto, em poucos

⁷⁴ Apêndice 6.

anos, danos acerca da responsabilidade civil (podendo também ser inclusos os direitos humanos) a terceiros, foram embarcados na definição de responsabilidade limitada da empresa-mãe, protegendo-a economicamente das violações de direitos humanos de suas subsidiárias.

A única maneira de responsabilizar a empresa-mãe, seria a demonstração de que a subsidiária estaria sobre o controle absoluto da empresa matriz, sendo um simples instrumento destinado a objetivos ilegais, o que permitiria que ocorresse a desconsideração da personalidade jurídica (*piercing the corporate veil*) e a eventual responsabilização da empresa-sócia, já que os atos de uma passam a também ser considerados como os atos da outra (SKINNER, 2015).

Para que a empresa matriz possa ser responsabilizada utilizando-se o *duty of care* e a noção de controle de fato, portanto, é necessária uma nova visão da responsabilidade limitada das empresas – a transnacional (especificamente a unidade empresarial da transnacional que exerce o controle gerencial sobre as outras) deve ser responsável por danos cometidos por todas suas subsidiárias. O controle necessário para que essa responsabilidade se estabeleça não seria tão complexo quanto o controle geralmente requerido para que haja a despersonalização da pessoa jurídica, pois não precisa ser total (SKINNER, 2015, p. 1821-1822).

A teoria do controle de fato declara sua falta de interesse em desconsiderar a personalidade jurídica da empresa (o que só deveria ser feito como exceção), pois a imposição de uma conduta negligente à empresa-mãe não tem como requisito que esta esteja usando a empresa-filha para realizar alguma fraude ou como simples fachada.

Na realidade, é natural que ambas as empresas sejam pessoas jurídicas diferentes, já que a própria conceituação de empresa transnacional admite que ela é constituída de várias empresas diversas. O fato da empresa-mãe exercer um controle de fato sobre a sua subsidiária não implicaria que aquela deixou de ser uma empresa independente legalmente.

It was also common ground at the trial that there was nothing to justify the piercing of the corporate veil in this case (see Judgment, paragraph 66). Cape was entitled in law to organise its operations so that they were carried out by the members of its group. It is also common ground that the fact that Cape is the parent does not preclude the existence of the duty. I would emphatically reject any suggestion that this court is in any way concerned with what is usually referred to as piercing the corporate veil. A subsidiary and its company are separate entities. There is no imposition or assumption of responsibility by reason only that a company is the parent company of another company. The question is simply whether what the parent company did amounted to taking on a direct duty to the subsidiary's employees.
(Caso Chandler vs Cape PLC)⁷⁵

⁷⁵ - Apêndice 6.

Porém, existem decisões que estabelecem que a teoria do controle de fato e da desconsideração da personalidade jurídica possuem os mesmos fundamentos, sendo, portanto, a mesma tese e possuindo consequências iguais na prática.

Para estas decisões, a empresa-mãe só estaria exercendo o controle de fato na empresa subsidiária se ela controlasse todas as ações e decisões da mesma – a subsidiária seria apenas uma “fachada” para que a empresa-mãe pudesse realizar seus negócios sob o nome de outrem. Quando o controle de fato é considerado nestas condições, sua semelhança com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica se torna de fácil percepção, pois ambas requererem que a empresa subsidiária seja uma simples fachada para que a empresa-mãe realize negócios fraudulentos.

It has been suggested that the corporate veil may be lifted between a parent and subsidiary where the latter was so controlled by the former as to be its agent for the purposes of liability (...) However, any departure from strict observance of the principles in *Salomon v Salomon* [1897] AC 22 has been made to deal with special circumstances when a limited company might well be a facade. The characterisation of a group of companies, linked by shareholding, as a single enterprise where one is an actor, whose acts or omissions should be attributed to another or others within the group, involves either "lifting the corporate veil", treating the actor as an agent or imposing upon another or others within the group a duty by reason of the degree or manner of control or influence over the actor. The distinction between these ideas is easily blurred.

(James Hardie and Coy Pty Limited v Putt Matter) ⁷⁶

A teoria do controle de fato comumente aceita nega esta semelhança, já que mesmo quando a empresa-mãe age de forma negligente em relação aquelas ações da subsidiária sobre as quais possui controle (ou sobre a subsidiária que controla, a depender da necessária intensidade do controle adotado para o estabelecimento de um *duty of care*), ela não o faz de maneira fraudulenta e assim, não faz com que a desconsideração da personalidade jurídica seja indispensável para que o *duty of care* seja imposto.

Outro ponto importante nas decisões ora observadas que tratam do *duty of care* como forma de responsabilizar a empresa mãe por sua negligência que resulta em uma conduta danosa de sua subsidiária e danos a terceiros, é o julgamento sobre qual seria o foro adequado para tais ações. De fato, várias decisões mencionadas na literatura sobre o assunto tratam justamente deste tema preliminar.

⁷⁶ Apêndice 8.

A maioria dos danos ocorrem nos países hospedeiros das transnacionais, enquanto que as ações judiciais são iniciadas no país de origem das mesmas, pela facilidade em obter a justiça gratuita, advogados pro-bono ou mesmo que só cobrem seus honorários quando da condenação (SKINNER, 2015). O julgador deve se pronunciar sobre qual seria o melhor foro para que a ação possa ser julgada com vistas a preservar os ideais de justiça.

A teoria da doutrina do *Forum Non Conveniens* teve sua origem na Escócia e no século XX já tinha sido aceita em praticamente todos os sistemas de *common law* no mundo. Esta teoria permite que, em casos nos quais haja ao menos dois ordenamentos jurídicos de países distintos que poderiam ser foros para a causa, a corte decline de exercer sua jurisdição porque os interesses da justiça seriam melhor atendidos se a causa fosse julgada em outro foro (BRAND e JABLONSK, 2007, p. 2).

Nas decisões que tratam das transnacionais e suas subsidiárias, a teoria do *fórum non conveniens* pode ser explicada como o embate entre o foro mais “correto” e o foro mais “adequado” e entre as demandas intrínsecas e extrínsecas da causa.

O foro mais “correto” seria o foro natural da causa, ou seja, aquele que possui mais conexão com o dano e a efetiva conduta danosa (elementos intrínsecos). Nos casos de transnacionais, seria o foro onde a subsidiária mantém suas instalações, pois foi a conduta efetiva desta que causou o dano e os terceiros envolvidos estavam naquele local à época.

O país hospedeiro é considerado como o foro mais correto, pois a colheita das provas, bem como uma possível perícia, são facilitadas pela proximidade geográfica das situações fáticas que deram causa ao litígio. Além de tais considerações, a simples existência de um sistema judicial que admita que possua jurisdição sobre o caso já seria o suficiente para a escolha do foro mais correto.

Em contrapartida, o foro mais “adequado” para o julgamento da causa seria aquele em que os ideais de justiça possam ser mais facilmente alcançados. Isto implica na afirmação de que o foro deve ser escolhido pelo julgador não por uma eventual possível vantagem que uma parte do litígio possa ter sobre a outra ou sobre o caso em geral (como a situação em que o ordenamento jurídico de um país condene a parte ré em maiores indenizações), mas sim segundo o seu entendimento de qual foro a causa terá maior chance de ser julgada de forma justa.

Nos casos das transnacionais o foro declarado como o mais “adequado” pelos autores é o foro do país de origem da transnacional, com a variação das demandas extrínsecas que podem modificar o local de julgamento da causa. Podem ser a alegação do autor de que ele não terá acesso a ajuda de um profissional do direito por motivos financeiros em seu país hospedeiro, o

fato de que o país hospedeiro tem pouco entendimento sobre o tipo de causa e pedido requerido (podendo, inclusive, não possuir nem o instrumento jurídico adequado para tal ação judicial) ou a realidade de que a empresa transnacional não possui mais nenhum patrimônio no país hospedeiro.

Procedimentalmente, a parte inicial do embate é ônus do réu. Ele deve provar que existe um fórum mais “correto” para o julgamento da questão – envolvendo alegações acerca da proximidade dos eventos que deram causa ao dano, bem como a prova da existência de um sistema judicial que possa ter jurisdição sobre o caso. Como os fatos se passam nos países hospedeiros, os réus geralmente conseguem provar a existência de tal foro.

No entanto, mesmo havendo o foro mais “correto”, pode ser que este não seja o mais “adequado” para o julgamento da questão. Neste segundo passo, o ônus da prova recai sobre o autor. Este deve provar que mesmo havendo uma jurisdição mais próxima dos fatos da causa e que, portanto, teria supostamente mais facilidade de lidar com as demandas processuais, por condições externas ao processo ele não pode exercer seu direito de ação naquela jurisdição. Logo, pelas demandas dos ideais de justiça a corte do país de origem da transnacional deve julgar o caso.

It was further stated that the burden of proof rests on the defendant to persuade the court to exercise its discretion to grant a stay. For that purpose, he has to establish that there is another available forum which is clearly or distinctly more appropriate than the English forum in which jurisdiction has been founded by the plaintiff as of right. In considering that question, the court will look first to see what factors there are which point in the direction of another forum, i.e. connecting factors which indicate that it is with the other forum that the action has its most real and substantial connection. This is the first stage. However, even if the court concludes at that stage that the other forum is clearly more appropriate for the trial of the action, the court may nevertheless decline to grant a stay if persuaded by the plaintiff, on whom the burden of proof then lies, that justice requires that a stay should not be granted. This is the second stage.

(Connely (A.P) v. TRZ Corporation Plc and Other)⁷⁷

2.4. Os critérios enfrentados pelas decisões analisando o *duty of care* – uma sistematização de suas limitações e condicionantes

A conceituação do *duty of care* na doutrina é vaga e leva em conta sua concepção de instrumento da responsabilidade civil (SKINNER, 2015). Suas condicionantes são limitadas ao

⁷⁷ Apêndice 4.

teste de Caparo para impor ou não sua existência, sem detalhes sobre as circunstâncias elementares de sua imposição.

O *duty of care* é utilizado nas decisões como forma de impor uma responsabilização às empresas-mães pelos atos de suas subsidiárias, ao afirmar que aquelas possuem um dever de cuidado para com todos aqueles que possam ser atingidos por uma conduta danosa da empresa filha. A negligência da empresa-mãe em aconselhar a empresa subsidiária em relação a assuntos sobre o qual possui um melhor *know-how* ou influenciá-la em ações sobre as quais possui controle é que gera a responsabilidade.

Uma empresa transnacional, de acordo com os limites e condicionantes encontrados nas decisões observadas, só será então responsável se for provada uma condicionante essencial: o controle de fato que a empresa-mãe exerce sobre sua empresa-filha.

Os testes para impor um *duty of care* declamam três requerimentos: previsibilidade do dano, proximidade entre as partes e justiça e razoabilidade na imposição do dever. No entanto, estes requerimentos podem ser condensados na necessidade de se provar um controle de fato da empresa-mãe.

O controle de fato da empresa-mãe pode ocorrer em duas vertentes: quando a empresa possui um *know-how* maior que o da empresa-filha (seja tanto no ramo de técnicas de produção ou distribuição dos produtos fabricados, quanto no das melhores práticas trabalhistas) ou quando a empresa-mãe controla as decisões administrativas da empresa-filha. O primeiro tipo de controle é mais difícil de ser provado, pois muitas vezes a conduta negligente da empresa-mãe é uma omissão – ela teria o melhor conhecimento, mas não influenciou a empresa-filha quando tinha poderes para isso.

Apesar de algumas decisões admitirem que a intensidade deste segundo tipo de controle não precisa ser específica, a maioria afirma que deve haver alguma conexão entre o controle exercido pela empresa-mãe e a conduta danosa específica da empresa filha, sob pena de se descaracterizar a situação de acionista da empresa-mãe.

As relações de proximidade e previsibilidade do dano são englobadas na noção de controle de fato na medida em que ao se provar que a empresa-mãe possui o controle (ou influenciava) as ações da empresa-filha, é implícito de que aquela teria um relacionamento próximo com a empresa-filha e os terceiros.

Com a empresa-filha porque ela teria o poder de influenciá-la, e com os terceiros, pois, tendo influenciado as ações da empresa-filha, a conduta daquela passa a ser quase como sua, já que foi realizada seguindo suas recomendações ou a falta delas (se for plausível acreditar que a empresa-mãe estivesse em um patamar superior de conhecimento, a subsidiária esperaria que a

empresa-mãe lhe influenciasse em relação as melhores práticas de trabalho, e se a empresa-filha não o esperasse, certamente os terceiros o fariam).

Já a previsibilidade do dano também está inserida na ideia de controle de fato pela simples afirmação de que tendo o controle das ações da subsidiária, a empresa-mãe conhece quais são estas ações, e sendo uma empresa grande e com pontos de negócios ao redor do mundo, possui uma noção de quais seriam os danos que possivelmente poderiam ocorrer por meio delas, devido a sua experiência negocial.

Para caracterizar o controle de fato, é necessário que haja algum tipo de ação por parte da empresa-mãe em relação a conduta danosa, ou ao menos quanto aos seus “princípios”.

Neste primeiro tipo, para ser provado que a empresa-mãe de alguma forma influenciava aquele ramo da empresa-filha que ocasionou o dano, a empresa transnacional deve agir positivamente de alguma forma dentro da subsidiária no ramo em que se deu o dano, se o dano foi trabalhista, por exemplo, a empresa-mãe teria que ter influenciado a empresa-filha em sua política de práticas seguras de trabalho, delineando-a ou deslocando profissionais para treinar os empregados da subsidiária ou dar palestras e mesmo assim falhando em influenciar a empresa-filha nestas práticas.

Na medida em que realizou uma ação positiva a empresa-mãe teria admitido que teria um dever de cuidado para com todos aqueles que poderiam sofrer consequências do dano. Essa espécie de controle é o mais facilmente provado.

No segundo tipo de ação (a influência da empresa-mãe quanto aos “princípios” da empresa filha), a ação por parte da empresa é uma omissão. A empresa-mãe estava em uma posição na qual tinha um melhor conhecimento sobre as operações que a subsidiária realizava, ou porque estava a mais tempo no mercado ou porque era acionista de outras empresas com a mesma manufatura. Tendo este conhecimento – e sendo a posição da empresa quanto ao ramo técnico de conhecimento público – terceiros e a própria empresa-filha esperariam que a empresa-mãe exercesse influência em suas políticas e práticas, aconselhando-a quanto as melhores práticas de trabalho, por exemplo.

Para provar que esse tipo de controle ocorreu, deve-se argumentar sobre o melhor conhecimento da empresa-mãe sobre o assunto (necessário para que não se alargue em demasia o conceito de *duty of care*) ao mesmo tempo em que se prove que esta teria influência na empresa-filha. Como a empresa-mãe não agiu na esfera específica da ação danosa, deve ser demonstrada a influência da mesma em outras esferas de administração.

Ademais, o estabelecimento do controle de fato não deve ser confundido com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Esta última exige que a empresa-filha seja apenas

uma fachada para a empresa mãe, de forma que esta última se utilize da forma da primeira para realizar negócios fraudulentos.

Entretanto, só porque uma transnacional exerce o controle de fato sobre sua subsidiária não significa que esta esteja realizando fraudes contra terceiros. Afinal, em um grupo econômico sempre existirá algum tipo de influência da empresa-mãe para com suas empresas-filhas - a teoria do controle de fato discute é como este controle é realizado e se afeta terceiros.

Sobre o foro aplicável, a ação judicial deve ser processada no fórum mais “adequado”, que geralmente não é o do país hospedeiro. Para caracterizar o foro mais adequado é necessário que se prove que o foro que mais tem conexão com a causa devido a sua proximidade geográfica não será o foro em que a justiça será alcançada de forma mais completa. Esta prova será dada por condições extrínsecas ao litígio, como condições de justiça gratuita e instrumentos processuais do ordenamento jurídico do país hospedeiro.

Dessa forma, o *duty of care* utilizado como forma de responsabilizar a empresa-mãe pelas ações de suas subsidiárias que resultaram em danos a terceiros só pode ser estabelecido se comprovado o controle de fato da empresa-mãe sobre sua empresa-filha.

Apesar do controle de fato ser dividido em dois tipos (controle efetivo e controle devido a um maior conhecimento), ele deve ser exercido nas ações ou políticas da subsidiária que causaram o dano, sob pena de descaracterizar o instituto (aproximando-se da desconsideração da personalidade jurídica) e ampliar sua área de aplicação em demasiado, dificultando as trocas comerciais e o relacionamento esperado entre empresas de um mesmo grupo econômico.

O instituto deve ainda ser julgado no foro mais “adequado”, sendo aquele cujos ideais de justiça sejam melhores perseguidos, devido a condições extrínsecas ao processo e relacionados a dificuldades que o autor possa encontrar no foro considerado mais “correto” (aquele com uma proximidade geográfica dos elementos fáticos da causa).

CONCLUSÃO

Tendo em vista a diminuição do espaço-tempo geográfico mundial, como consequência da globalização e o aumento do poder das empresas transnacionais, não se pode mais aceitar que tais instituições – tão poderosas quanto Estados Nações e por vezes até mais – não sejam responsabilizadas pelas violações de direitos humanos que cometem.

Com o novo poder das transnacionais elas se tornaram Governantes Globais, exercendo influência em assuntos de seu interesse, inclusive sobre sua própria regulamentação por Organizações Internacionais, tornando a questão complicada e difícil de ser solucionada facilmente.

As empresas transnacionais são compostas de várias empresas legalmente independentes e com personalidades jurídicas distintas. A conexão entre elas geralmente ocorre por meio de participação acionária cruzada, sendo que por vezes pode transcorrer apenas com *networks* contratuais.

As empresas subsidiárias agem no cenário negocial de acordo com as diretrizes do grupo econômico, idealizadas pela empresa-mãe, que geralmente possui seu domicílio em um país desenvolvido (país de origem), sendo a responsável pelo *know-how* do grupo e tendo sido a primeira a ser criada. As empresas subsidiárias se alocam nos países subdesenvolvidos (país hospedeiro) que ofereçam as melhores condições de negócios.

No ímpeto de angariar Investimentos Estrangeiros Diretos (IED), os países lutam na arena internacional para atrair transnacionais para seu território, em uma *race to the bottom* que geralmente tem como consequência um enfraquecimento da rede legislativa protetiva dos direitos humanos (incluído os trabalhistas) e do direito ambiental nos países hospedeiros, já que Estados com um quadro regulatório enfraquecido tendem a exigir menos das empresas em termos de direitos humanos e ambientais e, conseqüentemente, permitem que as transnacionais aumentem seu lucro e ganhem uma vantagem competitiva sobre outras empresas responsáveis socialmente.

Mesmo com todas as vantagens trazidas pelas transnacionais aos países hospedeiros, como um aumento no número de empregos e a revitalização da economia, desde a década de 90, notícias de violações de direitos humanos em países subdesenvolvidos por empresas transnacionais vem se propagando na mídia, graças ao esforço de ONGs internacionais protetoras dos direitos humanos.

As Cortes Internacionais, no entanto, não aceitam as empresas transnacionais como réus em processos de violações a direitos humanos, pois estas são consideradas como indiretamente

responsáveis por tais violações, mesmo que as condutas danosas tenham sido cometidas por suas empresas subsidiárias ou pela própria empresa-mãe (ou ainda em cumplicidade com o Estado). Esta determinação das Cortes Internacionais acarreta a falta de um fórum internacional no qual as vítimas de violações cometidas por entes privados possam pleitear a reparação de seus danos contra empresas.

De acordo com o modelo legal-tradicional, os Estados e as Organizações Internacionais seriam os sujeitos de Direito Internacional, pois possuiriam a capacidade de celebrar tratados. Assim, seriam os únicos sujeitos que poderiam ser diretamente responsáveis por violações de direitos humanos, sendo que a relação das empresas para com essas violações é de apenas vítimas ou de cumplicidade com o Estado na ação violadora (sendo indiretamente responsável pela mesma) (CRAGG, 2012).

Para este modelo, a única obrigação em relação aos direitos humanos da empresa subsidiária seria a de cumprir as leis nacionais de seus países hospedeiros, sendo responsabilidades de cada Estado (monitorado em processo democrático por seus cidadãos) o englobamento do maior número possível de direitos humanos e mecanismos de fiscalização sobre a conduta das transnacionais em suas legislações nacionais.

Com a nova aceção de responsabilidade social corporativa, o modelo legal-tradicional se transformou. A comunidade internacional passou a cobrar das Organizações Internacionais, principalmente da ONU, uma solução para todos os casos de abusos de direitos humanos realizados por transnacionais que ganhavam cada vez mais enfoque midiático.

Ocorria um empasse – as ONGs clamavam por medidas rígidas para com as transnacionais e estas negavam qualquer tipo de responsabilidade direta. A saída encontrada foi utilizar-se de instrumentos principiológicos (modelo dos códigos voluntários), que apesar de não serem obrigatórios, representavam um avanço considerável em relação ao modelo legal-tradicional, pois admitiam que as empresas possuíam obrigações de direitos humanos e consideravam que os direitos humanos eram universais, não dependentes das legislações específicas de países hospedeiros (RUGGIE, 2013). Nesta seara, pode-se destacar o código de conduta promulgados pela ONU em 2011, os Princípios Orientadores de Empresas e Direitos Humanos.

