



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

GILDA NOGUEIRA PAES CAMBRAIA

**A RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS POR ATOS DE EMPRESAS PRIVADAS
PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA**

**BRASÍLIA
2019**

GILDA NOGUEIRA PAES CAMBRAIA

**A RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS POR ATOS DE EMPRESAS
PRIVADAS PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. PhD. Nitish Monebhurrn

**BRASÍLIA
2019**

GILDA NOGUEIRA PAES CAMBRAIA

**A RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS POR ATOS DE EMPRESAS
PRIVADAS PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
(FAJS) do Centro Universitário de Brasília
(UnICEUB).

Brasília, ____ de _____ de 2019.

BANCA AVALIADORA

Prof. PhD. Nitish Monebhurrn
Orientador

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

A Corte Internacional de Justiça, como órgão judiciário das Nações Unidas, tem a competência de julgar conflitos entre Estados. Entretanto, a grande aproximação entre Estados e empresas e o relevante papel e influência que estas representam, agindo juntamente aos Estados e atuando em áreas antes consideradas essencialmente públicas, revelam a possibilidade de uma atuação tão intrínseca à estatal que possa ser considerado que a empresa age em nome do próprio Estado. Esta possibilidade permite que o Estado possa, em situações específicas e excepcionais, responder pelos atos internacionalmente ilícitos causados por empresas a outros Estados, no âmbito da Corte Internacional de Justiça. Este artigo discute esta responsabilização, analisando duas possibilidades: a primeira pelo ato ser atribuível ao Estado conforme o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, e a segunda pelo Estado ter falhado na prevenção da ocorrência de um dano, violando sua obrigação costumeira de prevenção.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Responsabilidade internacional. Corte Internacional de Justiça. Atos internacionalmente ilícitos. Obrigação de prevenção.

ABSTRACT

The International Court of Justice, as the judicial body of the United Nations, has the competence to judge conflicts between States. However, the great proximity between States and companies and the relevant role and influence that they play, acting along with States in areas previously considered essentially public, reveal the possibility of an action of the companies so deeply related to the State that can be considered as if the company is acting on behalf of the State itself. This possibility allows the State, in specific and exceptional situations, to be liable for internationally wrongful acts committed by companies to other States upon the International Court of Justice. This article discusses this possibility by examining two possibilities: firstly because the act is attributable to the State according to the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, made by the International Law Commission, and secondly because the State failed to prevent the occurrence of the act, in breach of its customary obligation to prevent transboundary harm.

Keywords: Public International Law. International responsibility. International Court of Justice. Internationally wrongful acts. Obligation of prevention.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELOS ATOS DE EMPRESAS POR ESTES SEREM ATRIBUÍVEIS INTERNACIONALMENTE A ELE	20
2.1 A possível responsabilização pela Empresa agir como órgão do Estado.....	20
<i>2.1.1 A atuação da empresa como órgão de jure do Estado</i>	<i>20</i>
<i>2.1.2 A atuação da empresa como órgão de facto do Estado.....</i>	<i>23</i>
2.2 A possibilidade de responsabilização pela empresa ser dirigida ou controlada pelo Estado	27
<i>2.2.1 O grau de controle do Estado sobre a empresa pelo critério do controle efetivo</i>	<i>27</i>
<i>2.2.2 O grau de controle do Estado sobre a empresa pelo critério do controle geral</i>	<i>35</i>
<i>2.2.3 O financiamento estatal na empresa como insuficiente para ensejar a configuração de controle.....</i>	<i>38</i>
2.3 A possibilidade de responsabilização pela empresa exercer atribuições do poder público.....	39
<i>2.3.1 A legislação do Estado atribuindo à empresa o exercício de certas atividades governamentais</i>	<i>40</i>
<i>2.3.2 A definição do exercício de atividades governamentais de acordo com a prática de cada Estado</i>	<i>42</i>
3 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELA FALHA EM PREVENIR QUE A EMPRESA PRATIQUE ATOS ILÍCITOS.....	44
3.1 A obrigação dos Estados de prevenir o exercício de atos ilícitos em seu território	44
<i>3.1.1 A obrigação de prevenir como costume internacional.....</i>	<i>44</i>
<i>3.1.2 A obrigação de prevenir como uma obrigação de meio e não de resultado</i>	<i>49</i>
3.2 A adoção de medidas de prevenção pelo Estado para cumprir seu dever de prevenir, afastando sua responsabilização internacional.....	54
<i>3.2.1 A adoção de medidas legislativas de regulação interna como meio de afastar a responsabilização.....</i>	<i>54</i>
<i>3.2.2 A adoção de medidas administrativas como meio de afastar a responsabilização.....</i>	<i>61</i>
<i>3.2.2.1 A adoção da medida administrativa de licenciamento prévio para efetivar a aplicação da obrigação de prevenção</i>	<i>62</i>
<i>3.2.2.2 A adoção da medida administrativa de estudo de impacto ambiental para efetivar a aplicação da obrigação de prevenção.....</i>	<i>64</i>
<i>3.2.3 A adoção de medidas de cooperação como meios de afastar a responsabilização.....</i>	<i>66</i>

<i>3.2.3.1 A notificação como medida de cooperação para efetivar a aplicação da obrigação de prevenção.....</i>	<i>67</i>
<i>3.2.3.2 A consulta como medida de cooperação para efetivar a aplicação da obrigação de prevenção.....</i>	<i>69</i>
4 CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), como órgão judiciário das Nações Unidas, tem a competência de julgar, exclusivamente, litígios envolvendo Estados soberanos¹, em consonância com o Direito Internacional aplicável ao caso. Entretanto, diante do relevante papel que as empresas privadas desempenham², orientados pela era da globalização³, influenciando política e economicamente os Estados, seus atos geram impactos ambientais, sociais e econômicos não só no país no qual atuam, mas também em outros Estados, trazendo conflitos que seriam essencialmente estatais para o âmbito privado.

Diante desse cenário, a responsabilização do Estado por atos ilícitos cometidos por empresas pode ser invocada perante a CIJ na medida que esses atos podem gerar consequências transfronteiriças, sendo o conflito pautado na atividade de uma empresa, mas sendo os atos desta atribuíveis a um Estado perante o Direito Internacional ou decorrentes de uma falha do Estado em prevenir a ocorrência de um dano.

Essa possibilidade pode ser ilustrada no próprio contexto de danos ambientais que, infelizmente, estão ocorrendo no Brasil. As queimadas recentes na floresta amazônica, por exemplo, ilustram a falta de uma atuação diligente do Estado e de atores não estatais para preservar a floresta. As queimadas registradas em 2019 foram 4 vezes maiores que a do ano anterior, segundo dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe)⁴.

Os dados revelam que as queimadas ocorridas neste período são decorrentes do processo de desmatamento feito na florestas. A indústria extrativista e mineradora tem, tradicionalmente,

¹ NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Artigo 34. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em: 28 jun. 2019.

² RATNER, Steven R. Corporations and human rights: a theory of legal responsibility. **Yale Law Journal**, [S.l.], v. 111, n. 3, p. 443-546, 2001.

³ COMMISSION ON HUMAN RIGHTS SUB-COMMISSION ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS. United Nations. **Economic, social and cultural rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights Final report submitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama, in accordance with Sub-Commission decision 2000/105***. 2003. Fifty-fifth session Item 4 of the provisional agenda. Disponível em: <http://www.internationalhumanrightsexicon.org/hrdoc/docs/globalizationsubcomfinalareport.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

⁴ Dados disponíveis no sítio eletrônico do Programa Queimadas do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE): <http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/portal>.

⁵ SILVÉRIO, D; SILVA, S.;ALENCAR,A.; MOUTINHO, P. **Amazônia em Chamas**: nota técnica. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia, 2019.

grande influência nesse processo de depredação Amazônica, causando impactos negativos ao meio ambiente⁶.

Como uma estratégia de desenvolvimento regional, o Estado brasileiro permitiu, com sua baixa regulação e monitoramento dessas atividades, que empresas se instalassem na região amazônica e atuassem de maneira quase que livre de intervenção estatal. Essa negligência do Brasil em prevenir a ocorrência de danos ambientais é precisamente uma das causas das largas mazelas ambientais e sociais que assolam a região⁷.

Nesse sentido, é possível considerar que as queimadas são causadas por agentes não estatais, possivelmente empresas extrativistas, e que têm consequências difusas, para além do território brasileiro, não só pela poluição no ar, que não mede fronteiras, mas também pela Amazônia ser a maior floresta tropical do mundo e contribuir para o equilíbrio do planeta como um todo.

A Amazônia, nesse sentido, pode ser considerada um recurso natural comum, pela sua importância para a humanidade, de modo que o dano causado pelos efeitos devastadores sobre a floresta e a degradação do clima global e da biodiversidade ultrapassariam as fronteiras do Brasil e poderiam atingir outros Estados, mesmo que não fronteiriços⁸.

Diante disso, a possibilidade de outro Estado, alegando ter sofrido um dano pelas queimadas ocorridas na Amazônia, processar o Brasil, mesmo que este não tenha diretamente sido o causador, pode ser questionada. Nesse caso, estaríamos diante de uma situação na qual o ato de uma empresa causou um dano a um Estado e o Brasil responderia pelos danos causados.

Assim, um dano ambiental, neste exemplo, causado por uma empresa brasileira, poderia atingir, ou poderia ter atingido, um país de fronteira, ensejando a possível responsabilização do Estado brasileiro, não obstante o ato tivesse sido praticado por uma empresa.

Essa situação reflete a origem da inquietação a respeito do tema da responsabilidade do Estados por atos de empresas privadas, e sob quais argumentos jurídicos o Estado, no caso o Brasil, pode vir a ser responsabilizado pela Corte Internacional de Justiça.

É válido ressaltar, outrossim, que a inexistência de um tratado entre os países protagonistas do litígio que já preveja a possível ocorrência de danos nesse sentido dificulta a

⁶ BARCELLOS, Elen Araújo de. **Mineração e desflorestamento na Amazônia Legal**. 2002.

⁷ KOHLHEPP, Gerd. Conflitos de interesse no ordenamento territorial da Amazônia brasileira. **Estudos Avançados**, [S.l.], v. 16, n. 45, p.37-61, ago. 2002.

⁸ DUPUY, Pierre-marie. Amazonie: le droit international en vigueur apporte des réponses substantielles. **Revista de Direito Internacional**, [S.l.], v. 16, n. 2, p.3-7, 14 nov. 2019. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v16i2.6266>.

possibilidade de responsabilização do Estado e enseja a análise das possibilidades nas quais, mesmo assim, poderia o Estado responder pelos atos da empresa causadora do dano.

Nesse sentido, a Corte, no caso intitulado *Pulp Mills on the River Uruguay* entre a Argentina e o Uruguai, julgado em 2010, tratou dos danos causados no Rio Uruguai e ao meio ambiente que o circunda, na fronteira entre os dois países, pela atividade de usinas de celulose que funcionavam no local⁹.

Nesse caso, apesar do litígio ter sido processado perante a CIJ, entre dois Estados soberanos, o caso contava com a participação de empresas que atuavam na construção e operação das usinas de celulose. Mesmo os atos tendo sido praticados por empresas, a Corte limitou-se em considerar se o Uruguai agiu com devida diligência em seu território para prevenir a ocorrência de danos transfronteiriços¹⁰.

Entretanto, existia um tratado entre a Argentina e o Uruguai que regulava essa atividade, o Estatuto do Rio Uruguai, que possibilitou de maneira direta a apreciação dos fatos pela Corte e o julgamento no que tange à responsabilização¹¹.

Aqui, em contrapartida, busca-se analisar a possibilidade de responsabilização na eventual inexistência de qualquer tratado que já preveja, de maneira expressa, a apreciação da Corte no caso. Ademais, busca-se delimitar em que extensão se dá a responsabilização do Estado por ato ou omissão cometido por empresas privadas, nessa perspectiva.

A análise das possibilidades de responsabilização do Estado por atos de empresas quando da ocorrência de um dano a outro Estado e na ausência de um tratado entre as partes faz-se relevante pois, nesse caso, a não responsabilização geraria uma impunidade perigosa no contexto internacional, visto que a responsabilização internacional direta das empresas ainda não se encontra consolidada no Direito Internacional, como será tratado a seguir.

Nesse contexto, a CIJ tratou previamente de questões envolvendo ações de atores não estatais, analisando a responsabilidade do Estado sobre esses atos¹². Notadamente, a jurisprudência da Corte analisa exclusivamente os atos de grupos militares e paramilitares

9 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Usinas de celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. C.I.J. 2010.

10 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Usinas de celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. C.I.J. 2010.

11 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Usinas de celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. C.I.J. 2010.

12 Os casos são: Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro), Atividades Militares e Paramilitares em e contra Nicarágua (Estados Unidos da América vs. Nicarágua), Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã (Estados Unidos da América vs. Irã), Atividades Armadas no Território do Congo (República Democrática do Congo vs. Uganda).

agindo no Estado, nunca tendo sido trazido à Corte ações de empresas privadas no mesmo contexto. Entretanto, defende-se neste artigo a possibilidade de aplicação dos mesmos critérios no caso das empresas privadas.

Paralelamente, a Corte já discutiu em outras oportunidades a possibilidade de o Estado atuar em proteção diplomática de empresas, bem como de seus nacionais acionistas, como nos casos *Barcelona Traction* e *Diallo*. A proteção diplomática demonstra, de certo modo, um paralelismo com a responsabilização dos Estados por atos de empresas privadas.

Nesse sentido, o caso julgado pela Corte em 1970 entre a Bélgica e a Espanha, chamado “*The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*” foi exponencial para a análise da possibilidade de um Estado atuar em proteção diplomática da empresa.

No caso da *Barcelona Traction*, o Governo belga foi perante a Corte buscar, contra o Governo espanhol, reparação por danos alegadamente causados à empresa *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, por atos considerados contrários ao direito internacional cometidos por órgãos do Estado espanhol¹³. Ocorre que a empresa *Barcelona Traction* foi constituída no Canadá em 1911, com sede localizada em Toronto, mas grande parte dos seus acionistas eram nacionais belgas.

Nesse caso, discutiu-se a possibilidade de um Estado processar outro em nome de seus nacionais que são acionistas de uma empresa por danos causados a esta se essa entidade não pertencer ao requerente nem ao Estado demandado, mas a um país terceiro. A Corte decidiu que não seria possível que a Bélgica postulasse em nome da empresa, por ter como grande maioria dos acionistas nacionais seus, uma vez que a empresa não era de sua nacionalidade¹⁴.

No mesmo sentido, o caso *Ahmadou Sadio Diallo* entre República da Guiné e a República Democrática do Congo também teve a proteção diplomática como cerne das discussões da Corte¹⁵. Na oportunidade, a Corte ratificou e fortaleceu o estabelecido no caso *Barcelona Traction*, considerando que o Estado em que uma empresa é incorporada é o único que pode buscar sua proteção diplomática¹⁶.

¹³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA . *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica v. Espanha), Julgamento, C.I.J., 1970, p.6. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2019.

¹⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA . *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica v. Espanha), Julgamento, C.I.J., 1970, par. 90, 96. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2019

¹⁵ ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto. Foreign investors, diplomatic protection and the International Court of Justice's decision on preliminary objections in the Diallo Case. *NCJ Int'l L. & Com. Reg.*, Carolina do Norte. v. 33, 2007.

¹⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Ahmadou Sadio Diallo* (República da Guiné v. República Democrática do Congo), Julgamento, C.I.J., 2007, par. 88,89. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2019.

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em sua opinião consultiva OC-16/99, de 1º de outubro de 1999, denominada “O Direito à Informação Sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal” tratou da proteção consular, mas sob a ótica dos Direitos Humanos.

A CIDH analisa à luz do disposto no art. artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares¹⁷ o direito à assistência consular como um direito humano. Nesse sentido, a CIDH considerou ser um direito dos Estados assistir os seus nacionais através das atuações do funcionário consular e um direito correlativo do nacional do Estado ter acesso ao funcionário consular com o fim de buscar esta assistência¹⁸. Logo, a CIDH reconhece como direito humano a assistência do Estado ao seu nacional, que atua nos seus interesses¹⁹.

Desse modo, assim como a Corte Internacional de Justiça reconhece a proteção diplomática do Estado para com as empresas de sua nacionalidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que a proteção diplomática é um direito humano.

Nesse sentido, o instituto da proteção diplomática é aplicado quando o dano causado, decorrente de um comportamento contrário ao direito internacional, ocorre em prejuízo a uma pessoa nacional do Estado em vez de ser dirigida imediatamente contra este. Nesse caso, busca-se reparação através de ação diplomática e possivelmente judicial pelo Estado no qual a pessoa em questão está alocada²⁰.

Nesse contexto, um paralelo pode ser traçado entre a proteção diplomática, que, segundo a Corte, pode ocorrer no caso de a empresa ser de nacionalidade do Estado, e a possibilidade do Estado responder por atos internacionalmente ilícitos cometidos por uma empresa a outro Estado.

Ora, se a CIJ estabeleceu e reiterou o entendimento de que um Estado pode processar outro Estado que causou um dano a uma empresa de sua nacionalidade e aos acionistas dessa empresa, a negativa desta possibilidade também se revela possível. Assim, a possibilidade de o Estado responder por um dano causado por uma empresa privada de sua nacionalidade a outro Estado aqui defendida encontra, paralelamente, o mesmo fundamento.

¹⁷Art. 36 (...) 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los; (...)

¹⁸CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º out. 1999. p. 48. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf . Acesso em: 8 set. 2019.

¹⁹GHANDHI, Sandy. Human rights and the International Court of Justice the Ahmadou Sadio Diallo case. **Human Rights Law Review**, Oxford, v. 11, n. 3, p. 527-555, 2011.

²⁰CAFLISCH, Lucius. The protection of corporate investments abroad in the light of the Barcelona traction case. **Zeitschrift fur Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht**, Berlim, v. 31, p. 162, 1971.

Desse modo, mesmo a Corte nunca tendo julgado casos de atribuição ao Estado por atos de empresas privada, defende-se que este cenário é possível, utilizando-se dos mesmos fundamentos já usados pela CIJ no caso de grupos militares e paramilitares, uma vez que, paralelamente, a Corte também reconhece a possibilidade de o Estado atuar em proteção diplomática de uma empresa privada.

Nesse sentido, a questão da responsabilidade das empresas por violações a direitos humanos conferidos a nacionais de Estados nos quais elas atuam é objeto de debate na comunidade internacional. A atividade empresarial e seus danos adversos nos países nos quais atuam é um tema de preocupação mundial.

A matéria de empresas e direitos humanos foi objeto de deliberações no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, que aprovou os “Princípios Orientadores sobre Negócios e Direitos Humanos: Implementando os Parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar” em 2011²¹. Esses princípios, não obstante revelarem uma preocupação internacional sobre o impacto que as atividades de empresas representam nos Estados, não possuem natureza vinculante, o que impossibilita uma eventual responsabilização da empresa por não os observarem.

Isso se deve, em parte, ao fato de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos protege os indivíduos de ações opressivas e abusivas do Estado. Assim, impõe obrigações legais de proteger direitos humanos somente aos Estados e ainda não se desenvolveu de modo a regular efetivamente as atividades de empresas ou outros atores, que violam os Direitos Humanos em suas operações extraterritoriais.²² Entretanto, a opção de responsabilizar o Estado de origem por violações dos direitos humanos cometidas por entes não estatais, em particular, apresenta-se como um importante mecanismo complementar de promoção da responsabilidade do setor privado²³.

No âmbito das Nações Unidas, encontra-se em curso a negociação de um tratado que crie obrigações para empresas de respeito a padrões mínimos de direitos humanos, de maneira a possibilitar sua responsabilização. Em 2014, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio da Resolução A/HRC/RES/26/9, implementou um Grupo Intergovernamental

²¹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework.** Nova Iorque /Genebra: Nações Unidas, 2011a.

²²MCCORQUODALE, Robert; LAFORGIA, Rebecca. Taking off the blindfolds: torture by non-state actors. **Hum. Rts. L. Rev.**, [S.l.], v. 1, p. 189, 2001.

²³CHIRWA, Danwood Mzikenge. The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights. **Melb. J. Int'l L.**, Melbourne, v. 5, p. 1, 2004.

de Trabalho para elaborar um instrumento vinculante no âmbito dos Direitos Humanos que possa regular as atividades das empresas.²⁴ O objetivo ali traçado ainda se encontra em fase de discussão e elaboração, processo que vem se mostrando moroso e permeado por fortes pressões políticas e econômicas²⁵.

A discussão sobre a responsabilidade das empresas perante o Direito Internacional, portanto, se estende no tempo, apesar de ser latente e necessária, uma vez que os impactos sociais, políticos, econômicos e ambientais da atividade empresarial são visíveis²⁶.

Assim, neste meio tempo, a análise da possibilidade de responsabilização dos Estados pelos atos das empresas torna-se relevante e pode ser uma alternativa, uma vez que independe de tratado vigente entre as partes e as obrigações violadas pela empresa passíveis de responsabilização seriam aquelas atreladas ao Estado. Assim, uma violação da empresa em matéria de Direitos Humanos, Direito Ambiental ou qualquer outra que o Estado tenha a obrigação de observar poderia ser objeto de responsabilização, se configurados os critérios de atribuição que serão abaixo explicitados.

A responsabilização das empresas sob a ótica da responsabilidade estatal seria uma alternativa, e não uma solução, para garantir uma atuação mais diligente das empresas e dos Estados no que tange à atividade corporativa.

Nesse contexto, a análise realizada nos casos perante a Corte parte do documento elaborado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) denominado Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos. Segundo o Projeto, um Estado pode ser internacionalmente responsabilizado por ações de atores não estatais quando estes agirem como órgãos do Estado, empoderados pela lei do Estado para exercerem funções públicas ou quando dirigidos ou controlados pelo Estado, sendo, portanto, os atos praticados atribuíveis a ele.

Nesse contexto, a responsabilidade estatal no âmbito internacional surge quando um Estado comete um ato ilícito contra outro Estado. O Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos representa uma tentativa da Comissão de Direito Internacional em codificar as regras internacionais de

²⁴NAÇÕES UNIDAS. **Resolução A/HRC/RES/26/9 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas**. Genebra: Nações Unidas, 2014a. Disponível em: <https://www.ihrb.org/pdf/G1408252.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

²⁵ROLAND, Manoela Carneiro et al. Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas. **Revista Direito Gv**, [S.l.], v. 14, n. 2, p.393-417, ago. 2018.

²⁶MONEBHURRUN, Nitish. Mapping the duties of private companies in international investment law. **Braz. J. Int'l L.**, Brasília, v. 14, p. 50, 2017.

responsabilidade do Estado. O Projeto não foi adotado como um tratado, não tendo, portanto, inicialmente, natureza vinculante. Contudo, o fato de que codifica a jurisprudência e a prática estatal constitui uma evidência de que se trata de Direito Internacional consuetudinário estabelecido e em desenvolvimento²⁷.

Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça estabeleceu que parte do Projeto teria, de fato, adquirido status de costume internacional, como o estabelecido no artigo 8 do Projeto²⁸, norma que estabelece a atribuição da conduta de um agente ao Estado quando controlado ou dirigido por ele, e no artigo 4, que estabelece que a conduta de órgãos do Estado é atribuível a ele²⁹.

Pautado nesse status de costume internacional, o Projeto de Artigos tem capacidade para ser invocado em eventual litígio entre Estados na discussão da atribuição das atividades de empresas, visto tratar-se de fonte de Direito Internacional, podendo ser aplicado pela Corte na solução de conflitos³⁰.