Outro experimento de evolução – falho – do modelo legal-tradicional foi o modelo de normas internacionais que, tentando utilizar-se da linguagem dos tratados, buscou impor obrigações diretas de direitos humanos a transnacionais. Este modelo impôs o mesmo escopo de direitos humanos que seriam de responsabilidade do Estado as transnacionais, o que resultou em uma rejeição do modelo tanto por parte dos Estados quanto das transnacionais e seu eventual

abandono pela ONU, que havia chegado a apresentar um esboço de normas dirigidas as transnacionais em 2003 (CRAGG, 2012).

Finalmente, coma inexistência de cortes internacionais nas quais processar diretamente as empresas transnacionais, as vítimas de violações de direitos humanos se viram obrigadas a “fugir” para os judiciários nacionais, por meio de legislações com efeitos extraterritoriais ou com o uso do conceito de *duty of care* para responsabilizar as empresas transnacionais pelas condutas de suas subsidiárias (modelo da fuga para os judiciários nacionais).

Enquanto que os três primeiros modelos são uma construção teórica de Cragg (2012), a adição à categorização de sistemas de responsabilização de transnacionais do modelo da fuga para os judiciários nacionais, no capítulo 1, é uma contribuição da pesquisa, alargando o escopo de análise sobre a responsabilização de empresas transnacionais e englobando a estratégia prática encontrada pelas vítimas para garantir uma reparação de seu *status quo*.

A legislação com efeitos extraterritoriais mais utilizada para esse fim foi o *Alien Tort Act*, estatuto americano que permitia que vítimas de violações das “leis das nações” pela pirataria tivessem seus pleitos julgados nos Estados Unidos. A utilização deste instrumento para responsabilizar empresas transnacionais obteve grandes êxitos – principalmente em relação a acordos entre as partes – mas em 2013 uma decisão paradigmática negou o efeito extraterritorial ao estatuto, que a partir de então exige que a causa tenha uma conexão forte com os Estados Unidos para que este país possua jurisdição sobre a mesma.

Em uma estratégia processual para responsabilizar as empresas-mães pelas condutas danosas de suas subsidiárias, empregou-se o instituto do *duty of care* em ações judiciais nos países de origem da transnacional. Tal foro é geralmente o escolhido devido, dentre outras razões, a falta de recursos financeiros para adentrar com a ação no país hospedeiro, a ausência de capital suficiente da subsidiária para o pagamento das indenizações ou mesmo a qualidade comprometida do sistema judicial do país no qual a subsidiária se encontra domiciliada.

O *duty of care* é um conceito tipicamente utilizado na seara da responsabilidade civil, para responsabilizar alguém por uma conduta de outra parte, com a qual possui uma ligação de proximidade, que resulta em dano a terceiro. O agente possuidor do *duty of care* teria um dever de zelar pelos terceiros, pois sua conduta negligente foi, indiretamente, responsável pelo dano.

Na pesquisa foram observadas decisões de cinco países que, de acordo com a doutrina, são os mais expressivos em se tratando de utilizar o *duty of care* como instituto com a missão de responsabilizar transnacionais (Inglaterra, Canadá, Austrália, Holanda e Irlanda). As decisões inglesas aqui analisadas se mostraram como as mais pragmáticas, já que – independentemente de suas origens, todas as outras decisões se baseavam em alguns dos testes

procedimentais nelas expostos para chegar a sua conclusão, determinando as circunstâncias do caso específico em três vertentes complementares: determinação da existência de um *duty of care*, desconsideração da personalidade jurídica e existência de um controle de fato por parte da empresa-mãe sobre sua subsidiária.

De acordo com o “teste” mais recente na decisão *Caparo Industries plc v Dickman* de 1990 para verificar a existência do *duty of care* (teste de Caparo), é necessário que se prove a previsibilidade do dano, a proximidade entre as partes e a justiça e razoabilidade da imposição de um dever parte.

A observação das decisões paradigmáticas de cinco países sobre o *duty of care* demonstrou que o controle de fato é a condição basilar do instituto – abrangendo as condições de proximidade e previsibilidade do dano, pois ao demonstrar o controle de uma transnacional sobre sua subsidiária é presumido que esta tenha uma relação de proximidade com a vítima, já que era ela que em última instância controlava as ações da empresa-filha, bem como que ela tinha conhecimento de que haveria a possibilidade da ocorrência de danos resultantes de determinada ação de sua subsidiária, devido a sua maior experiência (previsibilidade do dano).

O controle de fato da empresa transnacional sobre sua subsidiária é condição essencial para que o *duty of care* seja imposto, podendo ocorrer de duas formas: quando a empresa transnacional se mostra em uma posição de superioridade de conhecimento em relação a empresa-filha (agindo por omissão, pois possuiria o dever de aconselhar a subsidiária e não o fez) e quando a empresa-mãe controla os atos da subsidiária (agindo então positivamente).

Ademais, o *duty of care* não pode ser confundido com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois esta última necessita que a empresa-filha seja usada como mera fachada para que a empresa-mãe possa realizar atividades negociais fraudulentas, enquanto que no *duty of care* as empresas continuam sendo entidades legalmente diversas e suas ações, mesmo que tenham ocasionado danos, não foram realizadas com o objetivo final fraudar terceiros.

Em relação a jurisdição sobre as ações judiciais que utilizam o *duty of care* - estas devem ser ajuizadas nos foros mais “adequados”, que nem sempre são os mais “corretos”. Enquanto que o foro mais “correto” é aquele que está mais próximo geograficamente da causa (elementos intrínsecos a causa), o foro mais “adequado” é aquele que, devido a elementos extrínsecos a causa, deve ser o escolhido para que os ideais de justiça possam ser alcançados.

Já que o *duty of care* é uma estratégia processual para que as vítimas possam pleitear reparações na esfera jurídica, apesar do pedido se basear na negligência da empresa-mãe, a causa fundamental do pedido é uma violação a um direito humano (incluídos neste ramo os

direitos trabalhistas). Com a observação das decisões foi-se constatado que a maioria dos fatos que embasavam o pedido eram violações trabalhistas – acidentes ou doenças laborais.

Importante destacar as limitações da pesquisa – devido ao fato que as conclusões geradas foram obtidas através do método de estudo de casos, a possibilidade de generalizações acerca de suas descobertas resta comprometida, haja vista o fato de que o próprio procedimento impede que conceitos gerais sejam formados por virtude de trabalhar apenas com a análise de casos isolados. Da mesma forma, o método de escolha para obter as decisões analisadas não supre tal situação, pois decisões não citadas pelos autores escolhidos poderiam ser importantes para a análise proposta, especialmente para serem usadas como contrafactuais.

De qualquer modo, a pesquisa evidencia que na seara jurídica internacional atual as transnacionais não podem mais considerar seu lucro como estritamente amoral, já que possuem obrigações em relação aos direitos humanos (mesmo que indiretas ou quando impostas apenas por instrumentos voluntários) devido a seu grande poder econômico. A responsabilização de tais empresas, mesmo que não possa ocorrer em Cortes Internacionais, está sendo alcançada pelas vítimas nos judiciários nacionais dos países de origem das transnacionais, consubstanciadas em ações judiciais que utilizam o instituto do *duty of care*, cujo principal elemento para sua caracterização é o controle de fato exercido pela empresa-mãe sobre a empresa filha.

REFERÊNCIAS

FONTES PRIMÁRIAS

AUSTRÁLIA. Supreme Court of New South Wales. *James Hardie and Coy Pty Limited v Putt Matter* [1998] NSWSC 434. Disponível em: <http://www.iknow.cch.com.au/document/atagUio1845295sl286626717/james-hardie-industries-nv-v-australian-securities-and-investments-commission>. Acesso em: 20/08/2016.

CANADÁ. Supreme Court Judgements. *Amchem Products Inc v. Workers Compensation Board* (1993) 102 D.L.R. (4th) 96, 110. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/981/index.do>. Acesso em: 20/08/2016.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals, Secund Circuit. *Filártiga v. Peña-Irala* 630 F.2d 876 - 1980. Disponível em: <http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2011/04/filartiga-v-pena-irala.pdf>. Acesso em: 20/08/2016.

ESTADOS UNIDOS. District Court for the Central District of California. *Doe v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997). Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/963/880/1644957/>. Acesso em: 20/08/2016.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 569 U.S. ____ (2013). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/10-1491/>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. Court of Appeal. *Chandler v Cape plc* [2012] EWCA Civ 525. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. Court of Appeal. *Thompson v The Renwick Group Plc* [2014] EWCA Civ 635. Disponível em: <https://app.vlex.com/#vid/512060418>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. House of Lords. *Anns v Merton London Borough Council* [1977] 2 All ER 492. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. House of Lords. *Caparo v Dickman* [1990] 1 All ER 568 . Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1990/2.html>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. House of Lords. *Connely (A.P) v. TRZ Corporation Plc and Other* – 1998 AC 854. Disponível em: <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd970724/con01.htm>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. House of Lords. *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562/1932. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/100.html>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. House of Lords. *Guerrero vs Monterrico* [2009] EWHC 2475. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2009/2475.html>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. House of Lords. *Lubbe v Cape Plc* [2000] 1 WLR 1545. Disponível em: <https://academic.lexisnexis.eu/>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. House of Lords. *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.* [1987] A.C. 460, 474. Disponível em: <http://swarb.co.uk/spiliada-maritime-corporation-v-cansulex-ltd-the-spiliada-hl-1986/>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. House of Lords. *Salomon v. Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22. Disponível em: [https://www.trans-lex.org/310810/_/salomon-v-salomon-co-ltd-\[1897\]-ac-22/](https://www.trans-lex.org/310810/_/salomon-v-salomon-co-ltd-[1897]-ac-22/). Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. House of Lords. *Young vs Anglo American South Africa Limited* [2014] EWCA Civ 1130. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2014/1130.html>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. House of Lords. *Young vs Anglo American South Africa Limited* [2014] EWCA Civ 1130. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2014/1130.html>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. King's Bench Division. *Smith Stone and Knight Limited v Birmingham* [1939] 4 All ER 116. Disponível em: <http://www.uniset.ca/other/pollypeck/19394AER116.html>. Acesso em: 20/08/2016.

INGLATERRA. Queen's Bench Division. *Flatela Vava vs Anglo American South Africa Limited* [2012] EWHC 1969 (QB). Disponível em: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-520-4529>. Acesso em: 20/08/2016.

IRLANDA. The Supreme Court. *Shinkwin v. Quin-Con Ltd.* [2000] IESC 27; [2001] 1 IR 514; [2001] 2 ILRM 155. Disponível em: <https://academic.lexisnexis.eu/>. Acesso em: 20/08/2016.

HOLANDA. Court of Appeal at the Hague. *Eric Barizaa DOOH v. ROYAL DUTCH SHELL PLC and Other* – 2015. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2015:3586>. Acesso em: 20/08/2016.

FONTES SECUNDÁRIAS

ALLEN, Margaret; GHERTMAN, Michel. *An introduction to the multinationals*. London: Palgrave MacMillan, 1984.

ANDERSON, Sarah; CAVANAGH, John. *Top 200: the rise of corporate global power*. Institute for policy studies, Washington: 2000.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.35, n. 104, p. 109-126. out/dez 1996.

AUGENSTEIN, Daniel; LINDAHL, Hans. Introduction: Global Human Rights Law and the Boundaries of Statehood. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 23, n. 1, p. 1-14, inverno 2016.

AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. *Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993.

BANERJEE, Subhabrata Bobby. *Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad and the Ugly*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2007.

BERLE, Adolf A.; GARDINER, Means. *The Modern Corporation and Private Property*. 3^a Ed. United States: Transactions Publishers, 1999.

BERTOTTI, Monique. A responsabilidade civil objetiva no âmbito trabalhista. *Revista Fórum Trabalhista*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 109-124, março/abril de 2014.

BILCHITZ, David. Corporations and the limits of State-based models for protecting fundamental rights in international law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 23, n. 1, p. 143-170. Inverno 2016.

BILCHITZ, David; DEVA, Surya. *Human rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect?* New York: Cambridge University Press, 2013.

BRAND, Ronald; JABLONSK, Scott. *Forum non conveniens: history, global practice and future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*. *Oxford Scholarship Online*, 2007.

CAMPBELL, Tom. Corporate social responsibility: beyond the business case to human rights. In Cragg, W (Orgs). *Business and Human Rights*. Massachusetts, EUA: Edward Elgar Publishing, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARROLL, Archie. A three-dimensional conceptual model of corporate social performance. *Academy of Management Review*, v. 4, n. 4, p. 497–505. Outubro 1979.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAMBERS, Rachel; KINLEY, David. The UN human rights norms for corporations: the private implications of Public International Law. *Human Rights Law Review*, v. 2, 2006.

CHANDLER JR, Alfred D. *The visible hand - the managerial revolution in American business*. Cambridge, MA: Belknap Press, 1977.

CLAPHAM, Andrew. Old Objections and New Approaches. In: _____. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. New York: Oxford University Press, 2006. Cap. 01, p. 25-58.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 732, p. 38-46, 1996.

CONVENÇÃO MUNDIAL DO MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Our common future*: report of the world commission on environment and development. 1987. Disponível em: <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>. Acesso em: 20/09/2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, 29 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/2ed9f5488d3b613fb7364d2008a0c3a1.pdf>. Acesso em: 01/01/ 2017.

CRAGG, Wesley. Business and Human Rights: a principle and value-based analysis. In Cragg, W (Orgs). *Business and Human Rights*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 10/08/2016.

DEVA, Surya. Global Compact: A Critique of the UN's 'Public-Private' Partnership for Promoting Corporate Citizenship. *Syracuse Journal of International Law and Communication*, v.34, p. 107-151, 2006.

DEVA, Surya. UN's human rights norms for transnational corporations and other business enterprises: an imperfect step in the right direction? *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 10, p. 492 – 523, 2004.

DIAS, Rosa Maria Pellegrini Baptista. *A responsabilidade internacional das empresas transnacionais por ofensas aos direitos humanos*. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

DODD JR, E Merrick. For Whom Are Corporate Managers Trustees? *Harvard Law Review*, Estados Unidos, v. 45, n. 7, p. 1145-1163, Maio 1932.

DUNNING, J. H. The eclectic paradigm of international production: A restatement and some possible extensions. *Journal of international business studies*, n. 19, p. 1-31, 1988.

EASTERBROOK, Frank H; FICHEL, Daniel R. Limited Liability and the Corporation. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 89, p. 89-117, 1985.

EIDENMÜLLER, Horst. The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 18, n. 2, p. 707-749, Verão 2011.

ENNEKING, Liesbeth. The future of foreign direct liability? Exploring the international relevance of the Dutch Shell Nigeria Case. *Utrecht Law Review*, v. 10, n. 1, p. 44-54, 2014.

EROGLU, Muzaffer. *Multinational Enterprises and Tort Liabilities* - an interdisciplinary and comparative examination. Turkey: Edward Elgar Pub, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

FRANÇA. *Loi n° 2017-399 de 27 mars 2017* - relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Journal Officiel de 28 de março de 2017. Disponível em: http://www.assembleenationale.fr/14/dossiers/devoir_vigilance_entreprises_donneuses_ordre.asp. Acesso em: 30/03/2017.

FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. *The New York Times Magazine*: Setembro 13, 1970.

GODINHO, Maurício. *Curso do Direito do Trabalho*. 14 Edição. São Paulo, Saraiva: 2014.

GOLDHABER, Michel D. Corporate human rights litigation in non-U.S courts: a comparative scorecard. *UC Irvine Law Review*, v. 127, n. 3, p. 127- 149, 2013.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. *The end of history for corporate law*. Cambridge, MA: Harvard Law School, 2000. 37 p. (Texto para Discussão, n. 280).

HARROD, J. W. J. *Global transformations and world futures: knowledge, economy, and society*, The Netherlands, v.1, 2009.

HELD, David *et al.* *Global transformations: politics economics and culture*. Cambridge: Policy Press, 1999.

.

HOUSEMANN, Gerald L. *Economics in a Changed Universe*: Joseph E. Stiglitz, globalization and the death of “free enterprise”. Great Britain: Lexington Books, 2009.

ICMM. *ICMM ten principles*. Disponível em: <https://www.icmm.com/en-gb/about-us/member-commitments/icmm-10-principles>. Acesso em: 10/01/2017.

JORGE, Alice de. *Transnational corporations and international law*. England: Edward Elgar Publishing Limited, 2011.

JOSEPH, Sarah. *Corporations and Human Rights Litigation*. Oregon: Hart Publishing, 2004.

KARP, David Jason. *Responsibility for Human Rights: Transnational Corporations in Imperfect States*. UK: Cambridge University Press, 2015.

KHANNA, Parag; FRANCIS, David. *These 25 companies are more powerful than many countries: going stateless to maximize profits, multinationals companies are vying with governments for global power. Who is winning?* Abril de 2016. Disponível em: <http://www.foreignpolicy.com>. Acesso em: 05/09/2016.

KINLEY, David; TADAKI, Junko. From talk to walk: the emergence of human rights responsibilities for corporations at international law. *Virginia Journal of International Law*, Virginia, v. 44, n. 4, p. 932-1023. 2004.

LEOPOLDINO, Juliana. *Regime jurídico das sociedades transnacionais e extraterritorialidade das leis*. 2008. 88 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

LINDAHL, Hans. One Pillar: Legal Authority and a Social License to Operate in a Global Context. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 23, n. 1, p. 201-224. Inverno 2016.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

LO, Stefan H. C. A Parent Company's Tort Liability to Employees of a Subsidiary. *1 Journal of International and Comparative Law*, v. 117, 2014.

MARES, Radu. Decentering Human Rights from the International Order of States: The Alignment and Interaction of Transnational Policy Channels. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 23, n. 1, p. 171-198. Inverno 2016.

MCCORQUODALE, Robert. Waving Not Drowning: Kiobel Outside the United States. *The American Journal of International Law*, v. 107, n. 4, p. 846-851, 2013.

MCCORQUODALE, Robert; SCHUTTER, Oliver; SKINNER, Gwynne. *The Third Pillar - Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*. International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), 2013.

MEADOWS, Donella H et al. *The Limits to Growth: a report for the club of Rome's project on the predicament of mankind*. New York: Universe Books, 1972.

MEERAN, Richard. Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An overview of the Position Outside the United States. *City University of Hong Kong Law Review*, v. 3, n.1, p. 1-41, 2011.

MILLON, David. New directions in corporate law - communitarians, contractarians, and the crisis in corporate law. *Washington and Lee Law Review*, Washington, v. 50, n. 4, p. 1373-1393, Outono. 1993.

MUCHLINSKI, Peter. Human Rights and Multinationals: Is There a Problem? *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, v. 77, n. 1, p. 31-47, Jan. 2001

MUCHLINSKI, Peter. *Multinational enterprises and the law*. England: Oxford University Press, 2007.

MUNCK, Ronaldo. Neoliberalism, Necessitarianism and Alternatives in Latin America: There Is No Alternative (TINA)? *Third World Quarterly*, v. 24, n. 3, p. 495-511, junho 2003.

MURRAY, Daragh. *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016.s

NOLAN, The United Nations Global Compact With Business: Hindering or Helping the Protection of Human Rights? *The University of Queensland Law Journal*, 24, p. 445-466, 2005.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, março de 1999.

NYE, Joseph; KEOHANE, Robert. *Transnational Relations and World Politics*. Massachusetts: Harvard University Press, 1972.

OCDE. *Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais*: atualizada em 2011. Disponível em: <https://www.oecd.org/corporate/mne/38110590.pdf>. Acesso em: 20/12/2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2013.

OLNEY, William W. A race to the bottom? Employment protection and foreign direct investment. *Journal of International Economics*, v. 91, n. 2, novembro 2013.

OIT. *Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social*, atualizada em 2002. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/pub/decl_tripartite_multi_240.pdf. Acesso em: 20/12/2016.

ONU. *Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13*: General Comment No. 31 [80] - The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, 29 de Março de 2004. Disponível em: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yh sjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2Bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWoq%2Fh W%2FTpKi2tPhZsbEJw%2FGeZRASjdFuuJQRnbJEaUhby3lWiQPl2mLFDe6ZSwMMvm QGVHA%3D%3D>. Acesso em: 10/01/2017.

ONU. *Doc A/HRC/8/5*: Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, including the Right to Development -Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, 7 de abril de 2008.

ONU. *Doc. E/C.12/1999/5*: General Comment No. 12 - The right to adequate food, 12 de Maio de 1995. Disponível em: <http://www.refworld.org/pdfid/4538838c11.pdf>. Acesso em 12/12/2016.

ONU. *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, 2003. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/links/norms-Aug2003.html>. Acesso em: 20/01/2017.

ONU. *Pacto Global – os dez princípios orientadores*. Disponível em: <http://www.pactoglobal.org.br/artigo/56/Os-10-principios>. Acesso em: 20/09/2016.