Nesse contexto, em consonância com o Projeto de Artigos da CDI, a responsabilidade estatal é pautada em dois elementos: um Estado pode ser responsável por seus atos internacionalmente ilícitos se praticar uma ação ou omissão que lhe seja imputável perante o Direito Internacional e constituir uma violação de uma obrigação internacional do Estado³¹. É claro, portanto, que a responsabilidade do Estado depende da ligação entre o Estado e o ato ilícito, sendo a conduta de um ator privado devendo se qualificar como um "ato de um Estado"³².

Diante disso, a Corte Internacional de Justiça, mesmo encarregada de julgar litígios entre Estados, pode considerar a atuação de empresas privadas mesmo sem a existência de um tratado entre os países que possa ensejar diretamente a responsabilização, pautada na atribuição do ato de acordo com o Projeto de Artigos da CDI.

²⁷ENGSTRÖM, Viljam. **Who is responsible for corporate human rights violations?** Turku: Åbo Akademi University Institute for Human Rights, 2002.

²⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J, 2007, par. 385, 398. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

²⁹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Atividades Armadas no Território do Congo (Congo vs. Uganda), Sentença, C.I.J, 2005, par. 213. Disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

³⁰NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Artigo 38. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em: 28 jun. 2019.

³¹INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 49, 2001.

³²CARON, David D. The ILC articles on state responsibility: the paradoxical relationship between form and authority. **American Journal of International Law**, Cambridge, v. 96, n. 4, p. 857-873, 2002.

Entretanto, apesar de claramente positivado nos artigos 4, 5 e 8 do Projeto a responsabilidade estatal nessas situações, a complexidade das relações entre Estados e empresas dificultam a aplicação dos artigos, visto que a extensão da responsabilidade do Estado a atos de entidades não estatais deve ser excepcional³³.

Importante ressaltar que essa complexidade das relações entre Estados e empresas é resultado da forte influência que estas exercem naqueles. A nova ordem econômica, pós-Segunda Guerra Mundial, é marcada pelo abandono dos Estados como ponto central para a determinação do cenário global, para dar espaço às empresas como executoras desse papel³⁴. Assim, hoje, qualquer análise de relações internacionais e de política global deve levar em consideração atores não estatais, que atuam transnacionalmente³⁵.

Nesse prisma, os interesses econômicos das grandes empresas acabam por ditar muito fortemente a atuação dos Estados, influenciando em aspectos sociais, políticos e econômicos. O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas expressou, por meio do Comentário Geral nº 24, que, em diversas situações, como resultado da falha do Estado em garantir o cumprimento, sob sua jurisdição, de normas e *standards* internacionalmente reconhecidas de direitos humanos, as atividades corporativas afetam negativamente direitos econômicos, sociais e culturais³⁶.

Nesse cenário, os países emergentes, em especial, tornam-se reféns não mais apenas dos interesses dos Estados ditos desenvolvidos, mas também de empresas e do mercado financeiro³⁷. Ressalta-se, ainda, um temor desses países em perder investimentos internacionais, o que influencia na fiscalização das atividades dessas empresas³⁸.

Ademais, as empresas encontram-se, não raramente, inseridas na estrutura estatal, agindo no terceiro setor, prestando serviços ao Estado ou atuando como reguladora³⁹. É justamente por

³³CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 2007, par. 39. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

³⁴DIEZ DEVELASCO, Manuel. **Instituciones de derecho internacional público**. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1997.

³⁵JOSELIN, Daphne; WALLACE, William. Non-state actors in world politics: a framework. *In*: MACMILLAN, Palgrave. **Non-state actors in world politics**. Londres, 2001. p. 1-20.

³⁶NAÇÕES UNIDAS. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral Nº 24. **Obrigações dos estados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no contexto de atividades corporativas**. Genebra. 2017.

³⁷FIORI, José Luís. Globalização, hegemonia e império. *In*: TAVARES, Maria da Conceição (org.). **Poder e dinheiro: uma economia política da globalização**. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 87-147.

³⁸DEVA, Surya. Corporate human rights violations: a case for extraterritorial regulation. **Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics**, [S.l.], p. 1077-1090, 2013.

³⁹INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 49, 2001. (Comentários ao Artigo 5º).

essa razão, inclusive, que a Comissão de Direito Internacional julgou imperioso a elaboração, dentro de um instrumento voltado para a responsabilidade dos Estados, dispositivos que possam prever a atuação de entes não estatais em nome do Estado.

A possibilidade de responsabilização por serem os atos de agentes privados atribuíveis ao Estado, impede, de certo modo, a impunidade e a fraude, impedindo que os Estados se mascarem de empresas, mantendo atividade corporativa, mas também agindo em seu nome na prática de atos ilícitos. Assim, pela via da responsabilização estatal pelos atos de empresas é possível, na prática, promover uma mentalidade de monitoramento, fiscalização e devida diligência na atuação do Estado diante da atividade da empresa, uma vez traçada a possibilidade real de sua responsabilização direta perante a Corte Internacional de Justiça em eventual dano causado a outro Estado.

Todavia, esta extensão da responsabilidade deve ser excepcional, mas revela-se plenamente e possível e aplicável. Assim, considerar um ato de uma empresa como um ato do Estado, ensejando sua responsabilidade, é tarefa que só pode ser plenamente teorizada se aplicada ao caso concreto.

Nessa perspectiva, a reflexão aqui proposta é pautada na definição da extensão da atividade da empresa dentro do Estado e no escopo da participação estatal nas atividades empresariais que podem, de acordo com os instrumentos de responsabilidade internacional dos Estados, ensejar a responsabilização por atos de empresas privadas, que será abordado no segundo capítulo deste trabalho.

Ademais, o Estado pode ser responsabilizado por atos de empresas privadas perante o Direito Internacional quando, comprovadamente, falhar na prevenção da ocorrência de um dano a outro Estado decorrente da atividade da empresa. A responsabilização, nesse caso, decorre da violação da obrigação do Estado de prevenir um dano transfronteiriço.

Essa obrigação também independe da existência de um tratado entre os Estados, uma vez que compõe, reconhecidamente, o escopo do Direito Internacional Consuetudinário. Esse entendimento foi firmado pela Corte no caso das Usinas de Celulose no Rio Uruguai, que reconheceu a obrigação de prevenção como um costume internacional, tendo suas origens na devida diligência (*due diligence*) que um Estado deve ter em seu território⁴⁰.

Por força da obrigação de prevenção, o Estado é obrigado a usar todos os meios à sua disposição para evitar que atividades que ocorram em seu território ou em qualquer área sob

⁴⁰CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. I.C.J. 2010, par. 101. Disponível em: www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

sua jurisdição, causem danos significativos ao meio ambiente de outro Estado, sendo este entendimento parte do corpus do direito internacional relacionado ao meio ambiente⁴¹.

Portanto, havendo a ocorrência de um dano a um Estado causado por uma empresa privada, o Estado de origem pode ser responsabilizado internacionalmente, perante a Corte Internacional de Justiça, pela falha em prevenir que este dano ocorresse, ou seja, pela violação a sua obrigação de prevenção.

Esse instituto é de extrema importância para impulsionar os Estados a agirem com diligência em seu território e a adotarem medidas efetivas de prevenção. Além disso, a possibilidade de responsabilização do Estado pela falha de prevenir um dano causado por uma empresa pode ser uma alternativa para impor a elas que respeitem diretrizes mínimas de respeito aos direitos humanos e ao meio ambiente, como será defendida no terceiro capítulo deste trabalho.

Diante dessas duas possibilidades de responsabilização dos Estados, seja pelo ato ser atribuível ao Estado por força do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, seja por uma falha do Estado em prevenir a ocorrência do dano, questiona-se: qual o escopo de aplicação e as consequências dessas duas possibilidades no que tange aos atos de empresas que podem ensejar a responsabilização estatal perante a Corte Internacional de Justiça?

Diante dessa problemática, o presente trabalho tem o intuito de identificar os canais pelos quais um país poderia ser processado perante a Corte Internacional de Justiça pelo dano causado por uma empresa privada de sua nacionalidade a outro país, considerando as fontes de Direito Internacional. Assim, o trabalho consiste numa tentativa de categorização da responsabilidade estatal por atos ou omissões de empresas que causem danos transfronteiriços.

Outrossim, o trabalho objetiva identificar que consequências essa responsabilização pode trazer para os Estados e para a atividade empresarial e como essas possibilidades podem trazer impactos positivos na busca de uma atuação mais diligente de Estados e empresas.

Nesse sentido, defende-se que essa responsabilização dos Estados por atos ilícitos cometidos por empresas é possível, entretanto tem suas limitações práticas, que serão demonstradas ao longo deste trabalho.

Sob essa ótica, a análise parte da possibilidade de responsabilização do Estado pelos atos de empresas por estes serem atribuíveis internacionalmente a eles (2), levando em

⁴¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Relatórios 1996 (I), p. 242, par. 29. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

consideração o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos. Em seguida, a responsabilização estatal será analisada pela falha do Estado em prevenir que a empresa pratique atos ilícitos (3), considerando a obrigação costumeira que os Estados têm de prevenir a ocorrência de danos transfronteiriços.

Essas duas possibilidades relacionam-se, como demonstrado nesta introdução, pois revelam mecanismos de responsabilização do Estado por atos cometidos por agentes não estatais perante a Corte Internacional de Justiça sem, contudo, prever um tratado vigente entre as partes que preveja, de antemão, esta responsabilização.

Ademais, essas duas possibilidades de responsabilização revelam, com todas as suas limitações, as consequências e impactos que a responsabilização estatal por atos de empresas podem ter no contexto atual, considerando que a responsabilização direta das empresas atualmente no Direito Internacional ainda não encontra-se consolidada.

2 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELOS ATOS DE EMPRESAS POR ESTES SEREM ATRIBUÍVEIS INTERNACIONALMENTE A ELE

No contexto de atos praticados por agentes não estatais, o Projeto de Artigos articula uma série de regras sob as quais a responsabilidade do Estado pode ser imputada. Alguns artigos, expressa ou implicitamente, tratam da responsabilidade do Estado por atos ilícitos ou omissões de atores privados. Assim, o Estado pode ser responsabilizado se a empresa agir como órgão do Estado (2.1), se agir sob direção ou controle do Estado (2.2) e se exercer atribuições do poder público (2.3)⁴².

2.1 A possível responsabilização pela Empresa agir como órgão do Estado

O artigo 4 do Projeto de Artigos da CDI estabelece que a conduta de órgãos de um Estado é atribuível a ele, independente do órgão exercer função legislativa, executiva, judicial ou outra qualquer que seja sua posição na organização do Estado. O artigo 4 define, ainda, como órgão qualquer pessoa ou entidade que tenha tal status de acordo com o direito interno do Estado⁴³.

Entretanto, a complexidade da estrutura interna do Estado e a sua relação com as empresas demonstram que a definição de órgão estatal pode ultrapassar a formalidade de possuir tal status pela legislação do Estado, como definido no artigo 4, podendo existir órgãos que ajam como tal mesmo não tendo essa classificação pelo direito interno do Estado.

Assim, a responsabilização do Estado pela atuação de uma empresa pode ser invocada no caso da empresa agir como órgão *de jure* do Estado (2.1.1), sendo claramente assim definida pelo direito interno do Estado, ou como órgão *de facto* (2.1.2), sendo evidenciada a sua atuação como estatal pela prática e não pela lei.

2.1.1 A atuação da empresa como órgão *de jure* do Estado

A atuação de empresas como órgão *de jure* do Estado é a possibilidade mais clara de atribuição dos atos da empresa ao Estado. Nesta possibilidade, a empresa age claramente em nome do Estado de modo que seus atos são considerados, verdadeiramente, atos estatais. Esta

⁴²CRAWFORD, James. **State responsibility: the general part**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

⁴³INTERNATIONAL LAW COMMISSION et al. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, v. 2, n. 2, p. 49, 2001.

definição como órgão *de jure*, entretanto, encontra limites quando relacionada a empresas privadas.

A atuação como órgão *de jure* limita-se a identificar, dentro da estrutura interna do Estado, se o agente é definido como órgão, não importando se o órgão exerce funções legislativas, executivas, judiciais ou outras, qualquer que seja a sua posição na organização do Estado e qualquer que seja o caráter do órgão, seja do governo central ou de uma unidade territorial do Estado, mas que aja em nome dele⁴⁴.

Nesse contexto, o caso Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro), julgado em 2007 perante a Corte Internacional de Justiça, fundou-se na denúncia da ocorrência de genocídios causados pela Iugoslávia na Bósnia, violando a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.

Quanto a essa alegação, a Corte entendeu que os assassinatos em Srebrenica, um município da Bósnia, em julho de 1995, foram cometidos com a intenção específica de destruir em parte um grupo de muçulmanos da Bósnia naquela área, reconhecendo que o evento foi, de fato, um genocídio.

A Corte concluiu, ao analisar a responsabilidade da República Federativa da Iugoslávia (FRY) sob o genocídio ocorrido em Srebrenica, que este não poderia ser atribuído ao Estado sob o argumento de tratar-se de uma conduta de um órgão *de jure*, uma vez que nem a *Republika Srpsk* (República Sérvia), nem as Forças Armadas da *Republika Srpska* (VRS) tinham o status de órgão desse Estado sob o seu direito interno⁴⁵.

Ademais, no caso Atividades Armadas no Território do Congo (República Democrática do Congo vs. Uganda), julgado em 2005, a Corte conclui que os atos das Forças de Defesa dos Povos da Uganda (UPDF) eram atribuíveis a Uganda, uma vez que, baseado na norma já estabelecida como costume internacional de que um Estado é responsável pelas atividades de seus órgãos, a UPDF é um órgão de Uganda. Portanto, esta deve ser responsabilizada pelos atos de seus oficiais e soldados em virtude de seu status militar e funções no território da República Democrática do Congo⁴⁶.

⁴⁴INTERNATIONAL LAW COMMISSION et al. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, v. 2, n. 2, p. 49, 2001.

⁴⁵CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 2007, par. 385- 386. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

⁴⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Atividades Armadas no Território do Congo (Congo vs. Uganda), Sentença, C.I.J., 2005, par. 213. Disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

Em ambos os casos, a Corte aplica, na análise da responsabilidade por órgão *de jure*, o disposto claramente no artigo 4, considerando como essencial a classificação do agente como órgão no direito interno do Estado. Trata-se, entretanto, de casos nos quais ambos os agentes analisados são grupos militares ou organizados como tal.

No que tange a possibilidade de responsabilização por esse critério no caso de empresas privadas, é mais simples a distinção, uma vez que empresas privadas, por sua própria natureza, não possuem status de órgão pelo direito interno do seu Estado de origem, sob pena de perder sua própria caracterização como empresa privada.

Portanto, a atuação da empresa como órgão *de jure* do Estado e sua consequente responsabilização revela-se pouco provável, uma vez que para tal é necessária a definição de órgão sob o direito interno do Estado.

É válido ressaltar, entretanto, a situação que empresas públicas agem sob *jure gestionis*, por atos comerciais, de natureza privada, em detrimento de agirem com *jure imperii*, praticando atos de soberania dos Estados, de natureza pública⁴⁷.

Nesse contexto, a empresa pública que compõe a estrutura orgânica do Estado, se agir sob *jus gestionis*, ou seja, na sua atividade comercial, praticando atos privados, ou sob *jure imperii*, praticando atos públicos, continua agindo em nome do Estado e ensejando sua responsabilização por eventuais atos internacionalmente ilícitos praticados por ela⁴⁸.

Esse entendimento advém da própria redação do Artigo 4 do Projeto de Artigos, que explicita que atos ou omissões e órgãos do Estado são atribuíveis a ele independente de exercerem funções legislativas, executivas, judiciais ou quaisquer outras funções. Assim, pouco importa, para fins de responsabilização, se a empresa pública atua sob *jure gestionis* ou *jure imperii*.

Entretanto, a mera referência ao direito interno do Estado para a definição de órgão revela-se insuficiente, na prática, para afastar a responsabilidade estatal. Por conseguinte, em alguns sistemas jurídicos o status e as funções de várias entidades são determinados não apenas por lei, mas também pela prática. Assim, a referência exclusiva ao direito interno seria enganosa.

O Projeto de Artigos exemplifica esta possibilidade referindo-se a circunstâncias nas quais a palavra órgão, na jurisdição interna de um país, diz respeito apenas a unidades do mais

⁴⁷VAN HARTEN, Gus. The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State. *International & Comparative Law Quarterly*, [S.l.], v. 56, n. 2, p. 371-393, 2007.

⁴⁸CRAWFORD, James. Articles on responsibility of States for internationally wrongful acts. *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Genebra: Nações Unidas, 2012. Disponível em: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_e.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

alto nível hierárquico, como os chefes de Estado ou ministros, o que não significa que não sejam órgãos para o direito internacional. Assim, meras formalidades legais como esta não podem impedir que o Estado seja responsabilizado na ocorrência de um ato internacionalmente ilícito⁴⁹.

Em tais casos, enquanto os poderes de uma entidade e a sua relação com outros órgãos ao abrigo do direito interno serão relevantes para a sua classificação como um “órgão”, a lei interna não executa, exclusivamente, a tarefa de classificação⁵⁰. Assim, a atuação da empresa deve ser analisada como órgão *de facto* do Estado para a determinação da atribuição de seus atos ao Estado.

2.1.2 A atuação da empresa como órgão de facto do Estado

Ainda consoante o artigo 4 do Projeto de Artigos da CDI, a definição de órgão pode, em determinado Estado, transcender a sua classificação como órgão somente quando identificado perante o direito interno. Assim, a entidade pode, pela prática daquele Estado e suas relações, ser constituída como órgão e ensejar a responsabilização estatal por suas atividades.

A Corte, também no caso do Genocídio (Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro) não se limitou a analisar a relação entre a Iugoslávia e os grupos militares e paramilitares apenas baseado em seu status perante o direito interno, no qual concluiu que não seriam órgãos *de jure*. A análise estendeu-se a identificar se tais grupos seriam órgãos *de facto* do Estado na época em que os genocídios foram cometidos, ensejando a responsabilização estatal por esses atos⁵¹.

Nesse sentido, a Corte conclui pela possibilidade de responsabilização do Estado por órgãos *de facto* trazendo o entendimento firmado anteriormente no caso Nicarágua vs. Estados Unidos, no qual a Corte argumentou que para que os atos do *contras*, um grupo rebelde

⁴⁹INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 41, 2001.

⁵⁰INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 42, 2001.

⁵¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 2007, par. 390. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

revolucionário, sejam atribuídos aos Estados Unidos, a sua relação deve ser de tamanha dependência e controle que aja como órgão do Estado, em seu nome⁵².

O caso Nicarágua, pela proximidade entre o *contras* e os Estados Unidos, que recebia deste apoio logístico e financeiro a treinamento militar, foi levado à Corte para decidir sobre os atos cometidos pelo grupo como se tivessem sido praticados pelo próprio governo americano. Desse modo, a questão da atribuição dos atos de agentes não estatais aos Estados teve que ser endereçada pela Corte.

Assim, de acordo com a jurisprudência da Corte, pessoas, grupos de pessoas ou entidades podem, para fins de responsabilidade internacional, ser equiparadas aos órgãos do Estado, mesmo que não decorra de lei interna, desde que, de fato, ajam em “completa dependência” do Estado, do qual eles são, em última análise, meramente um instrumento⁵³.

A Corte considera a possibilidade de órgãos *de facto* pois, se levando em conta apenas a lei interna, o formalismo legal permitiria aos Estados escaparem à sua responsabilidade internacional, optando por agir através de pessoas ou entidades cuja suposta independência seria puramente fictícia.

Neste aspecto, no que tange à responsabilização do Estado por atos ilícitos de empresas privadas por agirem, de fato, como órgãos de Estado, a responsabilização perante a Corte Internacional de Justiça tem o impacto de demonstrar que o Estado não pode fugir de eventual condenação internacional pautado em uma suposta atividade privada.

Essa extensão do entendimento legal estabelecido no Projeto de Artigos da CDI, no artigo 4, depende, portanto, na prática, de um teste de “completa dependência” entre o Estado e o agente não estatal que realizou o ato ou omissão ilícita, tendo caráter excepcional⁵⁴. Se evidenciada tamanha dependência, em virtude da força da conexão entre o agente e o Estado, as mesmas regras que se aplicam aos órgãos *de jure* se aplicam a eles também, mesmo que não possuam status de órgão sob a lei interna do Estado⁵⁵.

⁵²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América). Sentença, I.C.J. 1986, par. 109. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> Acesso em: 29 ago. 2019.

⁵³CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J, 2007, par. 392. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

⁵⁴CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J, 2007, par. 392. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

⁵⁵MILANOVIĆ, Marko. State Responsibility for Acts of Non-state Actors: A Comment on Griebel and Plücken. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 22, n. 2, p. 307-324, 2009.

Assim, empresas privadas podem ser consideradas órgãos *de facto* de um Estado na medida em que sua atividade seja completamente dependente do Estado, de maneira a agir em seu nome, sendo apenas um instrumento da atividade estatal, mesmo que mascarada de empresa privada. Nesse caso, é extremamente relevante a relação entre a empresa e o Estado, devendo ser identificado se a atividade da empresa foi de fato estatal, mesmo que desautorizada, agindo nessa capacidade, ou se se trata de uma conduta puramente privada⁵⁶.

Nesse sentido, a atuação de empresas privadas na indústria farmacêutica, por exemplo, pode ilustrar tal possibilidade. A fabricação de remédios e pesquisa em saúde pode ter uma faceta privada quando focada na atividade econômica corporativa da empresa, mas também uma faceta pública se ela atua no sistema de saúde do Estado e políticas públicas de combate a doenças. Essa mesma lógica pode ser verdadeira em empresas de diversos ramos, quando confrontadas sobre o âmbito público e privado de sua atividade.

Neste cenário, se comprovada a completa dependência da empresa ao Estado pela demonstração de que ela, na verdade, atua em nome do próprio Estado, a responsabilização deste por eventual dano causado pela empresa por ser órgão *de facto* do Estado passaria pela comprovação que o dano causado ocorreu na atividade pública da empresa, e não nas suas condutas puramente privadas.

A identificação da empresa como órgão *de facto*, portanto, torna-se possível também em um cenário no qual a empresa atua, por exemplo, em uma atividade que era de competência estatal, mas foi privatizada, ainda mantendo completa dependência e controle do Estado, agindo em seu nome e sob sua autoridade, ficando evidenciado no caso concreto que a definição como empresa privada é apenas aparente, tratando-se, na verdade, do mesmo órgão estatal anterior, mas travestido de empresa privada. Nessa situação, o Estado será responsabilizado pela atuação da empresa como órgão *de facto*.

Outro exemplo da atuação de uma empresa privada como órgão *de facto* do Estado seria no caso de empresas de segurança privada que atuam como “exércitos privados” do Estado em outros países. Nesse caso, a empresa não é tida como órgão do Estado pela sua lei doméstica, mas, muitas vezes, a empresa tem seu pessoal tão completamente dependente do Estado que as suas condutas são atribuíveis a ele como órgãos *de facto*⁵⁷.

⁵⁶INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 42, 2001.

⁵⁷CAMERON, Lindsey; CHETAIL, Vincent. **Privatizing war: Private military and security companies under public international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Esse fenômeno já é uma realidade em muitos conflitos. Os Estados Unidos, por exemplo, têm, aproximadamente, 10 a 20% dos contratos do seu departamento de defesa no Afeganistão e Iraque feitos com empresas privadas de segurança⁵⁸. Ademais, a proporção de contratados particulares e militares dos EUA no Golfo é aproximadamente um a cada dez, dez vezes a proporção durante a guerra de 1991⁵⁹.