ONU. *Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos de 2011*. Disponível em: [http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf). Acesso em 20/05/2016.

ONU. *Unite Power of Markets With Authority of Universal Values, Secretary General Urges at World Economic Forum*, SG/SM/6448, 1999. Disponível em: <http://www.un.org/press/en/1999/19990201.sgsm6881.html>. Acesso em: 10/12/2016.

PAINEL BUSINESS AND HUMANITARIAN AND HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS, 2006, Estados Unidos. Anais... Estados Unidos: The American Society in International Law, v. 129, 2006, p. 129-139.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIRES, Alexandre. *A pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. 3ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

RASCHE, Andreas. A necessary supplement – what the United Nations Global Compact is and is not. *Business and Society*, v. 48, n. 4, 2009, p. 511-537.

ROACH, Brian. *Corporate power in a global economy*. Global Development and Environment Institute, Estados Unidos: Tufts University, 2007.

ROBINS, Nick. *A corporação que mudou o mundo: como a Companhia das Índias Orientais moldou a multinacional moderna*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

RUGGIE, John. *Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts* - A/HRC/4/035. ONU, 2007.

RUGGIE, John. Business and Human Rights: The Evolving International Agenda. *American journal of international law*, v. 101, n. 4, 2007, p. 819-840.

RUGGIE, John. *Clarifying the Concepts of “Sphere of influence” and “Complicity”* - Paper A/HRC/8/16, 2008. Disponível em: <http://www.reports-and-materials.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-companion-report-15-May-2008.pdf>. Acesso em: 20/08/2016.

RUGGIE, John. *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. United States: W. W. Norton & Company, 2013.

RUGGIE, John. *Multilateralism matters*. United States: Columbia University Press, 1993.

SCHOLTE, Jan Aart. *Globalization: a critical introduction*. New York: Palgrave MacMillan, 2005.

SCHUTTER, Oliver. *The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors*. In Shutter Oliver, *Studies in International Law: Vol. 12. Transnational Corporations and Human Rights* (1st ed., pp. 1 – 40). Oregon: Hart Publishing, 2006.

SKINNER, Gwynne. Rethinking limited liability of parent corporations for foreign subsidiaries’ violations of international human rights law. *Washington and Lee Law Review*, v. 72, n. 1769, 2015.

STEPHENS, Beth. The amorality of profit: Transnational Corporations and Human Rights. *Berkeley Journal of International Law*, United States, v. 20, n. 1, p. 45-90.

STIGLITZ, Joseph E. Regulating multinational corporations: towards principles of cross-border legal frameworks in a globalized world balancing rights with responsibilities. *American University International Law Review*, v. 23, n. 3, p. 451-558, 2007.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. *Responsabilidade social empresarial: teoria e prática*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Office of the prosecutor policy paper on case selection and prioritisation*, 15 de setembro de 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf. Acesso em: 10/01/2017.

TILLY, Charles. Globalization threatens labor's rights. *International Labor and Working-Class History*, n. 47, p. 1-23, 1995.

UEDA, André Silva Rasga. *Responsabilidade civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do código civil de 2002*. 2008. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2008.

WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 34, n. 98, p. 51—57. Abril/junho 1995.

WEISSBRODT, David. Corporate Human Rights Responsibilities. *Minnesota Journal of International Law*, v. 6, n. 3, p. 279-297, 2005.

WEISSBRODT, David. Human Rights Standards Concerning Transnational Corporations and Other Business Entities. *Minnesota Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 135-171, 2014.

YOUNG, Ernest A. Universal jurisdiction, the alien tort statute, and transnational public law litigation after Kiobel. *Duke Law Journal*, v. 64, p. 1022-1127, 2015.

ZAMFIR, Paul-Bogda. The expansion of the transnational and multinational corporations in the global economy. *Annals of the Constantin Brâncuși University of Târgu Jiu, Romania, Economy Series*, v. 4, p. 248-251, 2012.

APÊNDICE

APÊNDICE 1 – Tabela com a análise da decisão *Filártiga v. Peña-Irala* 630 F.2d 876 – 1980

APÊNDICE 2 - Tabela com a análise da decisão *Doe v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997)

APÊNCIDE 3 - Tabela com a análise da decisão *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 569 U.S. ____ (2013)

APÊNDICE 4 – Tabelas com a análise da decisão *Connely (A.P) v. TRZ Corporation Plc and Other* – 1998 AC 854 e de dois de seus precedentes

APÊNDICE 5 – Tabelas com a análise da decisão *Eric Barizaa DOOH v. ROYAL DUTCH SHELL PLC and Other* – 2015 e de um de seus precedentes

APÊNCIDE 6 - Tabela com a análise da decisão *Chandler vs Cape PLC* [2012] EWCA Civ 525

APÊNDICE 7 - Tabela com a análise da decisão *Guerrero vs Monterrico* [2009] EWHC 2475/2009

APÊNDICE 8 - Tabela com a análise da decisão *James Hardie and Coy Pty Limited v Putt Matter* [1998] NSWSC 434

APÊNDICE 9 - Tabelas com a análise da decisão *Young vs Anglo American South Africa Limited* [2014] EWCA Civ 1130 e de um de seus precedentes

APÊNDICE 10 - Tabela com a análise da decisão *Lubbe and Others v Cape PLC* [2000] 4 All ER 268

APÊNDICE 11 - Tabela com a análise da decisão *Shinkwin v. Quin-Con Ltd.* [2000] IESC 27; [2001] 1 IR 514; [2001] 2 ILRM 155

APÊNDICE 12 - Tabelas com a análise da decisão *Caparo v Dickman* [1990] 1 All ER 568 e de dois de seus precedentes

APÊNDICE 1

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
Filártiga v. Peña-Irala 630 F.2d 876	Estados Unidos/1980	JURISDIÇÃO	-

Decisão	Filártiga v. Peña-Irala/1980
Direito humano envolvido	<p>Direito a vida/ Direito a integridade física/ Proibição a Tortura</p> <p>“The Filartigas brought this action in the Eastern District of New York against Americo Norberto Pena-Irala (Pena), also a citizen of Paraguay, for wrongfully causing the death of Dr. Filartiga’s seventeen-year old son, Joelito.”</p>
Contexto	<p>De acordo com os autores da ação, Joelito Filartiga, cidadão paraguaio, foi raptado, torturado e morto em março de 1976, por Pena (Inspetor General da Polícia de Asuncion), devido as convicções políticas de seu pai (opositor do então presidente paraguaio). Apesar da família de Joelito ter processado Pena no Paraguai, a ação não foi julgada e outra pessoa confessou o crime por razões diversas (mas não foi presa). O pai e a irmã do de cujo se mudaram para os Estados Unidos anos depois e quando descobriram que Pena também se encontrava ilegalmente nos Estados Unidos, processaram o policial por descumprir os direitos humanos reconhecidos internacionalmente. A ação foi julgada improcedente sem o julgamento de mérito em primeiro grau devido à ausência de jurisdição da corte americana. Na apelação, os autores invocaram o <i>Alien Tort Statute</i> como forma de provar a jurisdição da corte e conseguiram o reconhecimento da jurisdição americana para o caso.</p> <p>“The cause of action is stated as arising under “wrongful death statutes; the U. N. Charter; the Universal Declaration on Human Rights; the U. N. Declaration Against Torture; the American Declaration of the Rights and Duties of Man; and other pertinent declarations, documents and practices constituting the customary international law of</p>

	human rights and the law of nations,” as well as 28 U.S.C. s 1350, Article II, sec. 2 and the Supremacy Clause of the U. S. Constitution. Jurisdiction is claimed under the general federal question provision, 28 U.S.C. s 1331 and, principally on this appeal, under the Alien Tort Statute, 28 U.S.C. s 1350.”
Jurisdicção/Adequação ao ATS	<p>“Since appellants do not contend that their action arises directly under a treaty of the United States, a threshold question on the jurisdictional issue is whether the conduct alleged violates the law of nations. In light of the universal condemnation of torture in numerous international agreements, and the renunciation of torture as an instrument of official policy by virtually all of the nations of the world (in principle if not in practice), we find that an act of torture committed by a state official against one held in detention violates established norms of the international law of human rights, and hence the law of nations.”</p> <p>“The Statute of the International Court of Justice, Arts. 38 & 59, June 26, 1945, 59 Stat. 1055, 1060 (1945) provides: Art. 38 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; (c) the general principles of law recognized by civilized nations; (d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of the rules of law.</p>

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.

Art. 59 The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.”

“The United Nations Charter (a treaty of the United States, see 59 Stat. 1033 (1945)) makes it clear that in this modern age a state’s treatment of its own citizens is a matter of international concern. (...) For although there is no universal agreement as to the precise extent of the “human rights and fundamental freedoms” guaranteed to all by the Charter, there is at present no dissent from the view that the guaranties include, at a bare minimum, the right to be free from torture. This prohibition has become part of customary international law, as evidenced and defined by the Universal Declaration of Human Rights (...)”

“These U.N. declarations are significant because they specify with great precision the obligations of member nations under the Charter. Since their adoption, “(m)embers can no longer contend that they do not know what human rights they promised in the Charter to promote.”

“Thus, a Declaration creates an expectation of adherence, and “insofar as the expectation is gradually justified by State practice, a declaration may by custom become recognized as laying down rules binding upon the States.”

“Common law courts of general jurisdiction regularly adjudicate transitory tort claims between individuals over who m they exercise personal jurisdiction, wherever the tort

occurred (...) The constitutional basis for the Alien Tort Statute is the law of nations, which has always been part of the federal common law.”

“It is an ancient and a salutary feature of the Anglo-American legal tradition that the Law of Nations is a part of the law of the land to be ascertained and administered, like any other, in the appropriate case. This doctrine was originally conceived and formulated in England in response to the demands of an expanding commerce and under the influence of theories widely accepted in the late sixteenth, the seventeenth and the eighteenth centuries. It was brought to America in the colonial years as part of the legal heritage from England. we believe it is sufficient here to construe the Alien Tort Statute, not as granting new rights to aliens, but simply as opening the federal courts for adjudication of the rights already recognized by international law. (...) Thus, the narrowing construction that the Alien Tort Statute has previously received reflects the fact that earlier cases did not involve such well-established, universally recognized norms of international law that are here at issue.”

“Indeed, for purposes of civil liability, the torturer has become like the pirate and slave trader before him *hostis humani generis*, an enemy of all mankind. Our holding today, giving effect to a jurisdictional provision enacted by our First Congress, is a small but important step in the fulfillment of the ageless dream to free all people from brutal violence.”

Observação da Decisão	<p>O caso observado foi o primeiro que aceitou o ATS como ferramenta para lidar com violações de direitos humanos contra estrangeiros, mesmo quando o agente violador não fosse norte-americano e nem o dano tivesse ocorrido nos Estados Unidos.</p> <p>O ATS é uma legislação que abarca violações a Lei das Nações (hoje conhecida como leis internacionais), logo o ponto principal a ser explanado, para garantir a jurisdição da corte americana, era se a proibição a tortura constituía norma nas leis internacionais. Se a resposta fosse positiva, o ATS alargaria a jurisdição americana e a permitiria julgar o caso (sem, no entanto, prover novos direitos aos autores).</p> <p>O julgador não só examinou várias Declarações Internacionais sobre os Direitos Humanos, tratados celebrados pelos Estados Unidos (como a Carta da ONU), como também conceituou o costume internacional como uma prática adotada por vários países de maneira habitual para poder declarar que o direito a integridade física (proibição a tortura) era um direito reconhecido por vários Estados.</p>
-----------------------	---

APÊNDICE 2

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
Doe v. Unocal Corp., 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997)	Estados Unidos/1997	JURISDIÇÃO	-

Decisão	Doe v. Unocal Corp., 963 F. Supp. 880/1997
Direito humano envolvido	Direito a vida/ Direito a integridade física/ Direito a liberdade/ Proibição a escravidão
Contexto	<p>Os autores são fazendeiros na região de Tenasserim na Birmânia e processam as empresas Unocal Corp. ("Unocal"), Total S.A. ("Total") e a empresa Myanma Oil and Gas ("MOGE", empresa estatal que produz e vende energia elétrica), bem como a organização militar SLORC que passou a governar a Birmânia em 1988 por violações de direitos humanos internacionalmente reconhecidos.</p> <p>A partir de 1991, várias empresas transnacionais negociaram com a SLORC para explorar o gás natural do país, inclusive a empresa UNOCAL. Os autores afirmam que durante a construção do gasoduto Yanada e de um porto para transferência de gás natural da Birmânia para a Tailândia, as empresas rés, com a cumplicidade da força militar da SLORC, usaram violência e intimidação para deslocar forçosamente várias vilas, escravizar trabalhadores e roubar a propriedade de várias fazendas para o avanço do projeto. Tal conduta teria causado mortes, estupros, escravização e a perda de suas casas e propriedades, em clara violação de leis estaduais, federais e costumes internacionais.</p> <p>SLORC e MOGE foram consideradas como parte ilegítima da ação pelo fato de que possuem uma natureza soberana do Estado da Birmânia, inclusive por seus atos, não tendo agido somente como entes privados e tendo, portanto, imunidade devido a sua soberania, já que um Estado não poderia julgar outro Estado (quando este age nesta capacidade).</p>

Jurisdição/Adequação ao ATS

“Thus, the ATCA requires (1) a claim by an alien, (2) alleging a tort, and (3) a violation of international law. Here, plaintiffs are aliens, and they assert tort claims. However, the parties dispute whether plaintiffs may assert claims based on violations of international law against the private defendants.”

Thus, a court applying the ATCA must determine "whether there is an applicable norm of international law, whether it is recognized by the United States, what its status is, and whether it has been violated." (...) Under the ATCA, jurisdiction may be based on a violation "of a jus cogens norm which enjoys the highest status within international law”

"A private individual acts under color of law within the meaning of section 1983 when he acts together with state officials or with significant state aid. (...) Nonetheless, "[t]he Supreme Court has articulated four distinct approaches to the state action question: public function, state compulsion, nexus, and joint action."

“Under the joint action approach, private actors can be state actors if they are ‘willful participant[s] in joint action with the state or its agents.’ (...) An agreement between government and a private party can create joint action.”

“Plaintiffs have alleged that the private plaintiffs were and are jointly engaged with the state officials in the challenged activity, namely forced labor and other human rights violations in furtherance of the pipeline project. These allegations are sufficient to support subject-matter jurisdiction under the ATCA.”

	<p>“Although SLORC and MOGE are entitled to sovereign immunity pursuant to the FSIA, they are not indispensable parties under Rule 19 because complete relief may be accorded among the remaining parties in their absence. Subject-matter jurisdiction over plaintiffs' claims against the remaining defendants is available under the Alien Tort Claims Act ("ATCA") and 28 U.S.C. § 1367.”</p>
Observação da Decisão	<p>O caso observado foi o primeiro caso que aceitou o ATS como ferramenta para lidar com violações de direitos humanos contra empresas. Antes dele, o ATS era utilizado apenas contra pessoas naturais.</p> <p>O interessante neste caso é que ele impõe uma limitação clara a aceitação das empresas como rés – estas devem agir como cúmplices do Estado para que suas ações sejam abarcadas no ATS. De fato, existem quatro possibilidades para se considerar a empresa como cúmplice do Estado na violação: quando a empresa realiza alguma função pública, quando há um nexo de causalidade grande entre as ações da empresa e do Estado, quando o Estado compele a empresa a agir de certa forma e – a mais comum – quando existe uma ação conjunta entre empresa e Estado.</p> <p>Esta ação conjunta ocorre quando a empresa é participante voluntária nas violações do Estado. No caso em questão, o fato de que as empresas pagavam para a SLORC (organização militar) prover mão-de-obra para o gasoduto é o suficiente para caracterizar esta ação conjunta, já que as empresas sabiam ou deveriam saber das violações contra o trabalho digno perpetradas, haja vista o histórico da organização militar contratada.</p>

	Note-se que no próprio julgamento do caso, o magistrado traz como exemplo a corrupção de agentes estatais como uma ação conjunta entre empresas e Estado que poderia ser abarcada na jurisdição do ATS.
--	---

APÊNDICE 3

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 569 U.S. ____ (2013)	Estados Unidos/2013	JURISDIÇÃO	-

Decisão	Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. 569 U.S./2013
Direito humano envolvido	Direito a vida/ Direito a integridade física/ Direito a liberdade/ Proibição a escravidão
Contexto	<p>Os autores são residents de Ogoniland, localizada na Nigéria, com uma população de meio milhão de pessoas. Na época em que a ação foi ajuizada, as empresas réas Royal Dutch Petroleum Company e Shell Transport and Trading Company (incorporadas na Holanda e na Inglaterra, respectivamente) tinham a propriedade conjunta da subsidiária Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd. (SPDC) (incorporada na Nigéria), que explorava e produzia petróleo na região de Ogoniland.</p> <p>De acordo com os autores, após uma manifestação dos cidadãos de Ogoniland contra os danos ambientais produzidos pela exploração do petróleo na região pelas práticas da SPDC, as empresas réas acordaram com o Estado nigeriano a repressão de forma violenta dos protestos. No decorrer da primeira metade da década de 90, a polícia e a força militar nigeriana teriam atacado vilas Ogoni, espancando, prendendo, estuprando, destruindo propriedade privada e matando os residentes. As empresas réas teriam fornecido as forças comida, transporte e compensação financeira, além de permitir que o Governo usasse sua propriedade como gabinete de comando para os ataques.</p> <p>Após as atrocidades, os residentes conseguiram asilo político nos Estados Unidos, onde processaram as empresas pela violação de direitos humanos em conjunto com o Estado nigeriano, embasando-se no ATS.</p>

	<p>A corte, no entanto, afastando-se dos precedentes dominantes até então, entendeu que o ATS não possui uma jurisdição extraterritorial – sendo necessário que o fatos relevantes tenham forte ligação com os Estados Unidos para que a presunção territorial seja afastada.</p>
Jurisdição/Adequação ao ATS	<p>“The grant of jurisdiction is instead “best read as having been enacted on the understanding that the common law would provide a cause of action for [a] modest number of international law violations.”</p> <p>“The question here is not whether petitioners have stated a proper claim under the ATS, but whether a claim may reach conduct occurring in the territory of a foreign sovereign. Respondents contend that claims under the ATS do not, relying primarily on a canon of statutory interpretation known as the presumption against extraterritorial application. That canon provides that “[w]hen a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none,” (...)This presumption “serves to protect against unintended clashes between our laws and those of other nations which could result in international discord.”</p> <p>“The ATS, on the other hand, is “strictly jurisdictional.” (...)It instead allows federal courts to recognize certain causes of action based on sufficiently definite norms of international law.”</p> <p>“Indeed, the danger of unwarranted judicial interference in the conduct of foreign policy is magnified in the context of the ATS, because the question is not what Congress has done but instead what courts may do. The principles underlying the</p>

presumption against extraterritoriality thus constrain courts exercising their power under the ATS.”

“But to rebut the presumption, the ATS would need to evince a “clear indication of extraterritoriality. It does not. To begin, nothing in the text of the statute suggests that Congress intended causes of action recognized under it to have extraterritorial reach. The ATS covers actions by aliens for violations of the law of nations, but that does not imply extraterritorial reach—such violations affecting aliens can occur either within or outside the United States. Nor does the fact that the text reaches “*any* civil action” suggest application to torts committed abroad; it is well established that generic terms like “any” or “every” do not rebut the presumption against extraterritoriality.”

“We explained in *Sosa* that when Congress passed the ATS, “three principal offenses against the law of nations” had been identified by Blackstone: violation of safe conducts, infringement of the rights of ambassadors, and piracy. 542 U. S., at 723, 724; see 4 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 68 (1769). The first two offenses have no necessary extraterritorial application. Indeed, Blackstone— in describing them—did so in terms of conduct occurring within the forum nation. See *ibid.* (describing the right of safe conducts for those “who are here”); 1 *id.*, at 251 (1765) (explaining that safe conducts grant a member of one society “a right to intrude into another”); *id.*, at 245–248 (recognizing the king’s power to “receiv[e] ambassadors at home” and detailing their rights in the state “wherein they are appointed to reside”); see also E. DeVattel,

Law of Nations 465 (J. Chitty et al. transl. and ed. 1883) (“[O]n his entering the country to which he is sent, and making himself known, [the ambassador] is under the protection of the law of nations . . .”).”

“The third example of a violation of the law of nations familiar to the Congress that enacted the ATS was piracy. Piracy typically occurs on the high seas, beyond the territorial jurisdiction of the United States or any other country. See 4 Blackstone, *supra*, at 72 (“The offence of piracy, by common law, consists of committing those acts of robbery and depredation upon the high seas, which, if committed upon land, would have amounted to felony there”). This Court has generally treated the high seas the same as foreign soil for purposes of the presumption against extraterritorial application.”

“Petitioners contend that because Congress surely intended the ATS to provide jurisdiction for actions against pirates, it necessarily anticipated the statute would apply to conduct occurring abroad. Applying U. S. law to pirates, however, does not typically impose the sovereign will of the United States onto conduct occurring within the territorial jurisdiction of another sovereign, and therefore carries less direct foreign policy consequences. Pirates were fair game wherever found, by any nation, because they generally did not operate within any jurisdiction.”

“Finally, there is no indication that the ATS was passed to make the United States a uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms. As Justice Story put it, “No nation has ever yet pretended to be the *custos morum* of the whole world .

. . .” *United States v. The L Jeune Eugenie*, 26 F. Cas. 832, 847 (No. 15,551) (CC. Mass. 1822). It is implausible to suppose that the First Congress wanted their fledgling Republic—struggling to receive international recognition—to be the first. Indeed, the parties offer no evidence that any nation, meek or mighty, presumed to do such a thing.”

“We therefore conclude that the presumption against extraterritoriality applies to claims under the ATS, and that nothing in the statute rebuts that presumption.”

“[T]here is no clear indication of extraterritoriality here, (...) and petitioners’ case seeking relief for violations of the law of nations occurring outside the United States is barred.”

“On these facts, all the relevant conduct took place outside the United States. And even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application. See *Morrison*, 561 U. S. ____ (slip op. at 17–24). Corporations are often present

in many countries, and it would reach too far to say that mere corporate presence suffices. If Congress were to determine otherwise, a statute more specific than the ATS would be required”.

Observação da Decisão

A decisão em Kiobel dá outro entendimento ao ATS, não levando em consideração a jurisprudência dominante em casos de empresas e violações de direitos humanos já julgados.

De fato, o caso afirma que o ATS possui uma presunção contra a extraterritorialidade, como qualquer legislação americana, já que cabe ao Legislativo afirmar de maneira expressa em quais situações o Estado americano pode intervir em condutas que se passaram em outros Estados soberanos. O principal motivo para tal presunção, é a precaução contra dificuldades diplomáticas.

Em um apanhado histórico, vê-se que o ATS foi criado para ser utilizado quando da violação de três leis internacionais específicas: a violação de salvo conduto, a violação dos direitos dos embaixadores (sendo pela violação deste costume específico que o ATS foi usado logo após sua criação, antes de ficar dormente) e na pirataria.

Esta última situação era a utilizada para fazer-se uma analogia com as empresas, que seriam os “piratas” modernos, cometendo violações de direitos humanos sem possuir um fórum adequado para serem julgadas de maneira efetiva. O julgamento em Kiobel, entretanto, elimina tal analogia ao afirmar que os piratas de antigamente estavam em alto mar, local sobre o qual nenhum país possui jurisdição (sendo assim suscetível a abrangência da jurisdição americana), enquanto que as transnacionais e suas subsidiárias encontram-se em Estados soberanos com jurisdição própria. Entender que os Estados Unidos pudessem abarcar todos os lugares do mundo, seria fazê-lo um porto

	<p>jurisdicional do mundo, o que não é possível de acordo com o Direito Internacional Público (no qual todos os Estados são soberanos e juridicamente iguais).</p> <p>Assim, para que uma situação possa ser abarcada pelo ATS seus fatos relevantes devem possuir forte ligação com os Estados Unidos (a decisão, no entanto, não estabelece como essa possível forte relação deve ser caracterizada).</p>
--	---

APÊNDICE 4

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
Connely (A.P) v. TRZ Corporation Plc and Other – 1998 AC 854	Inglaterra/1998	JURISDIÇÃO ESFERA DE INFLUÊNCIA (apenas menção)	1. <i>Sim v. Robinow</i> (1892) 19 R. 665, 668, <i>per</i> Lord Kinneear, cited with approval in <i>S piliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.</i> [1987] A.C. 460, 474 2. <i>Amchem Products Inc v. Workers Compensation Board</i> (1993) 102 D.L.R. (4th) 96, 110

Decisão	Connely (A.P) v. TRZ Corporation Plc and Other/1997
Direito humano envolvido	Direito a Saúde/Direito do Trabalho “He claims that his cancer was the result of inhaling silica uranium and its radioactive decay products at the mine.”
Contexto	Edward Connely trabalhou por cinco anos e meio (entre 1977 e 1982) em uma empresa de mineração de uranio (Rossing Uranium Ltd. ("R.U.L.")) na Namíbia. Ao retornar para a Inglaterra, ele sofreu de câncer na laringe, realizando um procedimento que provocou sequelas irreversíveis. Segundo o autor, o câncer foi gerado pela inalação de restos de produtos radioativos da mina. Rossing Uranium Ltd é uma subsidiária da empresa inglesa R.T.Z. Corporation Plc ("R.T.Z."). O autor alegou que não só a empresa-mãe delineou a política corporativa de saúde de sua subsidiária (ou aconselhou-a sobre o conteúdo da política), como empregados da empresa-mãe e de outras subsidiárias do grupo se deslocaram até a Namíbia para supervisionar a implementação da política em relação a segurança e saúde dos trabalhadores na mina, o que configuraria o <i>duty of care</i> da empresa-mãe. A decisão trata do fórum apropriado para processar o litígio.
Problema Legal	Responsabilização da empresa-mãe por violação de direitos humanos de sua subsidiária
Fórum e Jurisdição aplicável (citações importantes)	“On 28 October 1994 R.T.Z. applied to the High Court in London for a stay of the proceedings on the ground that Namibia was the appropriate forum for the trial of the

action. It was later conceded by the plaintiff that Namibia was prima facie the jurisdiction with which the claim had the most real and substantial connection.”

“He held that, in deciding whether to exercise his discretion to grant a stay, he was bound by that subsection to disregard the fact that the plaintiff was in receipt of legal aid in this country; and, having regard to the close connection of the claim with Namibia, he decided to stay the action, notwithstanding that there was no financial assistance, in the form of legal aid or otherwise, available to the plaintiff in Namibia to enable him to pursue his claim there.”

“But faced with a stark choice between one jurisdiction, albeit not the most appropriate in which there could in fact be a trial, and another jurisdiction, the most appropriate in which there never could, in my judgment, the interests of justice would tend to weigh, and weigh strongly in favour of that forum in which the plaintiff could assert his rights”

“I am, however, satisfied that the subsection was never intended to apply in the case of applications for a stay of proceedings on the ground of forum non conveniens. In such a case, the question at issue is whether “the court is satisfied that there is some other tribunal, having competent jurisdiction, in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and for the ends of justice”

“First, the question of a stay of proceedings must be considered on the basis of the applicable principles. These principles are concerned with the identification of the appropriate forum for the trial.”

“(…) in – *Spiliada Maritime Corporation v. Consulex Ltd.* [1987] A.C. 460 “a stay will only be granted on the ground of forum non conveniens where the court is satisfied that there is some other available forum, having competent jurisdiction, which is the appropriate forum for the trial of the action, i.e. in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice.”

Teste teórico de duas fases para determinar o forum no qual a demanda será julgada:

“It was further stated that the burden of proof rests on the defendant to persuade the court to exercise its discretion to grant a stay. For that purpose, he has to establish that there is another available forum which is clearly or distinctly more appropriate than the English forum in which jurisdiction has been founded by the plaintiff as of right. In considering that question, the court will look first to see what factors there are which point in the direction of another forum, i.e. connecting factors which indicate that it is with the other forum that the action has its most real and substantial connection. This is the first stage. However, even if the court concludes at that stage that the other forum is clearly more appropriate for the trial of the action, the court may nevertheless decline to grant a stay if persuaded by the plaintiff, on whom the burden of proof then lies, that justice requires that a stay should not be granted. This is the second stage.”

“If a clearly more appropriate forum overseas has been identified, generally speaking the plaintiff will have to take that forum as he finds it, even if it is in certain respects less advantageous to him than the English forum.”

“But that is not of itself enough to refuse a stay. Only if the plaintiff can establish that substantial justice cannot be done in the appropriate forum, will the court refuse to grant a stay.”

Opinião contrária de outro julgador (voto minoritário): “In my view, the existence of neither Legal Aid nor a conditional fee agreement is sufficient to displace the prima facie conclusion that Namibia is the appropriate forum for the trial of this case. In principle I understand your Lordships to accept that the availability in England of one form or another of financial assistance to carry on litigation is not a reason for refusing a stay when another country is so much more closely connected with the subject-matter of the litigation as to make it clearly the more appropriate forum. But, it is said, there are circumstances which make this an exceptional case. These consist of a combination of three factors. *Amchem Products Inc v. Workers Compensation Board* (1993) 102 D.L.R. (4th) 96, 110: “The weight to be given to juridical advantage is very much a function of the parties’ connection to the particular jurisdiction in question. If a party seeks out a jurisdiction simply to gain a juridical advantage rather than by reason of a real and substantial connection of the case to the jurisdiction, that is ordinarily condemned as ‘forum shopping’. On the other hand, a party whose case has a real and substantial connection with a forum has a legitimate claim to the advantages that that forum provides. The legitimacy of this claim is based on a reasonable expectation that in the event of litigation arising out of

	<p>the transaction in question, those advantages will be available. The defendant is a multinational company, present almost everywhere and certainly present and ready to be sued in Namibia. I would therefore regard the presence of the defendants in the jurisdiction as a neutral factor. If the presence of the defendants, as parent company and local subsidiary of a multinational, can enable them to be sued here, any multinational with its parent company in England will be liable to be sued here in respect of its activities anywhere in the world. Third and last, there is the fact that the plaintiff has, since leaving his employment, taken up residence and resumed his domicile of origin in Scotland. In my view, this change which has taken place since the events forming the subject-matter of the litigation cannot affect the question of whether the plaintiff had a legitimate expectation of being able to invoke the English jurisdiction.”</p>
Desconsideração da personalidade jurídica	-
De facto control	<p>“It was alleged that R.T.Z.had devised R.U.L.’s policy on health, safety and the environment, or alternativelyhad advised R.U.L. as to the contents of the policy. It was further alleged that anemployee or employees of R.T.Z., referred to as R.T.Z. supervisors, implemented the policy and supervised health, safety and/or environmental protection at the mine.”</p>
Observação da Decisão	<p>A decisão trata apenas da variável de pesquisa <i>Jurisdição</i> – sobre isso ela é bem rica no campo teórico. Segundo o julgado, em matérias que englobem o princípio “<i>fórum</i></p>

non conveniens” a situação deve ser observada em duas etapas procedimentais distintas, mas dependentes (Fórum mais “correto” vs. Fórum mais “adequado”).

Primeiramente, é ônus do réu provar que existe um fórum mais “correto” para o julgamento da questão (país hospedeiro) – esta prova deve envolver a proximidade das situações fáticas que deram causa ao litígio, além da existência de um sistema judicial que admita que possua jurisdição sobre o caso. Como os fatos se passam nos países hospedeiros, os réus geralmente conseguem provar a existência de tal foro.

No entanto, mesmo havendo tal foro, pode ser que este não seja o mais “adequado” para o julgamento da questão. Neste segundo passo, o ônus da prova recai sobre o autor. Este deve provar que mesmo havendo uma jurisdição mais próxima dos fatos da causa e que, portanto, teria supostamente mais facilidade de lidar com as demandas processuais, por condições extrínsecas ao processo (elementos externos) ele não pode exercer seu direito de ação naquela jurisdição. Pelas demandas dos ideais de justiça a corte do país de origem da multinacional deve julgar o caso.

O elemento externo observado no caso foi a falta de um sistema de justiça gratuita no país hospedeiro o que tornaria o país de origem o foro mais adequado.

PRECEDENTE (Inglaterra)	<i>Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.</i> [1987] A.C. 460, 474-490, no qual é citado o julgamento <i>Sim v. Robinow</i> (1892) 19 R. 665, 668, por Lord Kinneer.
Direito Envolvido	Direito de Propriedade (dano material)
Contexto	Uma embarcação de carga administrada por uma empresa grega e com seguradoras Ingleses, navegando sob a bandeira da Libéria e propriedade de uma empresa do mesmo país, supostamente teria sofrido danos materiais por uma carga de enxofre de propriedade de uma empresa da Colúmbia Britânica (província do Canadá), no caminho do Canadá para a Índia. A decisão busca declarar qual seria o fórum correto para julgar a ação, haja vista o grande número de países envolvidos.
Jurisdição	<p>“Any dispute over the appropriate forum is complicated by the fact that each party is seeking an advantage and may be influenced by considerations which are not apparent to the judge or considerations which are not relevant for his purpose.”</p> <p>“The judge then turned to consider the various factors which were said to influence the choice between an English and Canadian Court. I need not list them all. The most important were (1) availability of witnesses, (2) multiplicity of proceedings, and (3) a matter which was regarded as crucial by the judge, which I will call the Cambridgeshire factor and which relates to preparation for very substantial proceedings.”</p> <p>“<i>Sim v. Robinow 1892 19 R. 665</i> as expressing the principle now applicable in both jurisdictions. He said, at p. 668: "... the plea can never be sustained unless the court is satisfied that there is some other tribunal, having competent jurisdiction, in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and for the ends of justice.”</p> <p>“So it is for connecting factors in this sense that the court must first look; and these will include not only factors affecting convenience or expense (such as availability of</p>

witnesses), but also other factors such as the law governing the relevant transaction (as to which see *Credit Chimique v. James Scott Engineering Group Ltd.*, 1982 S.L.T. 131), and the places where the parties respectively reside or carry on business an advantage to the plaintiff will ordinarily give rise to a comparable disadvantage to the defendant; and simply to give the plaintiff his advantage at the expense of the defendant is not consistent with the objective approach inherent in Lord Kinneir's statement of principle in *Sim v. Robinow*, [1892] 19 R. 665, 668.”

“The key to the solution of this problem lies, in my judgment, in the underlying fundamental principle. We have to consider where the case may be tried "suitably for the interests of all the parties and for the ends of justice." Let me consider the application of that principle in relation to advantages which the plaintiff may derive from invoking the English jurisdiction. Typical examples are: damages awarded on a higher scale; a more complete procedure of discovery; a power to award interest; a more generous limitation period. Now, as a general rule, I do not think that the court should be deterred from granting a stay of proceedings, or from exercising Its discretion against granting leave under R.S.C. Ord. 11, simply because the plaintiff will be deprived of such an advantage, provided that the court is satisfied that substantial justice will be done in the available appropriate forum.”

“Take, for example, discovery. We know that there is a spectrum of systems of discovery applicable in various jurisdictions, ranging from limited discovery available in civil law countries on the continent of Europe to the very generous pretrial oral

discovery procedure applicable in the United States of America. Our procedure lies somewhere in the middle of this spectrum. No doubt each of these systems has its virtues and vices; but, generally speaking, I cannot see that, objectively, injustice can be said to have been done if a party is, in effect, compelled to accept one of these well recognized systems applicable in the appropriate forum overseas. In this, I recognize that we appear to be differing from the approach presently prevailing in the United States: see, e.g., the recent opinion of Judge Keenan in the Bhopal case, in the District Court for the Southern District of New York, May 12 1986, where a stay of proceedings in New York, commenced on behalf of Indian plaintiffs against Union Carbide arising out of the tragic disaster in Bhopal, was stayed subject to (inter alia) the condition that Union Carbide was subject to discovery under the model of the United States Federal Rules of Civil Procedure after appropriate demand by the plaintiff.

“But in the Trendtex case [1982] A.C. 679, this House thought it right that a stay of proceedings in this country should be granted where the appropriate forum was Switzerland, even though the plaintiffs were thereby deprived of the advantage of the more extensive English procedure of discovery of documents in a case of fraud. Then take the scale on which damages are awarded. Suppose that two parties have been involved In a road accident in a foreign country, where both were resident, and where damages are awarded on a scale substantially lower than those awarded in this country. I do not think that an English court would, in ordinary circumstances, hesitate to stay

	proceedings brought by one of them against the other In this country merely because he would be deprived of a higher award of damages here. And practical justice demands that, if the court considers that the plaintiff acted reasonably in commencing proceedings in this country, and that, although it appears that (putting on one side the time bar point) the appropriate forum for the trial of the action is elsewhere than England, the plaintiff did not act unreasonably in failing to commence proceedings (for example, by issuing a protective writ) in that jurisdiction within the limitation period applicable there, it would not, I think, be just to deprive the plaintiff of the benefit of having started proceedings within the limitation period applicable in this country.”
Desconsideração da Personalidade Jurídica	-
Controle de Fato	-
Observação da Decisão	<p>A decisão trata do princípio do <i>forum non conveniens</i> e baseando-se em uma decisão anterior estabelece três pontos a serem considerados quando da observação dos fóruns que possivelmente poderiam ser os mais adequados para julgar a ação: a multiplicidade de procedimentos, a disponibilidade de testemunhas e o fator Cambridgeshire. Este último trata da análise por parte do julgador das condições das partes externas ao processo (tal como advogados, terceiros interessados, outras demandas judiciais sobre assuntos relacionados, etc.) para que a decisão sobre o fórum mais adequado possa prejudicar a parte o mínimo possível.</p> <p>Uma consideração interessante do julgador é o fato de que ambas as partes processuais buscarão vantagens na escolha de seus respectivos fóruns e cabe ao magistrado ser</p>

neutro, não buscando atribuir vantagens a nenhuma das partes. O julgador deve buscar o fórum no qual a ação tem a conexão mais substancial, devendo ser considerados fatores tais como o local de residência das partes e o local onde comumente as partes realizam seus negócios.

A decisão trata ainda da prescrição – apesar de afirmar que para a decisão do fórum natural (aquele com mais conexões com a causa) não se deve levar em conta “vantagens” intrínsecas aos próprios ordenamentos jurídicos (como a diversidade de recursos e o valor geralmente atribuído das indenizações), já que provavelmente ambos os ordenamentos possuem algum tipo de equivalência (a decisão compara países de *common law* e países que utilizam o sistema romano-germânico) – a escolha do juiz deve considerar a prescrição, pois de acordo com o princípio fundamental “*where the case may be tried ‘suitably for the interests of all the parties and for the ends of justice’*” não seria justo escolher um fórum no qual a causa já estaria prescrita.

PRECEDENTE (Canadá)	<i>Amchem Products Inc v. Workers Compensation Board</i> (1993) 102 D.L.R. (4th) 96, 110
Contexto	<p>Em 1988 no Texas, 194 pessoas processaram empresas produtoras de amianto, afirmando terem tido sua saúde comprometida devido a sua exposição ao produto enquanto de suas atividades laborais. Na época em que suas injúrias ocorreram a maioria dos trabalhadores moravam e trabalhavam na Colômbia Britânica (Canadá) e a <i>Workers' Compensation Board of British Columbia</i> foi a responsável pelo pagamento do seguro daqueles trabalhadores afetados pelo amianto. As empresas são incorporadas e realizam seus negócios nos Estados Unidos, em diversos estados, inclusive mantendo no Texas seu centro de operações durante alguns períodos. As empresas rés da ação, utilizaram como defesa o argumento de que o fórum mais adequado para o julgamento do caso seria o da Colômbia Britânica, mas tal argumento não foi aceito pelo corte americana. A presente decisão, trata-se do julgamento de uma <i>anti-suit injunction</i> (“pedido de liminar”) das empresas perante a Suprema Corte na Colômbia Britânica para que as os autores se abstivessem de dar continuidade ao procedimento judicial americano. O pedido foi negado.</p>
Jurisdição	<p>“Meanwhile, the business of litigation, like commerce itself, has become increasingly international. With the increase of free trade and the rapid growth of multi-national corporations it has become more difficult to identify one clearly appropriate forum for this type of litigation. The defendant may not be identified with only one jurisdiction. Moreover, there are frequently multiple defendants carrying on business</p>

in a number of jurisdictions and distributing their products or services world wide. As well, the plaintiffs may be a large class residing in different jurisdictions. It is often difficult to pinpoint the place where the transaction giving rise to the action took place. Frequently, there is no single forum that is clearly the most convenient or appropriate for the trial of the action but rather several which are equally suitable alternatives. In some jurisdictions, novel principles requiring joinder of all who have participated in a field of commercial activity have been developed for determining how liability should be apportioned among defendants. In this climate, courts have had to become more tolerant of the systems of other countries.”

“The choice of the appropriate forum is still to be made on the basis of factors designed to ensure, if possible, that the action is tried in the jurisdiction that has the closest connection with the action and the parties and not to secure a juridical advantage to one of the litigants at the expense of others in a jurisdiction that is otherwise inappropriate. I recognize that there will be cases in which the best that can be achieved is to select an appropriate forum.”

“Although both the remedy of a stay and an injunction have as their main objectives the selection of an appropriate forum for the trial of the action, there is a fundamental difference between them which is crucial to the development of the principles which should govern each. In the case of the stay the domestic court determines for itself whether in the circumstances it should take jurisdiction whereas, in the case of the injunction, it in effect determines the matter for the foreign court.”