Essas empresas formam uma verdadeira indústria militar privada e têm sido os atores determinantes em vários conflitos, ajudando a vencer guerras em Angola, Croácia, Etiópia Eritreia e Serra Leoa⁶⁰.

Nesse contexto, danos e abusos causados por essas empresas privadas no Estado em que atuam poderia ensejar a responsabilização do Estado contratante por serem os atos internacionalmente ilícitos praticados atribuíveis a ele. Para isso, teria que ser demonstrado que a relação da empresa com o Estado é de completa dependência, sendo esta considerada um órgão *de facto* do Estado.

A Corte, ao aplicar o teste de “completa dependência” no caso do Genocídio (Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro) para identificar se os grupos que cometeram o genocídio em Srebrenica eram órgãos *de facto* da Iugoslávia quando cometeram tais atos, considerou se os grupos tinham real autonomia, identificando que mesmo havendo fortes ligações políticas, militares e de logística entre as partes, os grupos ainda tinham uma margem de independência e havia, ainda, evidências de que houve discordância de estratégias entre as partes. Assim, a Corte reconheceu que o suporte dado pela Iugoslávia aos grupos, apesar de muito relevante, não significaria total dependência ao ponto de serem considerados órgãos *de facto* do Estado⁶¹.

Paralelamente, a Corte não se limitou a verificar se os grupos envolvidos no caso do Genocídio (Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro) eram órgãos, seja *de jure* ou *de facto*, mas também analisou se os atos cometidos eram atribuíveis a Iugoslávia por terem sido dirigidos ou controlados por esta.

⁵⁸SCHWARTZ, Moshe. **Department of Defense contractors in Iraq and Afghanistan**: background and analysis. Washington: DIANE Publishing, 2010.

⁵⁹BREDEMEIER, Kenneth. Thousands of private contractors support US forces in Persian Gulf. **Washington Post**, Washington, v. 3, p. 01, 2003.

⁶⁰SINGER, Peter W. War, profits, and the vacuum of law: privatized military firms and international law. **Colum. J. Transnat'l L.**, Nova Iorque, 2003, 42: 521.

⁶¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J, 2007, par. 394. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

2.2 A possibilidade de responsabilização pela empresa ser dirigida ou controlada pelo Estado

Conforme o artigo 8 do Projeto de Artigo da CDI, considerado pela Corte como uma norma costumeira e, portanto, vinculante⁶², considera-se ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de uma pessoa ou grupo de pessoas se estas estiverem de fato agindo por instrução ou sob a direção ou controle daquele Estado, ao executar a conduta⁶³.

Como princípio geral de Direito Internacional Público, é sabido que a conduta de pessoas privadas e entidades não são atribuíveis ao Estado. Entretanto, o artigo 8 traz a situação em que há uma ligação direta entre o Estado e pessoa ou entidade que comete o ato ilícito, tendo o agente sido instruído pelo Estado a cometer tal ato ou tendo o Estado o dirigido ou controlado no momento do cometimento do ato⁶⁴.

Nesses casos, a jurisprudência internacional⁶⁵ demonstra que essa situação é mais comumente configurada quando órgãos estatais contratam pessoas ou entidades privadas para complementar sua atividade e auxiliar na condução de algum ato, mantendo-os fora da estrutura estatal⁶⁶. Assim, nos termos do artigo 8, o Estado não se exime da responsabilidade por tais atos.

Nesse contexto, o grau de controle do Estado para com o agente não estatal torna-se relevante para a atribuição da responsabilidade, havendo dois critérios de avaliação, o do controle efetivo (2.2.1) e do controle geral (2.2.2). Ademais, é válido destacar que o financiamento estatal, apesar de relevante na configuração do controle pelo Estado, revela-se insuficiente, por si só, para trazer a responsabilização ao Estado (2.2.3).

2.2.1 O grau de controle do Estado sobre a empresa pelo critério do controle efetivo

⁶²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 2007, par. 398. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

⁶³INTERNATIONAL LAW COMMISSION et al. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, v. 2, n. 2, p. 47, 2001.

⁶⁴INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 47, 2001.

⁶⁵Os casos de arbitragem internacional: Zafiro, UNRIAA, vol. VI (Sales No. 1955. V.3), p. 160 (1925); O caso Stephens, UNRIAA, vol. IV (Sales No. 1951.V.1), p. 267 (1927); Lehigh Valley Railroad Company and Others (Estados Unidos) v. Alemanha (Sabotage cases): “Black Tom” and “Kingsland” incidents, UNRIAA, vol. VIII (Sales No. 58.V.2), p. 84 (1930) e p. 458 (1939).

⁶⁶INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 47, 2001.

A análise do grau de controle necessário para que o ato de uma empresa seja atribuída ao Estado nos termos do artigo 8 do Projeto de Artigos da CDI passa, primeiramente, pela ressalva de que o Direito Internacional reconhece a separação geral das entidades corporativas em nível nacional, exceto naqueles casos onde o “véu corporativo” é um mero dispositivo ou um veículo por fraude ou evasão⁶⁷. Assim, se comprovado o controle ou direção do Estado ou instruções diretas na realização de tais atos, mesmo que privada a empresa, o Estado responderá internacionalmente pela conduta, pois esta passa a ser atribuível a ele perante o Direito Internacional.

Sobre essa separação das entidades corporativas em nível nacional, é válido ressaltar que ela pode ser relativizada, dependendo do caso concreto e do disposto em instrumentos internacionais entre os Estados em questão.

Nesse sentido, ressalta-se o disposto pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy and others*, julgado em março de 2019⁶⁹. O caso em apreço diz respeito a um litígio entre *Vantaan kaupunki* (cidade de Vantaa, Finlândia) e a *Skanska Industrial Solutions Oy*, a *NCC Industry Oy* e a *Asfaltmix Oy* sobre compensação por danos resultantes de um cartel no mercado finlandês de asfalto.

Ocorre que segundo a lei das sociedades finlandesa, toda empresa de responsabilidade limitada é uma pessoa coletiva separada com sua própria propriedade e sua própria responsabilidade, de modo que só a empresa que efetivamente causou o dano pode ser responsabilizada por ele.

Entretanto, o Tribunal de Justiça Europeu declarou que três empresas eram responsáveis pelo pagamento de indenizações por atividades de cartel realizadas por subsidiárias recentemente adquiridas, por atos praticados antes da sua aquisição.

Em suma, o TJUE afirmou que o princípio da UE de “continuidade econômica” se aplica. Nesse caso, onde as ações das empresas do cartel foram adquiridas por outras empresas

⁶⁷INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. *Yearbook of the International Law Commission*, Genebra, v. 2, n. 2, p. 47, 2001.

⁶⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA . *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica v. Espanha), Julgamento, C.I.J., 1970, p.39, par. 58-59. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2019

⁶⁹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy and others*, Julgamento, T.J.U.E, 14 mar. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0724> Acesso em: 20 nov. 2019.

que continuaram as atividades comerciais das empresas do cartel, os compradores podem ser responsabilizados pelos danos causados pelo cartel⁷⁰.

O caso, apesar ter responsabilizado uma empresa pelo ato de outra empresa, pode, paralelamente, ilustrar que o princípio da separação geral das entidades corporativas em nível nacional não é absoluto, podendo ser relativizado dependendo do caso concreto e das circunstâncias em questão.

Aqui, discute-se a responsabilização estatal por ele ter controlado ou dirigido a empresa, caso em que a separação das entidades corporativas em nível nacional também é relativizado, por tratar-se, de fato, de mero véu para mascarar a atividade estatal sob a forma de empresa privada. O grau para que seja considerando que o Estado controlou ou dirigiu a empresa é, portanto, necessário para que seja traçada a atribuição.

Nesse sentido, a Corte, no caso *Nicarágua v. Estados Unidos*, enfrentou situação na qual os fatos narrados do caso foram causados, diretamente, por um agente não estatal, a saber grupos militares e paramilitares, e não pelo Estado processado em si.

No caso em apreço, os EUA, Estado demandado, financiou, treinou e equipou o *contras*, grupo de oposição armado oposto ao governo da Nicarágua, e pagou e deu instruções diretas aos Ativos Latinos Unilateralmente Controlados (UCLAS), pessoas de países latino-americanos não identificados.

Esses grupos que propriamente praticaram os crimes no território da Nicarágua, não os Estados Unidos, ou seu exército. Diante disso, a Nicarágua, entendendo serem os atos destes grupos atribuíveis aos EUA, foi perante a Corte buscar a responsabilização dos Estados Unidos pelos fatos narrados.

Nesse sentido, a CIJ, analisando se conduta do *contras* era atribuível aos Estados Unidos, de modo a responsabilizá-lo pelas violações de Direito Internacional Humanitário cometidas pelo grupo, tratou como elemento central a definição do grau de controle que seria necessário para gerar a atribuição do ato ao Estado e a sua consequente responsabilização internacional.

Assim, a Corte definiu que o grau e controle necessário para gerar a atribuição seria um controle efetivo na realização das condutas consideradas ilícitas ou a emissão de instruções

⁷⁰TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy and others*, Julgamento, T.J.U.E, 14 mar. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0724> Acesso em: 20 nov. 2019.

diretas para tal⁷¹. É preciso, entretanto, que seja provado que o controle efetivo tenha sido em relação a cada conduta em que as alegadas violações ocorreram, não apenas relação às ações gerais tomadas pelas pessoas ou grupos de pessoas que cometeram as violações⁷². Logo, o controle, para ser efetivo, deve ser específico.

O critério do controle efetivo é aquele segundo o qual o Estado tem a ciência e um controle das condutas específicas do ente não estatal, não impedindo-as, quando tinha poder para tal. O controle efetivo requer, mais especificamente, a emissão de instruções pelo Estado ao ente não estatal em relação a operações específicas ou a execução pelo Estado de cada operação do ente não estatal, forçando a realização das operações⁷³. Portanto, o controle deve ser factual, exercido em relação à conduta supostamente ilícita específica e avaliado com plena consideração das circunstâncias e contexto do caso⁷⁴.

No caso em apreço, a Corte concluiu que mesmo os Estados Unidos tendo garantido suporte e contribuído no financiamento, organização, formação, fornecimento de equipamentos, na seleção de alvos militares ou paramilitares, e no planejamento de toda a operação do *contras*, ainda não haveria evidências o suficiente para atribuir aos Estados Unidos os atos cometidos pelo grupo no decurso das suas operações militares e paramilitares na Nicarágua⁷⁵.

Assim, todas as formas de participação acima mencionada e mesmo o controle geral dos Estados Unidos sobre um grupo com alto grau de dependência, em si não significaria, sem mais provas, que os Estados Unidos controlaram ou dirigiram as atividades ilícitas cometidas pelo grupo. O controle efetivo que seria necessário para a atribuição de responsabilidade é, portanto, ainda mais intrínseco e dependente do que toda a assistência demonstrada no caso.

Posteriormente, no caso do Genocídio na Bósnia, a Corte fez referência ao critério do controle efetivo estabelecido no caso Nicarágua vs. Estados Unidos para decidir se a Iugoslávia

⁷¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América). Sentença, I.C.J. 1986, par. 115. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> Acesso em: 29 ago. 2019.

⁷²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J. 2007, par. 400. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

⁷³CASSESE, Antonio. The Nicaragua and Tadić tests revisited in light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia. **European journal of international Law**, [S.l], v. 18, n. 4, p. 649-668, 2007.

⁷⁴BOUTIN, Bérénice. Responsibility of the Netherlands for the acts of Dutchbat in Nuhanović and Mustafić: the continuous quest for a tangible meaning for ‘effective control’ in the context of peacekeeping. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 25, n. 2, p. 521-535, 2012.

⁷⁵CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América). Sentença, I.C.J. 1986, par. 115. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> Acesso em: 29 ago. 2019.

teria controlado ou dirigido o grupo que causou o genocídio em Srebrenica. A Corte concluiu, no caso, que não haveria evidências fáticas para concluir que houve controle efetivo, direção ou instruções diretas para gerar a responsabilização do Estado sob o argumento de controle e direção estabelecido no artigo 8 do Projeto de Artigos⁷⁶.

Com isso, os atos daqueles que cometeram genocídio em Srebrenica não foram atribuídos à Iugoslávia sob as regras do Direito Internacional da responsabilidade dos Estados. Portanto, a responsabilidade internacional no caso não se configura sobre este fundamento, passando a Corte, assim, para a análise do tratado entre as partes.

Diante disso, o controle efetivo estabelecido no caso Nicarágua vs. Estados Unidos e reforçado caso do Genocídio na Bósnia é mais uma evidência da excepcionalidade que a atribuição de atos de agentes privados a Estados constitui, uma vez que o teste de efetividade para o controle é extremamente preciso e específico, não tendo sido possível, em ambos os casos, atingir o grau de controle necessário.

A aplicação do controle estatal a atos de empresas sob um limiar tão elevado significa que é bastante difícil encontrar um Estado responsável por atos ou omissões de atores privados no âmbito do artigo 8 do Projeto de Artigos da CDI⁷⁷. Entretanto, a existência de um grau de controle estatal sobre os atos de empresas que possa trazer a responsabilidade ao Estado já é, por si só, uma válida tentativa para impedir que o Estado fuja de sua responsabilização por ter agido travestido de pessoa privada.

Paralelamente, no Direito brasileiro, o Estado responde objetivamente e subsidiariamente pelos danos causados por empresas concessionárias e permissionárias, que prestam serviço público⁷⁸. Aplica-se, portanto, a Teoria do Risco Administrativo, que considera a responsabilidade objetiva do Estado por ser ele um sujeito político, jurídico e economicamente mais poderoso que o administrado. Em razão disso, o Estado deve responder pelo risco da atividade que exerce⁷⁹.

Nesse caso, na ocorrência de um dano causado por uma empresa privada que presta um serviço público decorrente de uma concessão ou permissão, o Estado será responsabilizado de maneira objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de culpa na ocorrência do dano.

⁷⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 200. par. 412. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

⁷⁷CHIRWA, Danwood Mzikenge. The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights. *Melb. J. Int'l L.*, Melbourne v. 5, p. 1, 2004.

⁷⁸CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 347.

⁷⁹CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 351.

Entretanto, considera-se que a responsabilidade estatal é também subsidiária à da empresa, de modo que será responsabilizado após o esgotamento das tentativas de pagamento por parte da empresa dos prejuízos causados.

Para essa responsabilização, todavia, é necessário um vínculo jurídico com o Estado, a existência de um contrato administrativo que delega a prestação de um serviço público à empresa privada.

Aqui, no critério do controle efetivo do Estado sob a empresa, não é necessária a existência de qualquer vínculo formal ou mesmo que a atividade exercida seja um serviço público. É preciso demonstrar que o Estado efetivamente emitiu comandos diretos e específicos à empresa na operação do ato gerador do dano, que tem ou teve controle efetivo sobre os atos cometidos.

Isto demonstra que empresas que possuem participação Estatal em seu capital ou que o Estado exerce certo controle interno ou externo, situação extremamente comum⁸⁰, não têm, automaticamente, seus eventuais atos internacionalmente ilícitos atribuídos ao Estado, uma vez que o grau de controle deve ser evidenciado mais intrinsecamente, devendo ser efetivo. Essa separação, apesar de aparentemente dificultar o Estado da responsabilização por esse critério, garante segurança para que ele mantenha investimento e participação nas empresas.

Assim, mesmo o Estado sendo responsável, via de regra, por seus atos e pelos atos de seus órgãos, ele pode responder por atos de pessoas privadas, se demonstradas circunstâncias especiais que podem atrair a atribuição⁸¹.

Essas circunstâncias seriam, justamente, as evidências que corroboram para provar o controle efetivo do Estado sobre os atos da empresa privada que geraram o dano. É válido ressaltar que não há vedação a aplicação do critério do controle de efetivo para atos praticados por empresas, o Projeto de Artigos traz, no artigo 8, a possibilidade genérica de responsabilização para atos de pessoas ou grupos de pessoas que agem com instruções de, ou sob a direção ou controle do Estado na execução da conduta⁸², nada impede que essas pessoas sejam pessoas jurídicas.

O grau do controle efetivo exige comandos específicos em relação às condutas que geraram o dano, podendo este cenário ser também evidenciado quando o agente não estatal é

⁸⁰SCHWIND, Rafael Wallbach. **Participação estatal em empresas privadas**: as empresas público-privadas. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

⁸¹CRAWFORD, James et al. The nature and forms of international responsibility. **International Law**, [S.l.], v. 445, 2003.

⁸²INTERNATIONAL LAW COMMISSION et al. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, v. 2, n. 2, p. 47, 2001.

uma empresa. Quando demonstrado que o Estado usou sua influência para verdadeiramente controlar a empresa especificamente para atingir um resultado ou realizar uma conduta, este será, do mesmo modo, responsabilizado pelos atos daquela⁸³.

No caso *Young, James e Webster vs. Reino Unido*, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte admitiu que seria possível analisar se a empresa, *British Rail*, empregadora dos demandantes, estava sob o controle do Reino Unido de modo a responsabilizá-la⁸⁴. No caso, os autores eram empregados da empresa em questão e, por um acordo firmado entre a empresa e dois sindicatos da categoria, foi determinado que todos os trabalhadores deveriam filiar-se a um dos sindicatos. Ocorre que os três demandantes, fundamentadamente, recusaram-se a filiar-se a qualquer um dos sindicatos e foram, por esse motivo, demitidos da empresa.

Diante disso, foi submetido a Corte que declare a violação, pelo Reino Unido, do direito dos autores de livre pensamento, consciência, expressão e associação. Nesse sentido, em sede preliminar, a Corte decidiu que embora a causa imediata dos eventos que deram origem ao caso tenha sido o acordo de 1975 entre a *British Rail* e os sindicatos ferroviários, foi o direito interno em vigor na época que tornou lícito o tratamento que os recorrentes se queixavam. Logo, por esse motivo, não havia necessidade da Corte, no presente caso, analisar se a empresa *British Rail* estava sob o controle do Estado, uma vez que havia uma legislação interna do Estado que atestava, por si só, a violação a direitos humanos dos recorrentes⁸⁵.

Diante disso, apesar de a Corte Europeia não ter chegado a analisar se o Estado teria controle sobre a empresa, ela esclareceu que essa análise seria uma possibilidade e, apenas pelas peculiaridades do caso concreto, não foi realizada. Desse modo, o controle do Estado sobre a empresa foi atestado como um elemento necessário para acarretar a responsabilização do Estado por seus atos.

Fora do sistema europeu de direitos humanos e adentrado o sistema da Nações Unidas de responsabilização estatal, entretanto, esse controle deve ser efetivo, conforme demonstrado, para que a empresa tenha os seus atos e os danos eventualmente causados em decorrência deles atribuídos ao Estado.

⁸³INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 48, 2001. (Comentário 6 ao art. 8).

⁸⁴CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Young, James e Webster v. Reino Unido*. Application no. 7601/76; 7806/77. Julgamento. 13 ago. 1981. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57608%22%5D%7D>. Acesso em: 8 set. 2019

⁸⁵CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Young, James e Webster v. Reino Unido*. Application no. 7601/76; 7806/77. Julgamento. 13 ago. 1981. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57608%22%5D%7D>. Acesso em: 8 set. 2019

No caso arbitral *Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA* vs. República Democrática Popular da Argélia perante o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID), discutiu-se a responsabilidade da Argélia pelo cancelamento de um contrato de construção de uma barragem firmado com os requerentes junto à Agência Nacional de Barragens (ABN), uma empresa estatal⁸⁶.

O Estado alegou que não era responsável, uma vez que o acordo foi firmado com a ANB, e não com a Argélia, e que a ANB era uma entidade autônoma com personalidade jurídica separada da do Estado e o contrato não era um "contrato do governo", não tendo o ICSID jurisdição para julgar o caso⁸⁷.

Os requerentes alegaram que o Estado deveria ser responsabilizado, uma vez que de acordo com a prática internacional, a conduta de empresa pode ser atribuída ao Estado, apesar de sua formal autonomia, alegando que a ANB faz parte da organização efetiva do Estado argelino. O Tribunal Arbitral entendeu que tinha jurisdição para caso, uma vez que o Estado pode ser responsabilizado por contratos firmados por empresas mesmo sendo entidades distintas, quando o Estado ainda retém influência importante ou dominante na empresa⁸⁸.

Além disso, entendeu que o Estado participou da negociação do Contrato; que tem importante e determinante influência sobre a agência; e também pode ter contribuído para prejudicar as relações entre as Partes, fazendo referência ao artigo 8 do Projeto de Artigos⁸⁹.

Nesse caso, o Tribunal Arbitral, apesar de não necessariamente mencionar o controle efetivo como critério de responsabilização do Estado, aplicou critério semelhante entre a relação do contrato firmado e o controle do Estado sobre a empresa.

No caso *EnCana Corp.* vs. República do Equador o Tribunal Arbitral enfrentou a questão da atribuição do Equador aos atos da *Petroecuador*, empresa estatal de exploração dos

⁸⁶CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). *Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA* v República Democrática Popular da Argélia (ICSID Case No. ARB/03/08), sentença de 10 de janeiro de 2005; **ICSID Review – FILJ**, vol. 19(2) (2005), p. 426. Disponível em: <https://www.italaw.com/>. Acesso em: 20 nov 2019.

⁸⁷CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). *Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA* v República Democrática Popular da Argélia (ICSID Case No. ARB/03/08), sentença de 10 de janeiro de 2005; **ICSID Review – FILJ**, vol. 19(2) (2005), p. 426. Disponível em: <https://www.italaw.com/>. Acesso em: 20 nov 2019.

⁸⁸CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). *Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA* v República Democrática Popular da Argélia (ICSID Case No. ARB/03/08), sentença de 10 de janeiro de 2005; **ICSID Review – FILJ**, vol. 19(2) (2005), p. 426. Disponível em: <https://www.italaw.com/>. Acesso em: 20 nov 2019.

⁸⁹CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). *Conorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA* v República Democrática Popular da Argélia (ICSID Case No. ARB/03/08), sentença de 10 de janeiro de 2005; **ICSID Review – FILJ**, vol. 19(2) (2005), p. 426. Disponível em: <https://www.italaw.com/>. Acesso em: 20 nov 2019.

recursos de hidrocarbonetos, por alegada violação dos padrões de proteção contidos no Tratado Bilateral de Investimentos (TBI) aplicável⁹⁰.

O Tribunal entendeu que os atos da empresa eram atribuíveis ao Estado pois a *Petroecuador* estava sujeita a instruções do Presidente e de outros e havia evidências que o Procurador-Geral do Estado tinha o poder de supervisão e controle do desempenho da *Petroecuador* nos contratos de participação e sua potencial renegociação. Assim, a conduta da *Petroecuador* em celebrar, executar e renegociar os contratos de participação (ou recusar fazê-lo) era atribuível ao Equador⁹¹.

Nesse caso, o controle exercido pelo Estado no caso foi específico, tendo os agentes estatais diretamente controlado e influenciado nos atos da empresa, aproximando-se do critério do controle efetivo estabelecido pela Corte Internacional de Justiça.

A jurisprudência aqui mencionada, portanto, demonstra a responsabilização do Estado por atos de empresas é cabível no contexto internacional, tendo os tribunais internacionais de diferentes naturezas entendido que a definição do grau de controle para ensejar a responsabilização é essencial.