	<p>“A court should entertain an application for an anti-suit injunction only where a serious injustice will occur because of the failure of a foreign court to decline jurisdiction applying the <i>forum non conveniens</i> test.”</p> <p>“If the foreign court stays or dismisses the action, the problem is solved. If not, the domestic court must proceed to entertain the application for an injunction but only if it is alleged to be the most appropriate forum and is potentially an appropriate forum. Where an action has been commenced in the domestic forum, it can be expected that the domestic forum is being put forward as an appropriate forum by the plaintiff. In resisting a stay, the plaintiff will also contend that there is no other forum which is clearly more appropriate and that, therefore, the defendant has not complied with the test. If no action has been commenced in the domestic forum, it has no juridical basis for entertaining an application for an injunction unless it is contended by the applicant that the action should have been commenced in the domestic forum as the more appropriate place of trial and it is potentially an appropriate forum.”</p>
Desconsideração da Personalidade Jurídica	-
Controle de Fato	-
Observação da Decisão	<p>A decisão expõe a teoria do <i>forum non conveniens</i> e aplica o mesmo teste de dois passos das decisões britânicas. Ao comentar sobre a <i>anti-suit injunction</i>, o julgador alerta sobre possíveis consequências diplomáticas da escolha de utilizá-la, já que esta forma de liminar implica em influenciar a jurisdição de outro país. Assim, ela só deve ser utilizada em casos excepcionais, no qual o teste do <i>forum non conveniens</i> tiver</p>

	vido aplicado de forma errônea (quando, por exemplo, não houver qualquer tipo de conexão entre a causa e o ordenamento jurídico no qual o processo corre).
--	--

APÊNDICE 5

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
Eric Barizaa DOOH v. ROYAL DUTCH SHELL PLC and Other – 2015	Holanda/2015	JURISDIÇÃO DE FACTO CONTROL	<i>Thompson v The Renwick Group Plc</i> [2014] EWCA Civ 635

Decisão	Eric Barizaa Dooh v. Royal Dutch Shell PLC and Other /2015
Direito humano envolvido	Direito a um meio ambiente sadio, direito ao trabalho e direito a saúde
Contexto	Vazamentos em um oleoduto subterrâneo perto da vila de Goi, em Oguniland (Nigéria), causaram um derramamento de aproximadamente 150 barris de petróleo e um incêndio iniciado pelo petróleo. O dano ambiental às terras férteis e aos lagos utilizados por moradores da região como fonte de subsistência teria sido originado não só pela negligência da Empresa SPDC, operadora do oleoduto, mas também pela RDS empresa-mãe do grupo Shell e acionista indireta da Empresa SPDC. A empresa Shell defendeu-se com base no argumento de que a ação não poderia ser julgada na Holanda, já que a possibilidade de que os autores vencessem seria mínima, já que não haveria nenhuma responsabilidade da empresa-mãe. No primeiro grau, a decisão afirmou que o vazamento teria sido resultado de uma sabotagem de pessoas desconhecidas, portanto não seria responsabilidade das empresas. A presente decisão é da corte do segundo grau de jurisdição e declara que não é possível terminar a ação sem julgamento de mérito, já que não se pode afirmar que só por serem empresas com personalidade jurídicas diferentes, a empresa-mãe não possui um dever de cuidado para com as ações da empresa-filha.
Problema Legal	Responsabilização da empresa-mãe por violação de direitos humanos de sua subsidiária
Fórum e Jurisdição aplicável (citações importantes)	Considering: (i) that between defendants, held liable as the joint and several parties at fault, there exists a group link, in which the acts and omissions of SPDC as a group

	<p>company play an important role in the assessment of the liability/obligation, if any, of RDS as top holding; (ii) that the claim lodged against them is identical and (iii) has the same <i>factual</i> basis, in the sense that it concerns the same spill, while (iv) the discussion about the facts largely focuses on questions such as what caused the spill and whether enough was done to prevent it and to remedy the consequences, in relation to which (v) possibly further investigations are required, (vi) which investigation is preferably carried out by one single court to avoid divergent findings and assessments, the conclusion must be that the claims against RDS and those against SPDC are connected to the extent that reasons of efficiency justify a joint hearing, as referred to in art. 7(1) CCP. In this regard it should be noted here, perhaps superfluously, that if the Dutch court is declared to have no jurisdiction over the claims against SPDC, the same body of facts still has to be adjudicated in this country, for it is the basis of the claims against RDS as well.”</p>
Desconsideração da Personalidade Jurídica	
De facto Control	<p>“While it has not yet been established that SPDC is right and that, for example, RDS is also exempt from liability under Nigerian law if, as Milieudefensie et al. argue, the spill and the ensuing damage were the foreseeable consequence of a maintenance / corrosion problem due to systematic failure of SPDC, which the parent company had been aware of for a long time, but did not do anything about, although it could very well have done so on the basis of knowledge, possibilities and means. Considering the foreseeable serious consequences of oil spills to the local environment from a potential</p>

spill source, it cannot be ruled out from the outset that the parent company may be expected in such a case to take an interest in preventing spills (or in other words, that there is a *duty of care* in accordance with the criteria set out in *Caparo v Dickman* [1990] UKHL 2, [1990] 1 All ER 56), the more so if it has made the prevention of environmental damage by the activities of group companies a spearhead and is, to a certain degree, actively involved in and managing the business operations of such companies, which is not to say that without this attention and involvement a violation of the duty of care is unthinkable and that culpable negligence with regard to the said interests can never result in liability.”

“The assertion by Shell that the parent company did *not know* about the spillage and the condition and maintenance of the pipeline locally does not seem to be an adequate defence in all cases, particularly not if sabotage ceases to be a cause of damage. Considering, *inter alia*, (i) that Shell sets itself goals and ambitions with regard to, for instance, the environment, and has defined a group policy to achieve these goals and ambitions in a coordinated and uniform way, and (ii) that RDS (like the former parent company) monitors compliance with these group standards and this group policy, such questions arise as: (a) which (maintenance) standards applied to an old pipeline whose insides were no longer monitored like the one in question; (b) were these maintenance standards complied with; (c) if so, what is this evidenced by, and if not, shouldn’t this have been noted within the context of the supervision performed by the parent company (the audits); (d) shouldn’t it have been noted with an adequate reporting

	<p>system in place and € why was it not. Another question is (f) whether the parent company –considering the autonomy and individual responsibility of (the management of) SPDC- was sufficiently equipped (as far as knowledge, possibilities and means are concerned) to intervene adequately in case of evident negligence by SPDC.”</p>
Observação da Decisão	<p>Na observação da jurisdição mais apropriada para julgar a ação, é levado em conta o vínculo entre as empresas – o fato de elas fazerem parte do mesmo grupo econômico, mesmo que sejam empresas juridicamente independentes. Assim, mesmo não existindo a desconsideração da personalidade jurídica, seria impossível declarar de pronto que a empresa-mãe não possui responsabilidades sobre as ações da empresa-filha. As ações da empresa-mãe e da empresa-filha passam a ser analisadas enquanto ações que não são mais individuais ou mesmo entre duas empresas com vínculos negociais, mas sim ações que se enquadram em um panorama maior – os objetivos econômicos que o grupo faz parte, ditados pela empresa-mãe. Logo, mesmo que as ações da empresa-filha tenham se passado em outro país que aquele da empresa-mãe, esta ainda possui uma ligação com tais ações e sua responsabilidade não pode ser descartada sem maiores análises.</p> <p>A decisão também aponta que o controle de fato da empresa-mãe sobre a empresa-filha é necessário para que haja responsabilização, mas a noção deste controle pode ser menos intensa do que o esperado. Não é necessário, especificamente, que a empresa-mãe esteja diretamente envolvida na ação danosa. No caso, por exemplo, é levado em consideração as metas do grupo como um todo (o grupo Shell possui metas de proteção</p>

	<p>ao meio ambiente) e se a empresa-mãe possuiria instrumental para monitorar e interferir em ações da empresa-filha se preciso. Assim, o simples fato de haver tais objetivos no grupo e procedimentos internos que podem ser usados para sustar uma violação/monitorar pontos de risco/fiscalizar a empresa-filha podem configurar um dever de cuidado da empresa-mãe para com os atos da empresa-filha, mesmo que a empresa-mãe não tenha <i>de fato</i> agido para que a ação danosa ocorra. Existe uma <i>responsabilidade por omissão</i>.</p>
--	--

PRECEDENTE (Inglaterra)	<i>Thompson v The Renwick Group Plc</i> [2014] EWCA Civ 635/2014 124
Direito Envolvido	Direito a saúde
Contexto	<p>O autor é um trabalhador com problemas de saúde devido a sua exposição ao amianto. A empresa para o qual trabalhava não existe mais, além disso, mesmo a época do trabalho (década de 70), a empresa não possuía seguro que cobrisse a indenização devida a seu funcionário. O autor então processou o <i>Renwick Group Plc</i> que supostamente era a empresa-mãe no período em que o autor contraiu as doenças. Ambas as partes aceitaram que a existência do <i>duty of care</i> da empresa-mãe deveria ser julgado preliminarmente. No primeiro grau, o juiz afirmou que havia um dever da empresa-mãe, pois sendo acionista da empresa-filha indicou um diretor que trabalharia nesta última na capacidade de diretor de segurança do trabalho, cuidando especificamente de trabalhadores que poderiam ser expostos ao amianto. A decisão reflete o entendimento do segundo grau de jurisdição, pelo qual não há um dever de cuidado da empresa-mãe apenas pela indicação do diretor, já que ele não possuía vínculo empregatício anterior com a empresa-mãe, sendo assim sua única responsabilidade seria com a empresa-filha e seus atos e ações comandados apenas por aquela. De fato, as empresas não foram consideradas como sendo parte de um mesmo grupo. Além do que, mesmo que assim o fosse, a suposta empresa-mãe não possuiria um conhecimento maior ou uma melhor expertise do que a empresa-filha, sendo assim não estaria em uma posição que lhe permitisse dirigir e influenciar os aspectos de segurança do trabalho, não podendo, portanto, ter responsabilidade sobre ações que envolvessem o assunto.</p>
Jurisdição	-
Desconsideração da Personalidade Jurídica	-

De facto control	<p>“There is no evidence that the Renwick Group Limited at any time carried on any business at all apart from that of holding shares in other companies, let alone that it carried on either a haulage business or, as would in fact be required were the Respondent’s case to have a prospect of success, a business an integral part of which was the warehousing or handling of asbestos or indeed any potentially hazardous substance. Thus the first of Arden LJ’s indicia is not satisfied. This is no mere formalism, for as the balance of Arden LJ’s indicia indicate, what one is looking for here is a situation in which the parent company is better placed, because of its superior knowledge or expertise, to protect the employees of subsidiary companies against the risk of injury and moreover where, because of that feature, it is fair to infer that the subsidiary will rely upon the parent deploying its superior knowledge in order to protect its employees from risk of injury.”</p>
Observação da Decisão	<p>Para estabelecer que a empresa processada era de fato parte do mesmo grupo da empresa para qual o autor trabalhava, foram utilizados no primeiro grau os depoimentos de testemunhas, que depuseram contando sobre, os procedimentos internos da empresa sobre remessa e distribuição de materiais e o uso de automóveis com o logotipo da empresa-mãe. No segundo grau, no entanto, o julgador estabeleceu que os depoimentos das testemunhas não provavam que as empresas possuíam qualquer relação a mais que acionista e propriedade, pois além da empresa-mãe havia uma outra empresa (esta sim parte do grupo) que mantinha relações comerciais com a</p>

	<p>empresa processada e por isso que os empregados viam o logotipo da empresa-mãe em seu dia a dia laboral.</p> <p>Além do que, utilizando um precedente, o julgador afirma que para que a empresa-mãe possa ser responsabilizada ela deve possuir um conhecimento superior sobre as maneiras de prevenir danos sobre os empregados do que sua empresa-filha em uma situação em que seja possível inferir que a empresa-filha busque a expertise da empresa-mãe nestes assuntos.</p>
--	--

APÊNCIDE 6

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
Chandler vs Cape PLC [2012] EWCA Civ 525	Inglaterra/2012	JURISDIÇÃO ESFERA DE INFLUÊNCIA (apenas menção)	Lubbe v Cape Plc [2000] 1 WLR 1545 Connelly v RTZ Corporation, (1999) CLC 533

Decisão	Chandler vs Cape PLC [2012] EWCA Civ 525/2012
Direito humano envolvido	Direito a Saúde/Direito do Trabalho
Contexto	O Sr. Chandler trabalhou a mais de 50 anos atrás para a empresa Cape Products como carregador de tijolos, em condições de segurança laborais insatisfatórias e perigosas (premissa aceita por ambas as partes no processo), já que o sítio no qual carregava os tijolos no caminhão recebia pó de amianto diretamente de uma fábrica a céu aberto das redondezas. O Sr. Chandler contraiu graves doenças respiratórias, mas devido a um precedente jurídico o seguro da empresa contra doenças laborais não incluía especificamente a doença do autor. Ademais, a empresa Cape Products foi dissolvida. Assim, o autor processou a empresa-mãe Cape.
Problema Legal	Responsabilização da empresa-mãe por violação de direitos humanos de sua subsidiária
Fórum e Jurisdição aplicável (citações importantes)	-
Desconsideração da Personalidade Jurídica	<p>“It was also common ground at the trial that there was nothing to justify the piercing of the corporate veil in this case (see Judgment, paragraph 66). Cape was entitled in law to organise its operations so that they were carried out by the members of its group. It is also common ground that the fact that Cape is the parent does not preclude the existence of the duty.”</p> <p>“I would emphatically reject any suggestion that this court is in any way concerned with what is usually referred to as piercing the corporate veil. A subsidiary and its</p>

	<p>company are separate entities. There is no imposition or assumption of responsibility by reason only that a company is the parent company of another company.”</p> <p>“The question is simply whether what the parent company did amounted to taking on a direct duty to the subsidiary's employees.”</p>
De facto Control	<p>“The evidence about the relationship of Cape and Cape Products is mainly circumstantial. It can be separated into a number of threads although some of the evidence belongs to more than one thread. The threads may for convenience be labelled as follows: a) Origins of Cape Products' asbestos business; b) Relationship between Cape and Cape Products; c) Technical assistance given by Cape to Cape Products; d) Contemporary evidence which was said to demonstrate that Cape was involved with the health and safety of employees of Cape Products; e) Evidence as to Cape's involvement in the asbestos business of Cape Products; f) Events subsequent to the relevant period.”</p> <p>“The three-stage test in <i>Caparo</i>, to which the judge refers, is the test established in <i>Caparo Industries plc v Dickman</i> [1990] 2 AC 605 for determining whether a situation gives rise to a duty of care. The three ingredients are that the damage should be foreseeable, "that there should exist between the party owing the duty and the party to whom it is owed a relationship characterised by the law as one of "proximity" or "neighbourhood" and that the situation should be one in which the court considers it fair, just and reasonable that the law should impose a duty of a given scope upon the one party for the benefit of the other."</p>

“There is nothing in either judgment or the general law to support the submission advanced by Mr Stuart-Smith that the duty of care can only exist in these cases if the parent company has absolute control of the subsidiary. Moreover, if a parent company has responsibility towards the employees of a subsidiary there may not be an exact correlation between the responsibilities of the two companies. The parent company is not likely to accept responsibility towards its subsidiary's employees in all respects but only for example in relation to what might be called high level advice or strategy.”

“Cape concedes that the system of work at Cape Products was defective. The judge inevitably found as a fact -and there is no appeal from this – that Cape was fully aware of the "systemic failure" which resulted from the escape of dust from a factory with no sides. Cape therefore knew that the Uxbridge asbestos business was carried on in a way which risked the health and safety of others at Uxbridge, most particularly the employees engaged in the brick making business.”

“Given Cape's state of knowledge about the Cowley Works, and its superior knowledge about the nature and management of asbestos risks, I have no doubt that in this case it is appropriate to find that Cape assumed a duty of care either to advise Cape Products on what steps it had to take in the light of knowledge then available to provide those employees with a safe system of work or to ensure that those steps were taken. The scope of the duty can be defined in either way.”

“In summary, this case demonstrates that in appropriate circumstances the law may impose on a parent company responsibility for the health and safety of its subsidiary's

	<p>employees. Those circumstances include a situation where, as in the present case, (1) the businesses of the parent and subsidiary are in a relevant respect the same; (2) the parent has, or ought to have, superior knowledge on some relevant aspect of health and safety in the particular industry; (3) the subsidiary's system of work is unsafe as the parent company knew, or ought to have known; and (4) the parent knew or ought to have foreseen that the subsidiary or its employees would rely on its using that superior knowledge for the employees' protection. For the purposes of (4) it is not necessary to show that the parent is in the practice of intervening in the health and safety policies of the subsidiary. The court will look at the relationship between the companies more widely. The court may find that element (4) is established where the evidence shows that the parent has a practice of intervening in the trading operations of the subsidiary, for example production and funding issues.”</p>
Observação da Decisão	<p>As provas que embasam o caso são principalmente circunstanciais, principalmente pelos fatos de que muito tempo se passou desde a ação danosa, mas também porque as empresas possuem personalidades jurídica diversas – logo, em uma perspectiva puramente legal elas não influenciariam na decisão uma das outras, mesmo sendo parte de um mesmo grupo econômico.</p> <p>Para estabelecer tanto o relacionamento entre as empresas, quando a influência que a empresa-mãe possuía para com a empresa-filha, o julgador estabelece alguns ramos de investigação: a origem da empresa-filha (a compra de grande parte das ações pela empresa Cape); o relacionamento entre as empresas (começando como locador-</p>

locatário até que a empresa-filha se tornou parte do grupo da empresa-mãe, já que houve uma mudança no nome da empresa e decisões negociais da Cape Products passaram a ser consideradas dentro de um panorama maior do Grupo da empresa-mãe); a assistência técnica que a empresa-mãe forneceu para a empresa-filha (como a empresa-mãe possuía uma história corporativa na produção de amianto, a mesma deve ter partilhado seu know-how com a empresa-filha, além disso a empresa-mãe possuía uma pesquisa intensa sobre a exposição ao amianto e doenças respiratórias, inclusive com um departamento médico especializado (tendo desenvolvido uma cartilha sobre como os trabalhadores com risco a exposição deveriam ser tratados); provas de que a empresa-mãe estava envolvida nas normas de segurança trabalhista da empresa-filha (visita do pessoal médico da empresa-mãe à empresa-filha); provas de que a empresa-mãe possuía influência nos negócios da empresa-filha (diretores em comum e decisões tomadas dentro de um panorama de grupo econômico).

O juiz de primeiro grau enfatiza o fato de que Cape Products apenas passou a ter contato com o amianto quando se tornou parte do grupo da Cape, tendo “herdado” sua expertise sobre a extração de amianto, conseqüentemente, a empresa-mãe tinha conhecimento das práticas trabalhistas da empresa-filha. Além do mais, o risco de doenças respiratórias devido a tais práticas era conhecido da empresa-mãe (devido a seu departamento médico) e era ela que delineava as medidas de segurança a serem tomadas pelos trabalhadores de seu grupo econômico, o que ficou claro ao julgador ao considerar que a empresa-filha aceitaria uma intervenção da empresa-mãe.

O juiz de segundo grau afirma que a responsabilidade de uma empresa-mãe pela sua subsidiária não ocorre apenas nos casos em que a empresa-mãe tenha o controle total da subsidiária, de fato a empresa-mãe não aceitaria ter o controle total de todas as ações da subsidiária acerca de seus empregados (as empresas, afinal, continuam sendo diferentes) – a empresa-mãe só aceita responsabilidade pelos empregados de sua subsidiária no nível estratégico – o que se debate na decisão não foi uma ação que a empresa-mãe realizou mas sim sua *omissão* que resultou em uma conduta danosa por parte da empresa-filha.

Assim, um dever de cuidado da empresa-mãe para com sua empresa-filha existiria quando as atividades das duas empresas fossem semelhantes ;a empresa-mãe tiver um maior conhecimento sobre práticas de segurança relacionadas a tais atividades (ou deveria ter) por estar mais tempo nessa indústria, por exemplo; as práticas realizadas na empresa-filha não estejam de acordo com as melhores práticas para a indústria e a empresa-mãe soubesse (ou devesse saber); e quando a empresa-mãe sabia ou deveria saber que a empresa-filha e, principalmente seus empregados, iriam depender que a empresa-mãe os ensinasse as melhores práticas de segurança e saúde no trabalho.

Com relação a desconsideração da personalidade jurídica, a decisão deixa claro que este assunto não precisa ser abordado quando da fixação de um dever de cuidado entre empresas, pois mesmo que exista tal dever as empresas ainda serão consideradas independentes.