Diante disso, no caso de conflito perante a CIJ envolvendo atos de empresas privadas, a Corte terá jurisdição e poderá responsabilizar o Estado, partindo da premissa do costume internacional firmado no artigo 8 do Projeto de Artigos, pela demonstração que este efetivamente controlou os atos da empresa que causaram um dano a outro Estado.

Entretanto, o grau do controle efetivo não é o único existente para demonstrar o controle ou direção do Estado no que tange a atos de empresas privadas. Apesar de o grau do controle efetivo ter sido criado pela Corte Internacional de Justiça e aplicado por ela em diversos casos, como acima demonstrado, é pertinente analisar grau de controle geral para ensejar a responsabilização estatal, nos termos do artigo 8 do Projeto de Artigos.

2.2.2 O grau de controle do Estado sobre a empresa pelo critério do controle geral

A questão do grau de controle para que seja configurada a atribuição de responsabilidade de atos de agentes privados ao Estado também foi tratada pela Câmara de

⁹⁰LCIA. **EnCana Corporation v República do Equador** (LCIA Case No. UN3481), sentença de 3 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/393>. Acesso em: 25 ago. 2019.

⁹¹LCIA. **EnCana Corporation v República do Equador** (LCIA Case No. UN3481), sentença de 3 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/393>. Acesso em: 25 ago. 2019.

Recursos (*Appeals Chamber*) do Tribunal Criminal Internacional para a Antiga Iugoslávia (ICTY) no caso *Prosecutor v. Duško Tadić*.

A Câmara, no caso em apreço, questionou a aplicação do critério do controle efetivo estabelecido pela Corte Internacional de Justiça no caso *Nicarágua vs. Estados Unidos* por considerar que o grau de controle pode variar de acordo com as circunstâncias factuais de cada caso, não devendo existir uma exigência de um grau tão alto para o teste de controle, podendo ser aplicado um critério menos rigoroso a depender de cada caso ⁹².

A Câmara sugeriu, portanto, que deveria ser aplicado um critério baseado no controle geral, em detrimento do critério do controle efetivo aplicado pela Corte Internacional de Justiça, argumentando que para grupos com estrutura militar seria necessário apenas um controle geral do Estado, que independe de instruções específicas ou direção no determinado ato para que ocorra a atribuição de responsabilidade.

Assim, no entendimento da Câmara de Recursos, a fim de atribuir os atos de um grupo militar ou paramilitar a um Estado, deve ser provado que o Estado exerceu controle geral sobre o grupo, não apenas o equipando e financiando, mas também coordenando ou ajudando no seu planejamento geral, em sua atividade militar. Logo, não é necessário que, além disso, o Estado deva também emitir, seja para o chefe ou para os membros do grupo, instruções para a prática de atos específicos contrários ao Direito Internacional⁹³.

Entretanto, a Câmara entendeu por tal critério quando se tratar de grupos militares e paramilitares. Para grupos não organizados em uma estrutura militar, o entendimento foi que um nível geral de controle não seria suficiente, mas, em vez disso, seria necessário instruções específicas ou diretrizes voltadas para a prática de atos específicos ou a aprovação pública desses atos, ou seja, um controle efetivo⁹⁴.

No caso do Genocídio na Bósnia a Corte Internacional de Justiça entendeu por não aplicar o critério do controle geral estabelecido pela ICTY e sim o critério do controle efetivo já aplicado no caso *Nicarágua vs. Estados Unidos* mesmo tratando de atos de grupos organizados militarmente.

⁹²TRIBUNAL CRIMINAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. Procuradoria v. Duško Tadić (Julgamento da Câmara de Recursos). Case IT-94-1-A. 15 Jul. 1999. par. 117. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁹³TRIBUNAL CRIMINAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. Procuradoria v. Duško Tadić (Julgamento da Câmara de Recursos). Case IT-94-1-A. 15 Jul. 1999. par. 131. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁹⁴TRIBUNAL CRIMINAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. Procuradoria v. Duško Tadić (Julgamento da Câmara de Recursos). Case IT-94-1-A. 15 Jul. 1999. par. 132. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

A Corte apontou que no caso *Tadic* o Tribunal não estava decidindo a respeito de responsabilidade estatal, uma vez que é um tribunal criminal que processa indivíduos e não Estados⁹⁵. Desse modo, a CIJ entendeu que a situação do caso do Genocídio na Bósnia era diferente da enfrentada pelo ICTY, uma vez que no caso *Tadic* o teste do controle geral foi aplicado para avaliar se o conflito em questão era internacional ou não⁹⁶.

A Corte conclui, assim, que o teste do controle geral amplia o escopo da responsabilidade do Estado muito além do princípio fundamental que rege o direito da responsabilidade internacional de que um Estado é responsável apenas por sua própria conduta, ou seja, a conduta de pessoas agindo, em qualquer base, em seu nome. Desse modo, esse critério foi considerado inadequado pela Corte, pois estende muito, quase ao ponto de ruptura, a conexão que deve existir entre a conduta dos órgãos de um Estado e sua responsabilização internacional⁹⁷.

Todavia, no que tange aos atos de empresas, por não se tratar de um grupo militar ou paramilitar, o entendimento da Câmara de Recursos do ICTY converge-se com o da Corte Internacional de Justiça no caso *Nicarágua vs. Estados Unidos* pela aplicação do controle efetivo e não de um controle geral na atribuição da responsabilidade ao Estado.

Desse modo, o grau de controle do Estado sobre atos de empresas mais apropriado para provar que há, de fato, controle, não seria regido pelo critério do controle geral, havendo a necessidade de instruções específicas dadas pelo Estado no cometimento dos atos pela empresa ou de um controle efetivo daquele sobre esta, como acima explanado.

Isso porque é necessário que o Estado realmente controle ou instrua uma empresa a agir de uma certa maneira para que haja responsabilidade estatal pelos seus atos, devendo haver evidências de que o Estado estava usando seu poder de interesse e controle sobre a corporação para alcançar um resultado específico⁹⁸. Para alcançar esse limiar, o grau de controle só pode ser efetivo, não geral.

⁹⁵CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 200. par. 402. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

⁹⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 200. par. 404. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

⁹⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 200. par. 406. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

⁹⁸CLAPHAM, Andrew; RUBIO, Mariano Garcia. The obligations of states with regard to non-State actors in the context of the right to health. **Health and Human Rights Working Paper Series**, Genebra, v. 3, 2002.

Uma vez analisado o grau de controle necessário para que um ato de uma empresa seja atribuível a um Estado, nos termos do artigo 8 do Projeto de Artigos, é válido destacar, outrossim, que o financiamento estatal, apesar de ser um elemento de controle que pode ser considerado na atribuição, não é suficiente, por si só, para ensejar a responsabilização.

O financiamento estatal das atividades das empresas merece destaque por sua larga realização, de modo que se sua ocorrência fosse suficiente para a atribuição ao Estado dos atos das empresas que financia, o grau de controle seria irrelevante, bastando a comprovação de financiamento, o que não seria razoável no Direito Internacional.

2.2.3 O financiamento estatal na empresa como insuficiente para ensejar a configuração de controle

O financiamento do Estado nas atividades do agente que comete o ato ilícito revela-se como outro fator a ser ponderado na análise da atribuição do ato ao Estado. Quando se tratando de atos de empresas essa questão pode ser suscitada facilmente, visto que comumente há financiamento estatal em empresas privadas.

Perante a Corte Internacional de Justiça, a questão foi trazida no caso *Nicarágua vs. Estados Unidos* para definir se os atos cometidos pelo grupo rebelde revolucionário *contras* seriam atribuíveis aos Estados Unidos, tendo como análise, entre outros, o financiamento e suporte financeiro dado pelo país ao grupo.

Nesse contexto, a Corte entendeu que mesmo com os pesados subsídios e outros apoios fornecidos pelos Estados Unidos, não haveria provas claras de que os Estados Unidos teriam realmente exercido tamanho grau de controle em todos os campos para justificar o tratamento do *contras* como agindo em seu nome. Logo, o financiamento estatal, por si só, seria insuficiente para gerar a atribuição dos atos do agente não estatal para o Estado⁹⁹.

No mesmo sentido, a Câmara de Recursos (*Appeals Chamber*) do Tribunal Criminal Internacional para a Antiga Iugoslávia (ICTY) no caso *Tadic*, ao definir o critério do controle geral aplicado no caso, entendeu que, para a atribuição da responsabilidade aos Estados por tal

⁹⁹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América). Sentença, I.C.J. 1986, par. 109. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> Acesso em: 29 ago. 2019.

critério, seria necessário além do mero financiamento, envolvendo também a participação no planejamento e supervisão de operações militares¹⁰⁰.

Desse modo, o simples fato de haver financiamento estatal no grupo que cometeu o ato demonstra-se insuficiente para que seja configurado controle do Estado de modo a ensejar a sua responsabilização. A empresa, portanto, se apenas financiada pelo Estado, sem qualquer outra evidência de participação ou controle estatal nas suas atividades e diretamente no cometimento de qualquer ato considerado internacionalmente ilícito, não pode ter seus atos atribuíveis ao Estado.

Na prática, se o financiamento estatal em empresas fosse evidência suficiente para ensejar, por si só, a responsabilidade estatal, qualquer Estado que financia minimamente uma empresa ou possui ações poderia ser responsabilizado. Nesse cenário, a responsabilização estatal poderia ter o efeito inverso do pretendido, fazendo com que as empresas facilmente se eximissem de qualquer responsabilização, ficando facilmente a cargo do Estado responder pelos danos causados sem, contudo, incentivar que o próprio Estado tome medidas para evitar a ocorrência de danos. O que aconteceria, na verdade, seria a diminuição de participação e financiamento estatal em empresas privadas, o que poderia ser prejudicial para a economia dos Estados, por afastar a atividade empresária.

Assim, para a responsabilização do Estado por dirigir ou controlar a empresa é preciso que seja evidenciado um grau de controle efetivo entre o Estado e a empresa em relação ao ato internacionalmente ilícito cometido. Nesse caso, não é suficiente que o Estado meramente financie as atividades das empresas.

Além da atribuição do ato da empresa ao Estado pelo controle efetivo de seus atos, a empresa também pode ser responsabilizada quando não é controlada pelo Estado diretamente, mas exerce atribuições do poder público, de modo a exercer atividades governamentais, mas na qualidade de empresa privada.

2.3 A possibilidade de responsabilização pela empresa exercer atribuições do poder público

O artigo 5 do Projeto de Artigos da CDI traz ainda a possibilidade de atribuição ao Estado da responsabilidade por atos de entidades quando exercerem atribuições do poder

¹⁰⁰TRIBUNAL CRIMINAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. Procuradoria v. Duško Tadic (Julgamento da Câmara de Recursos). Case IT-94-1-A. 15 Jul. 1999. par. 145. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019..

público¹⁰¹. Assim, considerar-se-á ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de uma pessoa ou entidade que não seja um órgão do Estado, que, de acordo com a legislação daquele Estado, possa exercer atribuições do poder público, sempre que a pessoa ou entidade esteja agindo naquela qualidade na situação particular¹⁰².

Assim, o artigo reflete a situação em que a legislação do Estado atribui à empresa o exercício de certas atividades governamentais (2.3.1), ao passo que tais atividades devem ser definidas de maneira subjetiva, de acordo com a prática de cada Estado (2.3.2).

2.3.1 A legislação do Estado atribuindo à empresa o exercício de certas atividades governamentais

A atribuição de atos realizados no exercício de atividades governamentais por entidades não estatais ao Estado, nos termos do artigo 5 do Projeto de Artigos da CDI, destina-se a amparar as atividades realizadas por entidades paraestatais, que exercem elementos de autoridade governamental no lugar de órgãos, bem como situações em que antigas empresas estatais foram privatizadas¹⁰³, mas mantêm certas funções públicas ou regulamentares¹⁰⁴.