APÊNDICE 7

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
Guerrero vs Monterrico [2009] EWHC 2475	Inglaterra/2009	CONTROLE DE FATO DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	-

Decisão	Guerrero vs Monterrico [2009] EWHC 2475/2009
Direito humano envolvido	Direito a vida/direito à liberdade de expressão
Contexto	<p>No final de julho de 2005, manifestantes peruanos protestaram contra o desenvolvimento da mina de cobre Rio Branco (100% de suas ações são de propriedade da empresa Monterrico). A maioria dos protestantes eram camponeses de uma área empobrecida do Peru. Segundo os autores, durante o protesto 28 manifestantes foram algemados pela força policial e levados para as dependências da mina de cobre, local onde foram torturados por três dias, resultando em uma morte. Os autores processaram a empresa Monterrico, já que esta teria um dever de cuidado para com os protestantes (comunidade afetada pelas ações da empresa mineradora), pois não só eles teriam conhecimento sobre os riscos que manifestantes ambientais sofrem usualmente (inclusive com áreas de risco no próprio Peru), eles também deveriam ter intervindo durante a situação, especialmente pelo fato dos abusos terem ocorrido em locais de propriedade da empresa. Com o fito de que a subsidiária Rio Branco e a empresa-mãe Monterrico não diminuíssem seu patrimônio (o que poderia dificultar o pagamento de uma possível indenização), uma liminar foi concedida aos autores para que as empresas Monterrico e Rio Branco pudessem apenas alienar ou transferir seu patrimônio em situações negociais usuais, sendo inclusive proibindo que outras empresas do grupo Monterrico vendessem ou de alguma outra forma transferissem ações da empresa Rio Branco. A decisão trata de um recurso desta decisão, tendo sido mantida a liminar, apesar de diminuído o valor do patrimônio “congelado” (<i>freezing injunction</i>).</p>

Problema Legal	Responsabilização da empresa-mãe por violação de direitos humanos de sua subsidiária
Fórum e Jurisdição aplicável (citações importantes)	-
Desconsideração da Personalidade Jurídica	<p>“The actual shareholding structure is as follows: Monterrico owns 100% of Copper Corp Limited, a company incorporated in the Cayman Islands, which owns 100% of Rio Blanco Copper Limited, also a company incorporated in the Cayman Islands, which in turn owns 99.98% of Rio Blanco, which owns the mining site. On 27 April 2007, the share capital of Monterrico was sold to a Chinese conglomerate, the Xiamen Zijin Tongguan Investment Development Co Ltd (“Zijin”), which was formed in 2006 for the purpose of making an offer for Monterrico. Zijin is in effect the vehicle for a consortium of three companies which own Zijin in the following proportions: 45% Zijin Mining Group Co Ltd; 35% Tongling Nonferrous Metals Group Holdings Co Ltd; and 20% Xiamen C&D Inc.”</p>
<i>De facto control</i>	<p>“On 4 August 2005 Monterrico issued a press release on its website in which it reported that Monterrico had “a policy of community consultation and participation in the development of the Rio Blanco Copper Project” and that Chris Eager, described as “Monterrico’s CEO”, had said that he had spent several days in the week during which the protest and torture took place ‘walking to a number of villages in the area’”</p> <p>“It also alleged that on 3 August 2005 the company donates them rubber boots so that they did not travel shoeless, since during the detention many of them were semi-nude</p>

	<p>and shoeless. This means that the company was aware of the detention and the suppression against the peasants' protest.”</p> <p>“The alleged facts as to Monterrico’s responsibility and participation in the alleged brutality against the protesters would appear to be sufficient to found a cause of action. On any basis the facts are keenly disputed to such an extent that it is impossible for me to resolve them in any meaningful way on an interim application. Despite Mr. Phillips’ persuasive arguments to the contrary, the evidence in relation to the participation, or part played, by Monterrico’s employees or officers, whether actually at the mining site or behind the scenes, is not so clear cut in my judgment as to exonerate the company conclusively from any legal responsibility for the brutality which it appears occurred as a result of the conduct of the police. On the contrary, although the allegations are unclear, and unspecific, the Fedepaz complaint alleges participation on the part of Rio Blanco/Monterrico employees. Any detailed arguments based on the absence of legal liability, or responsibility on Monterrico’s part for the acts of the police, or in relation to limitation issues or issues of foreign law, should, in my judgment, be the subject of a focused Part 24 application rather than deployed in broad brush arguments in defence to an application for a freezing injunction.”</p>
Observação da decisão	<p>A decisão analisada trata sobre a observação da possibilidade de o pedido dos autores ser arguível na corte. É interessante notar que neste tipo de decisão não há um</p>

juízo de mérito propriamente dito, apenas uma análise inicial sobre os principais argumentos dos autores para o juízo se eles seriam ou não juridicamente plausíveis.

A decisão observa as provas trazidas pelos autores sobre a participação da empresa Monterrico e Rio Branco na detenção e tortura dos protestantes. Grande parte dessas provas são testemunhais, o que dificulta a observação para o julgador de sua veracidade.

Um dos testemunhos mais impactantes que os autores utilizam para demonstrar a cumplicidade da empresa com a conduta estatal seria a presença de dirigentes da mina no momento da tortura, o fato de que durante a detenção dos protestantes a empresa cedeu vestimentas e sapatos as vítimas, a localização da detenção e tortura (dentro da mina) e sua duração (três dias). Ao rebater as acusações a empresa declarou que seus dirigentes não se encontravam no Peru no momento do protesto, que não tinha conhecimento de que as dependências da mina estavam sendo usadas para aquele fim pela polícia e que a doação de roupas se deu apenas no fim da violência, quando a empresa soube do que ocorrera (quase como uma faceta da responsabilidade social corporativa).

Um argumento para estabelecer o controle de fato da empresa Monterrico sobre sua subsidiária Rio Branco foi a estrutura acionária desta última – 100% de suas ações podiam ser traçadas até a empresa Monterrico e a subsidiária constituía 40% do patrimônio da empresa-mãe. Logo, as decisões tomadas pela subsidiária provavelmente eram influenciadas fortemente pela empresa-mãe. Registre-se que

mesmo observando a estrutura corporativa da empresa Rio Branco em relação a empresa Monterrico não existiu em momento algum um pedido de desconsideração da personalidade jurídica – os autores argumentam que mesmo sendo empresas diferentes juridicamente a empresa-mãe teria um dever de cuidado para com os atos da empresa-filha.

Outro argumento central para estabelecer o controle de fato da empresa-mãe foram publicações no website da mesma, na qual expõe não só sobre os acontecimentos relatados no caso, como também afirma que a subsidiária Rio Branco é parte integrante de seu grupo econômico.

Ao admitir-se que o caso dos autores é arguível, o julgador aceita a possibilidade de que uma empresa-mãe pode (em certas circunstâncias) ser responsável pelos atos de sua subsidiária, desde que exista o controle da primeira sobre a última, o que poderia ser provado supostamente inclusive por declarações públicas da empresa-mãe (não relacionadas a violação em específico).

APÊNDICE 8

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
James Hardie and Coy Pty Limited v Putt Matter [1998] NSWSC 434	Australia/1998	JURISDIÇÃO CONTROLE DE FATO DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	Smith Stone and Knight Limited v Birmingham [1939] 4 All ER 116. Salomon v Salomon & Co Limited [1897] AC 22

Decisão	James Hardie and Coy Pty Limited v Putt Matter [1998] NSWSC 434/1998
Direito humano envolvido	Direito a saúde
Contexto	Em 1997, o autor descobriu que sofria da doença mesothelioma, obtida devido a sua exposição a amianto enquanto trabalhava para a empresa James Hardie & Company Pty Limited (JHNZ) na Nova Zelândia. Ao invés de processar seu empregador direto, o autor processou as empresas inglesas James Hardie & Coy Pty Limited (JHC) e James Hardie Industries Limited. A empresa JHNZ era uma subsidiária da James Hardie Industries Limited, que possuía 95% de suas ações e era responsável, em conjunto com a empresa JHC, pelo suplemento e exportação do amianto ao qual o autor foi exposto. O julgamento de primeiro grau deu ganho de causa ao autor, mas no segundo grau (decisão ora analisada) os argumentos dos réus – de que as empresas possuíam personalidade jurídicas diferentes e a empresa mãe não possuía o controle total da empresa-filha foi vitorioso.
Problema Legal	Responsabilização da empresa-mãe por violação de direitos humanos de sua subsidiária
Fórum e Jurisdição aplicável (citações importantes)	“ If the defendants owed a duty of care, the breaches were in truth a failure, when supplying asbestos, to warn of the dangers of its use or if the defendants had the capacity to compel JHNZ to comply with instructions, the failure to ensure a safe system of work for JHNZ's employees.”

“If the defendants owed a duty of care, it was breached by a failure to warn or by the failure to provide a safe system of work when, and at the place where, the plaintiff was exposed to dust from the asbestos. Therefore, the tort was committed in New Zealand.”

“To found jurisdiction in New South Wales for a tort committed in New Zealand the plaintiff had to demonstrate that the circumstances from which the tort arose would have given rise to a cause of action of the kind he wished to enforce both in New South Wales and in New Zealand.

In the present case the wrongful act of failing to warn or failing to provide a safe system of work occurred in the place where the plaintiff was exposed without previous warning to asbestos dust.”

“If the defendants owed a duty of care to the plaintiff by supplying asbestos to JHNZ, knowing that it would be used by JHNZ's employees in the course of their employment, the breach was a failure to warn of the dangers of exposure to asbestos dust and fibres in the circumstances in which those employees worked. So far as the plaintiff relied on the relationship between JHNZ and the defendants, the case particularised was one not of failing to warn JHNZ but of failing to ensure, by means of the control capacity they were said to have, that the workplace was safe. In one case the place of the tort was the place where the warning should have operated to protect the plaintiff, in the other, the place where the system of work should have been safe. Both places were in New Zealand and I have no doubt that it was there that the tort complained of, properly analysed, occurred. Treating the export of asbestos from Australia as one step in a

	<p>series which ultimately led to the plaintiff being exposed at Penrose to the asbestos dust does not make the place of the tort relied upon New South Wales.”</p> <p>“By analogy, if the defendants owed the plaintiff a duty of care it was breached when and at the place where the plaintiff was exposed to dust from the asbestos without adequate warning. Although there was no complete tort until the damage occurred, as the Privy Council remarked at 468, it is manifestly just and reasonable that a defendant should have to answer for its wrong doing in the country where it did the wrong. In this case, properly understood, the defendants did the wrong complained of in New Zealand.”</p>
Desconsideração da Personalidade Jurídica	<p>“The corporate veil should only be lifted in circumstances where it is clear that the it is a mere facade: (...) There was nothing to suggest that the separate corporate identity of JHNZ was a mere facade.”</p> <p>“ It has been suggested that the corporate veil may be lifted between a parent and subsidiary where the latter was so controlled by the former as to be its agent for the purposes of liability (...) However, any departure from strict observance of the principles in <i>Salomon v Salomon</i> [1897] AC 22 has been made to deal with special circumstances when a limited company might well be a facade.”</p> <p>“The characterisation of a group of companies, linked by shareholding, as a single enterprise where one is an actor, whose acts or omissions should be attributed to another or others within the group, involves either "lifting the corporate veil", treating the actor as an agent or imposing upon another or others within the group a duty by</p>

reason of the degree or manner of control or influence over the actor. The distinction between these ideas is easily blurred.”

“There was nothing to suggest that those responsible for workplace safety at the Penrose plant were employees of the defendants rather than employees of JHNZ and that the separate corporate identity of JHNZ was a mere facade. The most that could be said, and this was certainly true of the Holding Company, was that the defendants were in a position to insist that proper workplace standards were maintained. Did the defendants owe a duty to the plaintiff to do so when they were neither the occupiers of the premises nor the employers of those responsible for the safety of the workplace or of the plaintiff? While the way in which the case was put and apparently accepted by Judge O'Meally gives lip service to the integrity of the corporate veil, implicitly it lifts it by saying that the control of the workplace was not that of the subsidiary company occupier or employer but, through their influence or control, that of the defendants.”

“Neither of the defendants engaged JHNZ as an independent contractor to do work for them. There was no need for them to give directions as to when and where the plaintiff worked or to co-ordinate his activities with those of others. The plaintiff could appropriately look to JHNZ, the occupier of the factory, to provide a safe system of work. No doubt the plaintiff relied upon JHNZ to do so. The defendants did not stand in the position of an entrepreneur employing an independent contractor which had to look to them to provide a safe system of work.”

	<p>"That the corporator has 'complete control of the company' is not enough to constitute the company a mere facade; rather that term suggests, in the context, the deliberate concealment of the identity and activities of the corporator. Certainly the term calls to mind expressions used by the Court when lifting the veil in (cases which are then cited), all cases in which the company was formed in order to enable the corporator to do through, and under the cover of, the company what he might not do openly and in person."</p> <p>"Judge O'Meally did not find, nor could he on the evidence, that JHNZ was a mere facade which concealed the true fact that the plaintiff was an employee of the defendants or that JHNZ in employing the plaintiff or manufacturing products at Penrose was the defendants' agent. Ultimately the question was whether the control or influence which his Honour found to have existed was such as to impose a duty to the plaintiff of which there was a breach. None of the cases referred to supports such a conclusion. To suggest that such a duty existed is to ignore JHNZ's separate legal identity and the absence of any evidence that this was a mere facade."</p>
<i>De facto control</i>	<p>"The respondent sued the appellants in negligence alleging that they were in such a relationship of proximity that they owed the respondent a duty of care and that the appellants exported the asbestos knowing that the use to which it was put constituted a foreseeable risk of injury."</p> <p><i>No julgamento do primeiro grau:</i> "His Honour held the Dust Diseases Tribunal was not an inappropriate forum for the determination of the plaintiff's claim and, with</p>

respect to duty of care, that the James Hardie group of companies conducted but one enterprise and this gave rise to sufficient proximity to impose a duty of care on JHC and the Holding Company to the class to which the respondent belonged. Both JHC and the Holding Company were held to be in breach of this duty of care.”

"It is plainly true that the first and the second defendants and JHNZ were separate legal entities, but it is equally as true that the enterprise was one and significantly and actually influenced by decisions taken by the Board of the first defendant [JHC]. Minutes, and not only those to which I have referred, demonstrate that it was not infrequent occurrence that [JHC] would make a request or recommendation or give an instruction to JHNZ which soon thereafter would be adopted and followed by JHNZ.”

“The trial Judge also referred to two publications "History of James Hardie and Coy Pty Limited, [JHC] 1888 to 1966" and "A Very Good Business", a history of the Holding Company, as further confirmation of the single nature of the enterprise. His Honour said: The published histories of the defendants demonstrate that the manufacture, production and sale of asbestos cement products produced by Hardie companies, in both Australia and New Zealand, were parts of a single administrative, manufacturing and technical entity."

“His Honour said that no single matter led him to the conclusion that JHNZ was an integral part of the one administrative and manufacturing and research enterprise, but the concatenated effect and the totality of the evidence had done so.”

“* it was likely that JHC provided technical and scientific information on the manufacture of asbestos cement products to JHNZ between 1947 and 1951, including information relating to the type of equipment used in the manufacture of asbestos cement products, quality control and correction of technical problems.”

".....that each defendant exercised influence over JHNZ. JHNZ was part of a single enterprise, though with separate legal personality. The board of directors which made requests or gave instructions was comprised of many of those who complied with requests or obeyed instructions. There was, in my view, no distinction made between the plant or branches of the first defendant [JHC] in Australia and what was called its branch in New Zealand."

"It is the case here that there is no direct connection between the defendants and the plaintiff, that is to say they were not his master and he was not their servant. Here the connecting factor is the factory at Penrose. It was foreseeable not only to JHNZ, but also to the defendants, that in working at Penrose the class of which the plaintiff was a member was at risk of injury by inhaling asbestos. The connecting link which provides the necessary proximity is to be found in the administrative structures of the defendants, and in whether it was reasonably foreseeable that acts or omissions on their part might cause injury to persons in an identifiable class, that is those who worked at Penrose. As it seems to me, it is irrelevant that JHNZ also had a duty of care to the plaintiff. Measures were available to the defendants to prevent breaches of duty being committed by JHNZ. I emphasise that the relationship and the pattern of that

	<p>relationship shows that if the defendants or either of them made a request to JHNZ it would have been complied with."</p> <p>Significant in this passage is the statement that measures were available to JHC and the Holding Company to prevent breaches of duty being committed by JHNZ. JHNZ would have complied with any request made by either of them."</p> <p>"These were a failure when supplying asbestos to a consumer to warn of the dangers of its use without appropriate safeguards or if indeed the defendants had the capacity to give instructions which JHNZ was bound to accept, the failure to ensure a safe system of work for JHNZ's employees."</p>
Observação da decisão	<p>Esta decisão é interessante, pois altera o estabelecido no primeiro grau, a saber que a empresa-mãe e outra empresa maior participante do grupo possuiriam um dever de cuidado para com os empregados da empresa subsidiária, já que estariam em uma posição não só de aconselhar o acolhimento de melhores condições de trabalho pela subsidiária, como seriam atendidas se houvessem feito tal pedido. A influência das duas empresas – principalmente a empresa JHC (empresa também subsidiária do grupo econômico, mas maior do que a empregadora direta do autor) – foi estabelecida não só pela estrutura acionária da empresa subsidiária, mas também por minutas de reuniões de assembleias nas quais estaria claro que as “sugestões” da empresa JHC eram sempre aceitas pela subsidiária, bem como publicações por parte da empresa JHC afirmando</p>

que as duas empresas eram parte de um mesmo grupo econômico e que, de fato, a empresa subsidiária seria seu ramo na Nova Zelândia.

No segundo grau, o julgador afirma que apesar da teoria do controle de fato não ser comumente identificada com a desconsideração da personalidade jurídica (*piercing the corporate veil*), é exatamente isso que ela faz ao estabelecer uma responsabilização a empresa-mãe por atos que não são seus. Assim, um dos requerimentos para que essa teoria fosse utilizada (e sempre de forma esparsa) seria o mesmo requerimento da desconsideração da personalidade jurídica: a empresa subsidiária deveria ser totalmente controlada pela sua empresa-mãe e, mais ainda, as ações realizadas através desse controle velado deveriam ser tais que a empresa-mãe não pudesse realizá-las em seu próprio nome e geralmente ilegais ou fadadas a causar dano a alguém. Logo, a forma que a decisão de primeiro grau estabeleceu o controle de fato não poderia ser utilizada, já que os atos “de controle” realizados pelas empresas influenciadoras não eram ilegais ou amorais – a empresa, portanto, não teria um dever de cuidado para com a empresa subsidiária.

Note-se ainda que o julgador estabelece que a empresa subsidiária não seria uma empresa terceirizada contratada pela empresa-mãe e, portanto, esta não teria um dever de estabelecer um plano de condições de trabalho para os empregados da empresa-filha. Ou seja, o julgado implicitamente reconhece que pode haver um dever de cuidado para com os empregados de empresas terceirizadas (como a cadeia de suprimentos de uma empresa).

	<p>A questão da jurisdição também é modificada. Enquanto que na decisão de primeiro grau o juiz aceitou a Austrália como fórum adequado, o julgado do segundo grau estabelece que o fórum mais adequado seria a Nova Zelândia. Em ambos os casos não foi utilizado algum teste do <i>forum non conveniens</i> mas sim uma análise de qual foi efetivamente a conduta danosa pela qual o autor pede reparação. O julgamento de segundo grau estabelece que a conduta danosa (que poderia vir a criar um dever de cuidado) seria efetivamente a falta de aviso sobre os perigos de manusear o amianto ou/e a falta de criação de um sistema procedimental adequado aos trabalhadores que manuseassem o amianto – ambos teriam seus reflexos na Nova Zelândia – e não na Inglaterra – já que o amianto foram utilizados naquele país. Assim, o local do dano seria o ponto central para decidir qual o fórum mais adequado para casos envolvendo duas empresas em países diferentes.</p>
--	---

APÊNDICE 9

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
Young vs Anglo American South Africa Limited [2014] EWCA Civ 1130	Inglaterra/2014	JURISDIÇÃO CONTROLE DE FATO DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	Flatela Vava vs Anglo American South Africa Limited [2012] EWHC 1969 (QB)

Decisão	Young vs Anglo American South Africa Limited [2014] EWCA Civ 1130
Direito humano envolvido	Direito a saúde
Contexto	A autora nasceu no hospital da empresa sul-africana Anglo American South Africa Limited ("AASA"), sofrendo da doença Fenilcetonúria (PKU). O teste ministrado em recém-nascidos para detecção da doença (teste do pezinho), mesmo sendo comum tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, não foi ministrado na autora e sua patologia passou undetected durante anos, aumentando os efeitos nocivos da alteração da enzima fenilalanina hidroxilase. Apesar da empresa ter sido criada e ter seu escritório central na África do Sul, a autora processou a empresa na Inglaterra, de acordo com o argumento que uma empresa tem sua administração central ou seu principal local de negócios não no país em que foi criada, mas sim no país de sua empresa-mãe, já que esta teria influência em suas decisões e negócios. A decisão trata da questão se seria arguível que o domicílio de uma empresa fosse no país de sua empresa-mãe.
Problema Legal	Responsabilização da empresa-mãe por violação de direitos humanos de sua subsidiária
Fórum e Jurisdição aplicável (citações importantes)	“It is, I think, important to note that it is the "central administration" of the <i>company sought to be sued</i> that has to be identified. It is no accident that the wording of Article 60(1) is that "...a company...is domiciled at the place where <i>it has its</i> ...(b) central administration. (My emphasis). There is no suggestion in either the Regulation or in Professor Pocar's Explanatory Report or in any commentary that any different

approach should apply where a company is a part of a group of companies. I accept that if, on the facts of a particular case, company A in a group has taken over or "usurped" the relevant functions of the organs of company B, which is the company sought to be sued, then it may well be arguable that the "central administration" of company B is where company A makes those decisions on company B's behalf. But Mr Layton did not advance an argument on the facts of this case that AA had "taken over" or "usurped" the decision making process of AASA."

"Thus I agree with the interpretation given by Dr Ulrich Everling in 1964 to the "central administration" of a company in that context; it is the place where "the company organs take the decisions that are essential for the company's operation". In my view his emphasis that it is only the organs of that company that counted and it was irrelevant "whether the company depends upon the decisions of a parent company which has its domicile outside the Community" is correct. His interpretation is, effectively, the same as that used in the commentary of Dr Hans von der Groeben and Dr Jürgen Schwarze on *Article 48EC*,¹ although they also refer to the place where "entrepreneurial management effectively takes place".

"Tomlinson J held that the company had its "central administration" in London because "those who have the serious responsibilities in the company have their place of work" in London. With respect to Tomlinson J, who did not have the benefit of the German commentaries or case law for his consideration, I think it does not necessarily follow that the place where those who have serious responsibility in the company work is the

place where the "central administration" of the company will be. The correct interpretation of **Article 60(1)(b)** is to find the place where the essential decisions are taken by the company through its organs for that company's operation and where the company takes its "entrepreneurial" decisions. The place of work of those who have "serious responsibility" for decisions and the place where the essential decisions of the company are made could be different. It is always going to be a question of fact.”

“Overall, then, I conclude that the correct interpretation of "central administration" in **Article 60(1)(b)**, when applied to a company, is that it is the place where the company concerned, through its relevant organs according to its own constitutional provisions, takes the decisions that are essential for that company's operations. That is, to my mind, the same thing as saying it is the place where the company, through its relevant organs, conducts its entrepreneurial management; for that management must involve making decisions that are essential for that company's operations. As Andrew Smith J pointed out at [71] of his judgment, that location will be where the company (or other entity) *has* its "central administration" for the purposes of **Article 60** and that will therefore be a jurisdiction where, for the purposes of the Regulation, the company has its domicile and so can be sued under the jurisdictional rule of **Article 2**.”

“In this case the judge was correct to concentrate on the factual position relating to AASA itself and to search for the place where AASA itself, through its relevant organs according to its constitutional provisions, made the decisions that were essential for AASA's own business, or where AASA's own "entrepreneurial" decisions were taken.

In that way he would arrive at a provisional view on where AASA had its "central administration" at the relevant date. The judge was correct not to be diverted by Mr Layton's ingenious attempt to turn the issue around so as to ask the more impersonal question "where were the main entrepreneurial decisions taken which determined the activity of AASA". That is the wrong question. It removes the focus from where it should be, which is on the decisions of the company itself. It obfuscates matters by looking at other companies in the Group or the Group as a whole. It gets away from the essential question: where does AASA have its "central administration"?"

“Once this point is appreciated, it seems to me that the answer in this case is obvious and it is the answer the judge gave at [72] of his judgment: "None of the evidence indicates that AASA carries out any function in England: it does all its business in South Africa". AA and its organs, based in London, plainly guided and even heavily influenced the decisions taken by the board of AASA. But, as the judge also correctly stated, that "does not alter the position". Nor does the fact that Mr Gomwe had a role that was a "Group" role as well as being the Executive Director of AASA. Nothing that Mr Layton said about the judge's analysis of the facts has persuaded me that his approach or conclusions were even arguably wrong. Not only is there no "good arguable case" that AASA had its "central administration" in England in August 2011, there is no case at all.”

“Mr Layton did briefly resurrect the argument referred to by the judge at [73], ie. if it is shown that AA *could* exert or usurp control over AASA, then that would be enough

	to establish a good arguable case that AASA's "central administration" is in England. I respectfully agree with the answer the judge gave to that argument. Article 60(1)(b) is not dealing with possibilities but with actualities. If it were dealing with what a parent company had the power to do ("could do") then that might lead to arguments about the powers of parent companies over subsidiary companies in the context of a group. That, in turn, would lead to arguments concerning the correct interpretation of the constitutional provisions of parent and subsidiary companies, perhaps with their "statutory seat" in different countries, thus possibly involving the internal company law provisions of more than one state. The whole aim of Article 60(1) was, as Professor Pocar pointed out at paragraphs 27 and 28 of his Explanatory Report, to cut out such possible complications. So I would reject this alternative argument.”
Desconsideração da Personalidade Jurídica	-
<i>De facto control</i>	-
Observação da Decisão	A decisão trata de analisar se a autora possuía argumentos ao menos arguíveis (<i>good arguable case</i>) de que o domicílio da empresa AASA seria na Inglaterra, já que este país possui uma legislação (na realidade uma legislação que engloba a Europa como um todo) que imbui jurisdição a todas as empresas domiciliadas naquele país. Para uma empresa ser domiciliada na Inglaterra ela deve: ter sua sede social no país, ter sua administração central no país ou conduzir a maioria de seus negócios no país. O juiz de primeiro grau afirmou que o caso não era arguível (posição confirmada no segundo grau de jurisdição), pois a única possibilidade de se argumentar que o domicílio da

empresa africana seria na Inglaterra seria a afirmação de que sua administração central ocorria na Inglaterra (afinal, sua sede social era na África do Sul e seus negócios também lá eram conduzidos). Para os julgadores a administração central de uma empresa é o local onde esta possui seus órgãos de decisão, que estabelecem suas ações empresariais – a definição deve ser usada mesmo para empresas subsidiárias. Os julgadores admitem que uma empresa subsidiária pode ter influência de outras empresas do grupo, principalmente da empresa mãe (no caso em questão, diretores da empresa-mãe se encontraram com os diretores da empresa-filha e deram opiniões sobre os rumos da empresa AASA), mas que isto faz parte de um relacionamento esperado de um grupo econômico e por si só não desfaz o argumento de que a administração central de uma empresa se dá na própria empresa. A única maneira, para os julgadores, de aceitar que a administração central de uma empresa subsidiária é na verdade com sua empresa-mãe é a prova de que esta “usurpou” todas as decisões da empresa subsidiária, inclusive suas operações diárias. Esta opinião é muito semelhante ao requerimento para que haja a desconsideração da personalidade jurídica da empresa – ou seja, a decisão é mais conservadora, não aceitando que a simples influência da empresa-mãe sobre sua subsidiária (mesmo que a influência seja grande) seja o suficiente para afirmar que é a empresa-mãe que administra sua subsidiária.

PRECEDENTE (Inglaterra)	Flatela Vava vs Anglo American South Africa Limited [2012] EWHQ 1969 (QB)/2012
Direito Envolvido	Direito a saúde
Contexto	Os autores afirmam que sofreram injúrias enquanto trabalhavam para a empresa sul africana Anglo American South Africa Limited (“AASA”). As ações judiciais, no entanto, foram iniciadas na Inglaterra, com base no argumento de que a empresa AASA é domiciliada na Inglaterra, já que seria parte integrante do grupo economico da empresa inglesa Anglo American PLC (“AA plc”). A empresa AASA refuta o pedido, clamando que ela não seria domiciliada na Inglaterra e sim na África do Sul.
Jurisdição	<p>“The claimants contend that AASA has its “central administration” and/or its “principal place of business” in England. AASA disagree and they contend that the “central administration” and the “principal place of business” of AASA is in South Africa and so the present proceedings cannot be pursued in the English Courts. As I will explain, the claimants correctly accept that their claim based on “central administration” is their stronger claim.”</p> <p>“The claimants’ primary case is that the “<i>central administration</i>” of AASA is in England and they also contend that the “<i>principal place of business</i>” of that company is in this country. Mr. Layton submitted that the place of “<i>central administration</i>” means where as a matter of fact “<i>the important decisions are made; the entrepreneurial management takes place</i>”. Mr. Philipps agrees that this is the meaning of this is the meaning of “central administration” but contends that what is relevant are the decisions of the company itself and not the decisions of its ultimate parent.”</p> <p>“I readily accept first that AASA is a separate company from AA plc and second the fact that as AASA is a wholly owned subsidiary does not mean that it has the same</p>

“*central administration*” as AA plc. Nevertheless there are a number of factors, which cumulatively satisfy me that the claimants have at the very least an arguable case that London, as the headquarters of AA plc is the place where management entrepreneurial decisions relating to AASA’s business are taken. Those factors include the matters relied on by Mr. Layton that first, AA plc must be concerned to ensure that the correct decisions are taken in relation to the assets of its subsidiary AASA in South Africa especially as they are worth £6.5 billion or 40% of the value of the assets of the Anglo American Group, second, the infrequent Board meetings of AASA, which are said to indicate that major decisions are very likely to have been and to be taken outside those meetings, third Mr. Gomwe’s statement that AASA “*has regard to the policy and strategy of AA plc in making its own decision*” and this is said to show that management decisions relating to AASA are likely to have been taken by AA plc, fourth, the roles of Mr. Gomwe and his close working links with AA plc, and fifth the role of ExCo (including the frequency of its meetings) and the GMC in either making decisions relating to AASA or affecting its decision-making ability. So I answer in the affirmative the question posed in paragraph 14 above, namely “*Can the Claimants show at this stage that their case on jurisdiction (viz. that they have a good arguable case that the place of the Defendant’s central administration, is in England) is at least arguable?*”

“Mr. Layton submits that in determining the “*central administration*” of a company, an enquiry has to be carried out by the court and that it is not necessarily where the company is registered or the system of law under which it is formed. He stresses the

significance of ascertaining where the main management of the company is situated and where management/entrepreneurial decisions are taken. There is some academic learning, but much less case law on the meaning of these concepts. He contends that support for his submission is derived from the opinions of various authoritative commentators.”

“As I have explained, the case for AASA is that the claimants do not have any basis for the assertion that it is domiciled in England. The case for AASA is essentially that:-

a) The tests of “*central administration*” and of “*principal place of business*” of a company are EU law concepts and their meaning is a matter of EU law, which is itself derived from continental civil law jurisprudence. The meaning of “central administration” is that it is concerned with the location of a company’s decision-making bodies while the meaning of the “*principal place of business*” is concerned with the location of its economic activities; b) The EU law test of “*central administration*” regards as irrelevant the relationship between a company (whether or not a member of the Group) and its controlling shareholders, save in wholly exceptional circumstances which do not apply in this case; c) In this case, the decision-making body of AASA is its Board of Directors which is based in Johannesburg where it meets; and that d) The location of AASA’s economic activities is also in South Africa where it carries on its task as a holding company of the mining companies, which it owns.”

“I have now to determine what conclusions can be reached about the appropriate legal tests for determining the “*central administration*” and the “*principal place of business*” of AASA. Pulling these threads together, it is noteworthy that the location of the “*central administration*” of an entity is *only* one of the *alternative* places in which it is domiciled and this indicates that it is not invariably and automatically the same as either the “*principal place of business*” or the “*statutory seat*” of a company, which is, as I explained in paragraph 8 above, the company’s registered office. This shows that the location of the “*central administration*” of a company is not necessarily the same as the location of “*the principal place of business*” of the company or its registered office.”

“It is common ground that there is no authoritative ECJ decided case or cases on the meaning of the term “*central administration*”, but the writings to which I have referred (and in particular those of Professors Kropholler, Geimar and Shütze) support Mr. Layton’s case, which suggests that the “*central administration*” of a company is where decisions are made; and where the entrepreneurial management takes place. The decisions in the cases to which I have referred are also broadly supportive of this approach which also means that the place of central administration is not simply where a company’s Board meetings and AGMs are held. So I am quite satisfied that the claimants have at least an arguable case that the “*central administration*” of a company is where management decisions are taken and where entrepreneurial decisions take place irrespective of where its economic activities occur.”

	<p>“The “<i>principal place of business</i>” of a company is not necessarily the same as the location of its “<i>central administration</i>”, and it is at least strongly arguable that it is where in the words of Vandekerckhove set out in paragraph 41 above where: - “<i>The most important centre of the economic, industrial or commercial activity of a company is situated and where most of its employees and business assets are deployed</i>”.”</p>
Desconsideração da Personalidade Jurídica	-
<i>De facto control</i>	<p>“<i>The Chief Executive Officer of AASA Mr. Godfrey Gomwe has explained that AASA does not carry out any mining or operating business and that it does not have any employees. His evidence is that AASA is run by a Board of Directors, who are largely based in South Africa and who meet in South Africa where it is administered. He did however explain that those decisions are made in the context that AASA is ultimately a wholly owned subsidiary of AA plc “which obviously means that the company has regard to the policy and strategy of AA plc in making its own decisions”.</i></p> <p>This is an important and a not surprising statement, because it shows that the ultimate holding company of AASA, which is AA plc, does influence, if not determine, at least some of the decisions of AASA, which is a company whose vast assets constitute such a substantial part of the assets of the Anglo American Group. Mr Gomwe has explained that he was appointed as a director of AASA on 1 March 2001 and that he lives in Johannesburg. He explained that AA plc, which is the ultimate parent of AASA, is one of the world’s largest diversified mining and natural resource Groups and that AASA is the head investment holding company of the Anglo American Group’s interests in</p>

South Africa. Mr Gomwe stated that the AASA Board is independent in decision making of AA plc and that the members of the Board of AASA are legally obliged to act in the best interests of AASA rather than AA plc. He explained AASA has its place of business in South Africa and that with the exception of Mr. Moduri who is based in London, all the directors of AASA are based in South Africa. Mr. Moduri did not attend any of AASA's Board meetings of which minutes have been supplied."

There is some evidence relating to the workings of the AA plc and that it has a Group Management Committee ("GMC"), which according to its website is "responsible for formulating strategy (for discussion and approval of matters by the Board), monitoring performance and managing the Group's portfolio". It has overall charge for monitoring performance of the Group's business units, corporate policies, practices and standards, major capital decisions and overall management of the Group. It is also said that the GMC, as mandated by the Board of AA plc, "maintains a Group-wide system of internal control to manage significant Group risks". Ms Carroll chairs the GMC and another member of the GMC is Mr. Rene Medori, who is also a director of AASA, the Finance Director of AA plc and the Chairman of the investment Committee of AA plc."

"AA plc also has a second principal committee, which is the Executive Committee ("ExCo"), which is responsible, according to its website for *"developing and implementing Group-wide policies and programmes and for the adoption of best practice standards across the Group"*. Godfrey Gomwe, Mr. Medori and three other

	<p>members of AASA Board (Messrs, Mbazima, Nicolau and Griffith) are also members of ExCo, which is also chaired by Cynthia Carroll, who is, I understand, based in London. ExCo apparently meets in London for two days every two months. One of Ex Co's members, Mr. Mervyn Walker (the London based Group Director of Human Resources and Communications) has among his other responsibilities the task of assessing, <i>"the role of the corporate centre and the business units in order to deliver competitive advantage and generate value"</i>.</p> <p>"In a document relating to the Leadership team of Anglo American, it is said of another Ex Co member, Mr. Peter Whitcutt that he <i>"played a key role in the development of Group strategy and the key transactions associated with Anglo American's evolution from diversified South African Conglomerate to focused global miner"</i> and he <i>"assumed a wider finance role, taking on responsibility for Central Finance in London, Johannesburg and the Luxemburg office"</i>.</p>
Observação da Decisão	<p>A decisão trata de analisar se os autores possuem argumentos fortes o suficiente para que a ação possa ser julgada na Inglaterra, ou seja, a decisão não compreende o fato subjetivo do pedido. A questão central da decisão seria se é possível argumentar que uma empresa tem sua administração central ou seu principal local de negócios não no país em que foi criada, mas sim no país de sua empresa-mãe (e assim lá seria domiciliada), já que esta teria influência em suas decisões e negócios (na Inglaterra é o local do domicílio da empresa é importante, pois existe uma legislação que admite a jurisdição inglesa a todas as empresas domiciliadas no país). O julgador observa que</p>

	<p>não existe uma relação necessária entre o país em que uma empresa é registrada e o local de sua administração central – bem como o local de sua administração central e o local em que normalmente realiza seus negócios. No caso em questão, é ao menos arguível que, levando em conta o nível de influência da empresa-mãe nas decisões da empresa subsidiária (cujas a empresa-mãe é a única acionista e que corresponde a 40% de todo o patrimônio da empresa-mãe), o local de administração central (aquele em que as decisões importantes da empresa são realizadas) é no país da empresa-mãe.</p>
--	---

APÊNDICE 10

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
Lubbe and Others v Cape PLC [2000] 4 All ER 268	Inglaterra/2000	JURISDIÇÃO	-

Decisão	Lubbe and Others v Cape PLC [2000] 4 All ER 268/ 2000
Direito humano envolvido	Direito a saúde
Contexto	<p>3,000 autores, divididos em várias ações judiciais, pedem danos em razão de injúrias a suas saúdes (e até morte), supostamente sofridos pela exposição a amianto, enquanto trabalhavam na África do Sul (em alguns casos os autores não eram empregados da empresa, mas sim moravam nas áreas ao redor das atividades negociais), durante períodos variáveis até 1979. Cape PLC (empresa-mãe) possuía 100% das ações da empresa Cape Asbestos South Africa (Pty) Ltd ("CASAP"), que por sua vez era proprietária de todas as ações de outras três empresas de produção de amianto, nas quais os autores trabalhavam. Na época da ação judicial, a empresa ré não possuía mais nenhum tipo de patrimônio na África do Sul e não era mais o proprietário das empresas empregadoras diretas dos autores. O pedido de danos é feito contra a empresa-mãe que, supostamente sabendo que a exposição ao amianto é extremamente perigosa a saúde, não assegurou que práticas de trabalho seguras fossem implementadas dentro de seu grupo econômico, não respeitando seu dever de cuidado perante aqueles empregados de suas subsidiárias e aqueles que viviam nas áreas próximas das operações das minas. A ré requereu uma liminar para terminar os feitos sem julgamento de mérito, devido a doutrina do <i>forum non conveniens</i>, afirmando que a África do Sul seria o melhor fórum para processar a ação, pelo número de autores e a necessidade de perícia em todos. No entanto, devido ao fato da empresa não possuir mais patrimônio na África do Sul, bem como a falta de justiça gratuita no país, foi</p>

	<p>considerado que a justiça possivelmente não poderia ser realizada na África do Sul, assim o pedido da empresa ré foi negada.</p> <p>“Claim: ‘Whether a parent company which is proved to exercise de facto control over the operations of a (foreign) subsidiary and which knows, through its directors, that those operations involve risks to the health of workers employed by the subsidiary and/or persons in the vicinity of its factory or other business premises, owes a duty of care to those workers and/or other persons in relation to the control which it exercises over and the advice which it gives to the subsidiary company?’”</p>
Problema Legal	Responsabilização da empresa-mãe por violação de direitos humanos de sua subsidiária
Fórum e Jurisdição aplicável (citações importantes)	<p>“Thus it is the interest of all the parties, not those of the plaintiff only or the defendant only, and the ends of justice as judged by the court on all the facts of the case before it, which must control the decision of the court. In the Spiliada case [1987] AC 460, 476 it was stated: “The basic principle is that a stay will only be granted on the ground of forum non conveniens where the court is satisfied that there is some other available forum, having competent jurisdiction, which is the appropriate forum for the trial of the action, ie in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice.”</p> <p>“In applying this principle the court’s first task is to consider whether the defendant who seeks a stay is able to discharge the burden resting upon him not just to show that</p>

England is not the natural or appropriate forum for the trial but to establish that there is another available forum which is clearly or distinctly more appropriate than the English forum.”

“If the court concludes at that stage that there is no other available forum which is clearly more appropriate for the trial of the action, that is likely to be the end of the matter. But if the court concludes at that stage that there is some other available forum which prima facie is more appropriate for the trial of the action it will ordinarily grant a stay unless the plaintiff can show that there are circumstances by reason of which justice requires that a stay should nevertheless not be granted. In this second stage the court will concentrate its attention not only on factors connecting the proceedings with the foreign or the English forum (the *Spiliada* case, at p 478; the *Connelly* case, at p 872) but on whether the plaintiff will obtain justice in the foreign jurisdiction. The plaintiff will not ordinarily discharge the burden lying upon him by showing that he will enjoy procedural advantages, or a higher scale of damages or more generous rules of limitation if he sues in England; generally speaking, the plaintiff must take a foreign forum as he finds it, even if it is in some respects less advantageous to him than the English forum (the *Spiliada* case, at p 482; the *Connelly* case, at p 872). It is only if the plaintiff can establish that substantial justice will not be done in the appropriate forum that a stay will be refused (the *Spiliada* case, at p 482; the *Connelly* case, at p 873).”

“This is not an easy condition for a plaintiff to satisfy, and it is not necessarily enough to show that legal aid is available in this country but not in the more appropriate foreign forum.”

“The enhanced significance of the personal injury issues tipped the balance very clearly in favour of South Africa at the first stage of the Spiliada exercise, and no effective criticism has been made of that conclusion.”

“The plaintiffs, as a ground for challenging the appropriateness of the South African forum, relied on the absence of established procedures in South Africa for handling group actions such as the present. They compared that situation with the procedural situation here, where the conduct of group actions is governed by a recently-developed but now tried and established framework of rules, practice directions and subordinate legislation. I do not regard this objection, standing alone, as compelling.”

“In the present case the asbestos mines and mills in South Africa which were operated by the defendant’s subsidiaries are all closed, and its subsidiaries are no longer present or available to be sued in that country. The question whether the South African courts are available to the claimants is thus entirely dependent upon the proposition that the defendant itself is subject to the jurisdiction of those courts. As the defendant has no presence in that country, and as it has no assets there which could be attached to found jurisdiction, the only ground on which its courts could exercise jurisdiction against it is that of prorogation. The validity of the defendant’s undertakings is therefore critical

	to its argument that the South African courts are available to the claimants as a forum in which their actions should be tried.”
Desconsideração da personalidade jurídica	
<i>De facto control</i>	The issues in the present cases fall into two segments. The first segment concerns the responsibility of the defendant as a parent company for ensuring the observance of proper standards of health and safety by its overseas subsidiaries. Resolution of this issue will be likely to involve an inquiry into what part the defendant played in controlling the operations of the group, what its directors and employees knew or ought to have known, what action was taken and not taken, whether the defendant owed a duty of care to employees of group companies overseas and whether, if so, that duty was broken. Much of the evidence material to this inquiry would, in the ordinary way, be documentary and much of it would be found in the offices of the parent company, including minutes of meetings, reports by directors and employees on visits overseas and correspondence.
Observação da Decisão	Esta decisão explicita o “teste” de duas partes na doutrina do <i>forum non conveniens</i> – a saber, primeiro a demonstração da existência de um foro mais “correto” (no caso seria o da África do Sul, pela necessidade de perícia dos autores e pelo fato de que e pelo fato do dano ter ocorrido naquele local) e segundo, se existente um foro mais “correto” para o julgamento da ação, o autor deve provar que circunstancias específicas ao caso, impedirá que a justiça possa ser alcançada. Na decisão em questão, o julgador admite que a África do Sul é o foro mais correto para a feitura da ação, devido as

necessidades procedimentais que o próprio pedido exigirá, ao mesmo tempo ela permite que a ação corra na Inglaterra, devido ao fato da segunda parte do teste não ser satisfeita. Os autores provaram que não há justiça gratuita na África do Sul para o tipo de ação que procuram, além disso afirmam que a doutrina e o procedimento de ações coletivas no país é praticamente inexistente e que a empresa-mãe não possui mais patrimônio na África do Sul. Apesar de o julgador alertar que apenas a falta de justiça gratuita não é o suficiente para que o foro do país de origem da empresa-mãe seja considerado o mais apropriado ou o fato de que o ordenamento jurídico do país hospedeiro seja mais incipiente, sejam, por si só, argumentos derradeiros para a decisão do foro mais adequado, ambos em conjunto apontam para uma possível dificuldade em se fazer justiça se o foro considerado mais adequado for o da África do Sul. O interessante nesta decisão é que o julgador constrói três situações que podem dar vazão a escolha do foro mais apropriado: a justiça gratuita, o procedimento e a falta de patrimônio (presença da empresa-mãe no país hospedeiro) – no entanto, nenhuma dessas situações podem sozinhas estabelecer o foro, deve haver uma conjunção das mesmas.

APÊNDICE 11

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
Shinkwin v. Quin-Con Ltd. [2000] IESC 27; [2001] 1 IR 514; [2001] 2 ILRM 155	Irlanda/2000	JURISDIÇÃO CONTROLE DE FATO DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	-

Decisão	Shinkwin v. Quin-Con Ltd. [2000] IESC 27; [2001] 1 IR 514; [2001] 2 ILRM 155
Direito humano envolvido	Direito a saúde
Contexto	O autor trabalhava para uma empresa subsidiária (não possuía seguro ou patrimônio), que era 100% controlada pela empresa-mãe, na época do acidente no qual perdeu vários dedos em uma mão, devido não ter tido treinamento adequado sobre como utilizar o maquinário com o qual trabalhava. A decisão de primeiro grau afirmou que a empresa-mãe possuía um dever de cuidado para com o autor, já que era o verdadeiro administrador da fábrica e falhou neste dever ao não proporcionar o treinamento necessário ao autor ou avisá-lo dos perigos inerentes ao seu cargo. A decisão de segundo grau
Problema Legal	Responsabilização da empresa-mãe por violação de direitos humanos de sua subsidiária
Fórum e Jurisdição aplicável (citações importantes)	-
	-
	“On the one hand, a person might be the sole effective and controlling shareholder in a business run by a company but have no involvement in its day to day operations. He would have control of the company but not of the manner in which it conducted its operations. It is clear that such a person would not, without more, be responsible to employees injured by the negligent acts of the company and, in particular, the failure of the company to ensure that there was a safe system of work in operation in its factories. That would disregard the separate legal character of the company, the

principle of limited liability and the rule in *Salomon v Salomon* [\[1897\] AC 22](#). Counsel for the plaintiff does not suggest otherwise.”

“On the other hand, any employee owes to his fellow employees a duty to exercise at least such care in the performance of his work that he does not cause direct injury to his fellow workers. An example, mentioned in the course of argument was the careless dropping of a hammer by one worker on the foot of another.”

“The second defendant, it seems, falls between these two stools. He is the effective sole shareholder and effective day to day manager. I would reduce the issue to this: did he involve himself so closely in the operation of the factory and, in particular, in the supervision of the plaintiff as to make himself personally liable for any of the acts of negligence which injured the plaintiff?”

“The evidence discloses that the plaintiff dealt personally with the second defendant from the beginning. It is true that the latter’s two sons were more physically active on the factory floor. The second defendant was often absent from the premises. Nonetheless, it was the second defendant who, about eight months before the accident approached the plaintiff about using all the machines. He was always in and out of the machine area if the shop was busy, saw the plaintiff using the machine and the difficulties he had in moving the jig. He worked with the plaintiff on the machine on at least one occasion. He repeatedly warned the employees, on his own evidence, that there was no insurance and was aware of a history of accidents that made it impossible to get insurance. He gave instructions about not playing football for the same reason.

All of these factors, even though partially disputed by the plaintiff, demonstrate the intimate involvement of the second defendant in the management of the factory and supervision of the plaintiff, in particular, and his consciousness of the danger of accidents. It is in this context that his concession, in cross-examination, that he was in undisputed control of the factory becomes significant.”

“The criterion of “*control*” which is proposed in this case is not an addition to the test for the existence of proximity. The open textured language of Lord Wilberforce leaves wide scope for argument as to the character of “*proximity or neighbourhood*”. Clearly it involves more than a mere test of foreseeability of damage. The assessment of the relevance of control as well as its nature and degree will depend on the circumstances. O’Dalaigh C.J. in *Purtill v Athlone U.D.C.* [1968] I.R. 205 at 213 noted that “*the defendants employees were in charge and control of the detonators..*” which caused injury to the plaintiff in that case. In my opinion some assessment of the element of control, in the sense of “*control of the circumstances,*” mentioned by Gannon J in the *Tulsk* case, is a useful guide to the decision as to the existence of a duty of care. A person cannot be held liable for matters which are outside his control. He will not be, as the defendant in *Ward v McMaster* was not, in control of the plaintiff’s independent actions and should be responsible in law only for matters which are within his own control.”

“In my view, the second defendant, on the particular facts of this case, placed himself in a relationship of proximity to the plaintiff. He had personally taken on a young and

	<p>untrained person to work in a factory managed by him and personally put him to work upon a potentially dangerous machine over which he exercised control to the extent of giving some though completely inadequate instructions to the workers. He was bound to take appropriate steps to warn the plaintiff of such obvious dangers as failing to stop the circular saw from revolving while adjusting the jig or to ensure that it was guarded. In his supervision and instruction of the plaintiff, he failed to do these things and was consequently negligent.”</p> <p>“Here the plaintiff makes his claim directly in negligence against the second defendant, not as employer or as shareholder but as a person who had placed himself by his own actions in such a relationship to the plaintiff as to call upon himself the obligation to exercise care.”</p>
Observação da Decisão	<p>A decisão trata efetivamente do controle de fato. O autor sofreu um acidente de trabalho e processou a empresa-mãe ao invés de seu empregador direto. Ao analisar se a empresa-mãe realmente possui um dever de cuidado para com o empregado, o julgador fez um adendo: só é possível que haja um dever de cuidado para com aquelas ações que estejam ao controle da empresa-mãe, pois ninguém pode ser responsável por ações de terceiro que não estejam ao seu controle (e apenas o fato de ser o único acionista da empresa, ou ter a maior parte de suas ações não necessariamente significa que as decisões do dia a dia da empresa subsidiária esteja ao controle da empresa-mãe). Assim, para o julgador para que haja o dever de cuidado, a empresa-mãe deveria ter o controle da ação danosa – ela deveria ter se posto em uma relação de proximidade com</p>

	o autor (o administrador da empresa-mãe foi a pessoa que deu algum tipo de conselho ao empregado e que com ele conversou sobre os supostos perigos do maquinário).
--	--

APÊNDICE 12

DECISÃO	PAÍS DE ORIGEM E ANO	VARIÁVEIS DE PESQUISA PRESENTES	PRECEDENTES/DECISÕES OBSERVADAS
Caparo v Dickman [1990] 1 All ER 568	Inglaterra/1990	CONTROLE DE FATO	Donoghue v Stevenson [1932] AC 562/1932 Anns v Merton London Borough Council [1977] 2 All ER 492

Decisão	Caparo v Dickman [1990] 1 All ER 568
Direito humano envolvido	Danos Materiais
Contexto	<p>Uma determinada empresa de auditoria, na pessoa de dois de seus contadores, auditaram a empresa Fidelity PLC, produtora de equipamentos elétricos, com suas ações listadas na Bolsa de Valores de Londres. Em maio/1984, Fidelity PLC anunciou o resultado da auditoria de suas contas daquele ano. Com base nas informações disponibilizadas, a empresa Caparo Industries PLC adquiriu 91.8% de ações da empresa Fidelity nos meses subsequentes. As informações disponibilizadas, no entanto, estavam incorretas, ocasionando a queda brusca no preço das ações. Caparo Industries PLC processou a empresa auditora com base no argumento de que esta teria sido negligente na auditoria ao afirmar que as informações demonstravam a realidade da empresa Fidelity, pois ela possuiria um dever de cuidado com os acionistas ou potenciais acionistas da empresa Fidelity, já que possuía o conhecimento (ou deveria possuir) da real situação financeira da empresa Fidelity.</p>
Fórum e Jurisdição aplicável (citações importantes)	
Desconsideração da Personalidade Jurídica	
<i>De facto Control</i>	<p>“I agree with your Lordships that it has now to be accepted that there is no simple formula or touchstone to which recourse can be had in order to provide in every case a ready answer to the questions whether, given certain facts, the law will or will not impose liability for negligence or in cases where such liability can be shown to exist, determine the extent of that liability. Phrases such as “foreseeability,”</p>

“proximity,” “neighbourhood,” “just and reasonable,” “fairness,” “voluntary acceptance of risk,” or “voluntary assumption of responsibility” will be found used from time to time in the different cases. But, as your Lordships have said, such phrases are not precise definitions. At best they are but labels or phrases descriptive of the very different factual situations which can exist in particular cases and which must be carefully examined in each case before it can be pragmatically determined whether a duty of care exists and, if so, what is the scope and extent of that duty.

“The opportunities for the infliction of pecuniary loss from the imperfect performance of everyday tasks upon the proper performance of which people rely for regulating their affairs are illimitable and the effects are far reaching. A defective bottle of ginger beer may injure a single consumer but the damage stops there. A single statement may be repeated endlessly with or without the permission of its author and may be relied upon in a different way by many different people. Thus the postulate of a simple duty to avoid any harm that is, with hindsight, reasonably capable of being foreseen becomes untenable without the imposition of some intelligible limits to keep the law of negligence within the bounds of common sense and practicality. Those limits have been found by the requirement of what has been called a “relationship of proximity” between plaintiff and defendant and by the imposition of a further requirement that the attachment of liability for harm which has occurred be “just and reasonable.” But although the cases in which the courts have imposed or withheld liability are capable of an approximate categorisation,

one looks in vain for some common denominator by which the existence of the essential relationship can be tested. Indeed it is difficult to resist a conclusion that what have been treated as three separate requirements are, at least in most cases, in fact merely facets of the same thing, for in some cases the degree of foreseeability is such that it is from that alone that the requisite proximity can be deduced, whilst in others the absence of that essential relationship can most rationally be attributed simply to the court's view that it would not be fair and reasonable to hold the defendant responsible. "Proximity" is, no doubt, a convenient expression so long as it is realised that it is no more than a label which embraces not a definable concept but merely a description of circumstances from which, pragmatically, the courts conclude that a duty of care exists."

"Lord Morris of Borth-y-Gest, with whom Lord Hodson agreed, whilst initially, at p. 502, referring to persons "possessed of a special skill" nevertheless went on to state the conditions in which a duty of care might arise in very much wider terms, at p. 503: "Furthermore, if in a sphere in which a person is so placed that others could reasonably rely upon his judgment or his skill or upon his ability to make careful inquiry, a person takes it upon himself to give information or advice to, or allows his information or advice to be passed on to, another person who, as he knows or should know, will place reliance upon it, then a duty of care will arise."

"In seeking to ascertain whether there should be imposed on the adviser a duty to avoid the occurrence of the kind of damage which the advisee claims to have

	<p>suffered it is not, I think, sufficient to ask simply whether there existed a “closeness” between them in the sense that the advisee had a legal entitlement to receive the information upon the basis of which he has acted or in the sense that the information was intended to serve his interest or to protect him. One must, I think, go further and ask, in what capacity was his interest to be served and from what was he intended to be protected? A company's annual accounts are capable of being utilised for a number of purposes and if one thinks about it it is entirely foreseeable that they may be so employed. But many of such purposes have absolutely no connection with the recipient's status or capacity, whether as a shareholder, voting or non-voting, or as a debenture-holder. Before it can be concluded that the duty is imposed to protect the recipient against harm which he suffers by reason of the particular use that he chooses to make of the information which he receives, one must, I think, first ascertain the purpose for which the information is required to be given.”</p> <p>“To apply as a test of liability only the foreseeability of possible damage without some further control would be to create a liability wholly indefinite in area, duration and amount and would open up a limitless vista of uninsurable risk for the professional man.”</p>
Observação da Decisão	<p>A decisão busca estabelecer um teste para que definir a existência ou não de um dever de cuidado entre as partes – levando em conta outros dois testes já existentes (e analisados nas tabelas de precedentes). O teste de Caparo possui três passos:</p>

deve-se analisar se o dano é previsível, se ocorre uma relação de proximidade entre as partes e finalmente se é justo e razoável estabelecer um dever de cuidado nas circunstâncias apresentadas em cada caso. Os dois primeiros estágios se encontram entrelaçados pois, segundo Caparo, não é possível analisar só a relação de proximidade entre as partes – mas sim de que forma aquela ação danosa é recebida pela outra parte. A saber, a parte que realizou a ação (no caso em questão forneceu a informação) poderia saber que a outra parte era dependente de sua ação e mais, a outra parte era *realmente* dependente de sua ação? Assim a proximidade entre as partes e a previsibilidade do dano tem a ver com a relação que as partes estabelecem entre si e como uma percebe a outra. O terceiro passo do teste lembra bastante o teste de ANN (abaixo analisado), o que se torna interessante quando visto que boa parte da decisão critica o teste de ANN por achá-lo muito amplo. O fato é que em Caparo, o autor deve demonstrar que seria justo e razoável estabelecer um dever de cuidado, enquanto em ANN o dever de cuidado existe assim que a proximidade e previsibilidade são provadas e cabe ao réu trazer argumentos de que existem outras considerações que impedem que haja o dever de cuidado, ou que esse deve ser restrito. Assim, o teste em Caparo limita o estabelecimento do dever de cuidado.

PRECEDENTE (Inglaterra)	Donoghue v Stevenson [1932] AC 562/1932	185
Direito Envolvido	Dano Material	
Contexto	A autora bebeu uma garrafa de cerveja de gengibre, fabricada pela empresa ré e vendida para um fornecedor. A garrafa continha restos de uma lesma, que só pode ser detectado após a consumação de quase toda a bebida, gerando a autora severo choque e problemas gastrointestinais. A autora processou o fabricante de acordo com o argumento de que ele devia um dever de cuidado para com os consumidores de seu produto e, assim, deveria ter o cuidado para que não houvesse nenhum elemento nocivo no produto. A suposta negligência do fabricante é que teria causado o dano da autora. Esta tese foi a vencedora.	
Jurisdição	-	
Desconsideração da Personalidade Jurídica	-	
<i>De facto control</i>	“At present I content myself with pointing out that in English law there must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances. The liability for negligence, whether you style it such or treat it as in other systems as a species of “culpa,” is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay. But acts or omissions which any moral code would censure cannot in a practical world be treated so as to give a right to every person injured by them to demand relief. In this way rules of law arise which limit the range of complainants and the extent of their remedy. The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or	

	<p>omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.”</p> <p>“So A. L. Smith L.J.: “The decision of <i>Heaven v. Pender</i> 11 QB D 503, 509 was founded upon the principle, that a duty to take due care did arise when the person or property of one was in such proximity to the person or property of another that, if due care was not taken, damage might be done by the one to the other.” I think that this sufficiently states the truth if proximity be not confined to mere physical proximity, but be used, as I think it was intended, to extend to such close and direct relations that the act complained of directly affects a person whom the person alleged to be bound to take care would know would be directly affected by his careless act.”</p>
Observação da Decisão	<p>A decisão é considerada (tal como Caparo) um marco no estabelecimento de um “teste” para analisar a possível existência de um dever de cuidado (mesmo que não entre empresa-mãe e sua subsidiária). O teste aumenta as hipóteses em que um dever de cuidado era criado entre duas partes – antes da decisão apenas quando: houvesse uma clara relação contratual entre as partes, o produto fosse claramente perigoso ou uma das partes agisse de maneira fraudulenta para com a outra. A decisão estabelece que não é necessário que nenhum desses requerimentos ocorra – não precisa existir um contrato (o consumidor não possuía um contrato direto com o fabricante), o produto</p>

	<p>não deve ser intrinsicamente perigoso (a cerveja não é, por ela mesma, perigosa) e nem uma das partes precisa agir com o intuito de fraudar a outra parte. O teste apresentado leva em consideração não só a previsibilidade do dano, mas também a proximidade entre as partes – em uma relação que o julgador denomina de vizinhos. O termo “vizinho” em sua acepção jurídica não seria aquele que estivesse fisicamente perto, mas aquele que devido sua relação com a outra parte pudesse razoavelmente prever que a aquela poderia ser afetada por suas ações se estas fossem negligentes. Assim não apenas a conexão entre as duas era necessária, mas deveria ser demonstrado que uma parte dependia das ações da outra, e a parte com o dever de cuidado sabia (ou ao menos deveria saber) de tal dependência.</p>
--	--

PRECEDENTE (Inglaterra)	Anns v Merton London Borough Council [1977] 2 All ER 492 188
Direito Envolvido	Dano Material
Contexto	Os autores da ação eram locatários de <i>flats</i> que haviam sido examinados pela autoridade local como em boas de condições de moradia, o que teria sido essencial para as celebrações dos contratos de aluguéis. No entanto, alguns anos depois problemas estruturais ocorreram, em razão da construção não ter uma fundação adequada, o que deveria ter sido examinado pela autoridade local anos antes, na época de sua vistoria. Os autores processaram a autoridade local argumentando que ela teria um dever de cuidado para com os locatários e teria agido com negligência no caso.
Jurisdição	-
Desconsideração da Personalidade Jurídica	-
<i>De facto control</i>	“Through the trilogy of cases in this House— <i>Donoghue v. Stevenson</i> [1932] A.C. 562, <i>Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.</i> [1964] AC 465, and <i>Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office</i> [1970] AC 1004, the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter—in which case a <i>prima facie</i> duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought

	to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise (see <i>Dorset Yacht case</i> , <i>loc. cit.</i> , p. 1027 per Lord Reid).”
Observação da Decisão	A decisão busca o estabelecimento de outro teste para explicitar a existência ou não de um dever de cuidado entre as partes. Tal teste parte do já criado “teste do vizinho”, no sentido de que possui dois estágios: o primeiro seria checar a existência da proximidade entre as partes (“teste do vizinho”), se esta fosse encontrada então um dever de cuidado <i>prima facie</i> já existiria, o segundo passo seria analisar se haveria alguma consideração, ou mesmo políticas, que restringissem tal dever de cuidado. A decisão traz como exemplo deste segundo estágio um caso em que havia o dever de cuidado <i>prima facie</i> de uma parte informar as outras, pois estavam em uma relação de proximidade, mas depois tal dever foi limitado aquelas partes que efetivamente dependiam das informações da primeira parte para realizarem suas decisões.