Nesse sentido, a justificativa para atribuir ao Estado a conduta de entidades paraestatais é o fato de o direito interno do Estado conferir à entidade em questão o exercício de certos elementos de autoridade governamental, ou seja, a legislação estatal atribuir à empresa o exercício de atividades governamentais. Assim, para que seja considerado como um ato do Estado para fins de responsabilidade internacional, a conduta de uma entidade deve, portanto, tratar-se estritamente da atividade pública que desempenha e não se relacionar com a atividades privadas ou comerciais nas quais a empresa possa se envolver¹⁰⁵.

Desse modo, em situações que o Estado empodera, por meio de lei, a empresa para realizar atividades antes atribuídas ao poder público e esta comete atos ilícitos, ferindo obrigações internacionais do Estado, no exercício destas atividades, o Estado se responsabiliza internacionalmente por estes atos.

¹⁰¹INTERNATIONAL LAW COMMISSION et al. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, v. 2, n. 2, p. 42, 2001.

¹⁰²INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 42, 2001.

¹⁰³MCBETH, Adam. Privatising human rights: what happens to the state's human rights duties when services are privatised. **Melb. J. Int'l L.**, Melbourne, v. 5, p. 133, 2004.

¹⁰⁴MCBETH, Adam. Privatising human rights: what happens to the state's human rights duties when services are privatised. **Melb. J. Int'l L.**, Melbourne, v. 5, p. 133, 2004.

¹⁰⁵FEIT, Michael. Responsibility of the State under international law for the breach of contract committed by a State-owned entity. **Berkeley J. Int'l L.**, Berkeley, v. 28, p. 142, 2010.

Crawford, ao comentar o Projeto de Artigos da CDI, exemplifica a situação do artigo 5 como no caso de empresas de segurança privada que são contratadas para atuar como guardas prisionais e nessa capacidade podem exercer poderes públicos, tais como poderes de detenção e disciplina de acordo com a sentença judicial ou regulamentos de prisão e no caso de companhias aéreas privadas que o Estado delegou certos poderes em relação à controle de imigração¹⁰⁶.

Vale salientar, ainda, que, para fins de atribuição consoante o artigo 5, não é relevante se a empresa é classificada como pública ou privada de acordo com o sistema legal do Estado ou se há uma maior ou menor participação deste no seu capital, bastando apenas que a empresa esteja habilitada, ainda que apenas de forma limitada ou em um contexto específico, para o exercício de elementos específicos de autoridade governamental¹⁰⁷.

No caso *Hyatt International Corporation* contra o Governo da República Islâmica do Irã¹⁰⁸, o Irã estabeleceu uma fundação autônoma que mantinha bens imóveis para certos fins de caridade, mantendo um controle rigoroso da Fundação. O Tribunal de Reivindicações Irã-Estados Unidos considerou que a fundação era controlada pelo governo, uma vez que atua na execução de projetos de caridade, função considerada estatal.

As atividades extraterritoriais da AWB Ltd, uma empresa australiana fornecem outro exemplo da aplicação deste artigo. A AWB era uma agência governamental, a “Australian Wheat Board”, sendo a única responsável por exportar trigo australiano para todo o mundo e, ao ser privatizada, manteve esse poder. A AWB participou ativamente do programa Iraquiano de Petróleo para Alimentos (*Iraqi Oil for Food Programme*), administrado pela ONU, sendo o maior fornecedor de alimentos do programa¹⁰⁹.

Investigações relativas ao programa levaram a alegações de que a AWB estava envolvida no suborno de oficiais iraquianos para vender trigo australiano, violando resoluções

¹⁰⁶INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 43, 2001.

¹⁰⁷INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 43, 2001.

¹⁰⁸TRIBUNAL DE REIVINDICAÇÕES IRÃ-ESTADOS UNIDOS. *Hyatt International Corporation vs. Governo da República Islâmica do Irã* (1985) 9 Irã – USCTR 72, 94-5. Disponível em: <http://www.iusct.net/>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁰⁹INDEPENDENT INQUIRY COMMITTEE INTO THE UNITED NATIONS OIL-FOR-FOOD PROGRAMME. **Manipulation of the Oil-for-Food Programme by the Iraqi Regime**: Independent Inquiry Committee into the United Nations Oil-for Food Programme, 2005.

das Nações Unidas e com impactos claros sobre os direitos humanos dos iraquianos, como o direito à alimentação¹¹⁰.

Nesse caso, considerando que a empresa foi privatizada e manteve seu mesmo poder, exercendo função pública, o Estado, no caso a Austrália, poderia ser responsabilizado pelos atos internacionalmente ilícitos cometidos pela empresa, por essa exercer elementos de autoridade governamental.

Nesse mesmo sentido, as atividades das Agências de Crédito à Exportação (ECAs) de Estados industrializados que não são órgãos governamentais, mas sim entidades legais separadas, também podem ilustrar a aplicabilidade desse tipo de responsabilização, uma vez que todas essas agências com apoio comercial são reguladas pelas leis e regulamentos dos Estados, que fornecem a elas autoridade para executarem suas funções¹¹¹.

Assim, essas agências têm o dever de apoiar e desenvolver, direta e indiretamente, oportunidades de investimento comercial e extraterritorial para empresas. Ao cumprir esses deveres, as ECAs frequentemente participam de atividades em outros Estados, como participar de missões governamentais no exterior para facilitar parcerias entre empresas ou manter presença em outros estados para desenvolver oportunidades de negócios para empresas do estado de origem ou para fornecer informações-chave sobre o mercado.

Diante disso, se uma dessas agências violar direitos humanos, como, por exemplo, violações do direito à privacidade em coleta de informações, o ato pode ser atribuída ao Estado, dando origem a responsabilidade internacional.

Nesses casos, diferentemente do disposto no artigo 8, não é necessário provar que a empresa foi dirigida ou controlada pelo Estado no cometimento de seus atos, haverá a atribuição do ato ao Estado apenas com a prova de que a empresa agiu mediante autorização legislativa do Estado para exercer atividades governamentais. Nesse sentido, a definição de atividade governamental faz-se essencial para a caracterização da responsabilização estatal.

2.3.2 A definição do exercício de atividades governamentais de acordo com a prática de cada Estado

¹¹⁰MCCORQUODALE, Robert; SIMONS, Penelope. Responsibility beyond borders: state responsibility for extraterritorial violations by corporations of international human rights law. **The Modern Law Review**, [S.l.], v. 70, n. 4, p. 598-625, 2007.

¹¹¹CAN, Özgür; SECK, Sara L. The legal obligations with respect to human rights and export credit agencies. **OECD Working Party on Export Credits and Credit Guarantees (ECA-Watch, Halifax Initiative Coalition and ESCR-Net**, 2006.

A definição do que seria atividades governamentais, portanto, é elemento central para a definição do escopo da responsabilidade estatal, uma vez que, nos termos do artigo 5 do Projeto de Artigos da CDI, não seria qualquer atividade autorizada por lei que geria a responsabilização do Estado, mas apenas as que autorizassem o exercício de elementos do poder público. Ademais, a atividade da empresa deve ser diferenciada de suas atividades privadas e puramente comerciais, não sendo o Estado responsável por tais atos no contexto do artigo 5.

Nesse sentido, Crawford, no comentário 6 ao artigo 5 do Projeto de Artigos da CDI esclareceu a subjetividade da definição de atividade governamental, entendendo que o artigo não pretende precisar o significado do termo para fins de atribuição da conduta de uma entidade ao Estado. Desse modo, a definição depende do que é considerado “governamental” em determinada sociedade, considerando sua história e tradições.

É relevante, também, não apenas o conteúdo dos poderes conferidos à empresa, mas a forma como foram conferidos, os fins para os quais devem ser exercidos e a medida na qual a empresa é responsável perante o governo pelo seu exercício¹¹².

Nesse sentido, à título de exemplo, as empresas envolvidas na assistência à saúde se enquadram no escopo do Artigo 5 dependendo da história e tradições de uma sociedade específica. Onde cuidados de saúde foi considerado "governamental" e há um certo poder por lei interna, então a negação do direito à saúde pode ser considerada um ato diretamente atribuível ao Estado sob a lei de responsabilidade do estado¹¹³.

Portanto, a atribuição da responsabilidade levando em conta o artigo 5 do Projeto de Artigos da CDI deve ser estritamente analisada no caso concreto, considerando o que seria, dentro do Estado em questão, uma atividade governamental, a sua diferenciação da atividade privada da empresa e maneira na qual este poder foi conferido a mesma.

Além da possibilidade de responsabilização do Estado pelo ato da empresa ser atribuível internacionalmente a ele, por força das possíveis responsabilizações trazidas pelo Projeto de Artigos da CDI acima explicitados, a responsabilização do Estado também é possível se este falhar em prevenir a ocorrência do ato ilícito cometido pela empresa.

Essa possibilidade também se funda no direito internacional costumeiro, sendo vinculante, por tratar-se, na verdade, de um descumprimento do Estado da sua obrigação de prevenção.

¹¹²CAN, Özgür; SECK, Sara L. The legal obligations with respect to human rights and export credit agencies. **OECD Working Party on Export Credits and Credit Guarantees (ECA-Watch, Halifax Initiative Coalition and ESCR-Net**, 2006.

¹¹³CLAPHAM, Andrew; RUBIO, Mariano Garcia. The obligations of states with regard to non-State actors in the context of the right to health. **Health and Human Rights Working Paper Series**, Genebra, v. 3, 2002.

3 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELA FALHA EM PREVENIR QUE A EMPRESA PRATIQUE ATOS ILÍCITOS

Ainda que o ato ilícito da empresa não seja atribuível ao Estado perante o Direito Internacional, por não se enquadrar nas hipóteses acima elencadas em consonância com o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, a responsabilidade de um Estado pode ser invocada por atos de agentes privados se o Estado tiver negligenciado a adoção de todas as medidas razoáveis para a prevenção do ato ilícito¹¹⁴.

Essa obrigação de prevenção advém da obrigação que os Estados têm de prevenir o exercício de atos ilícitos em seu território (3.1) que, para ser cumprida, requer a adoção de medidas de prevenção, afastando, assim, a sua responsabilização internacional (3.2).

3.1 A obrigação dos Estados de prevenir o exercício de atos ilícitos em seu território

O Estado tem a obrigação de prevenir que atos ilícitos sejam realizados em seu território¹¹⁵. Assim, a responsabilidade de um Estado pode ser invocada por atos de agentes privados se o Estado tiver negligenciado a adoção de todas as medidas razoáveis para a prevenção do ato ilícito¹¹⁶. Essa obrigação de prevenir foi definida pela Corte como costume internacional, sendo, portanto, vinculante (3.1.1) e como uma obrigação de meio, e não de resultado (3.1.2).

3.1.1 A obrigação de prevenir como costume internacional

O costume internacional é definido como uma evidência de uma prática geral e reiterada dos Estados que adquire *opinio juris*¹¹⁷, ou seja, um senso de obrigação legal que faz com que os Estados se sintam compelidos a cumpri-la, sendo esse o aspecto subjetivo da obrigação¹¹⁸.

¹¹⁴LIGA DAS NAÇÕES. **Jornal Oficial**, 5. a, n. 4, p. 524, abr. 1924.

¹¹⁵CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo ao Canal do Corfu (Reino Unido x Albânia). Julgamento. C.I.J. 1949, p. 22. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2019.

¹¹⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. I.C.J. 2010, par. 101. Disponível em: www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹¹⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Plataforma Continental do Mar do Norte (República Federativa Da Alemanha/ Dinamarca; República Federativa Da Alemanha/ Países Baixos). Julgamento, C.I.J, 1969, p.30.

¹¹⁸AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement of the law, the foreign relations law of the United States: as adopted and promulgated**. St. Paul, Minnesota: American Law Institute Pub., 1987.

O costume é uma das duas fontes primária do direito internacional¹¹⁹, junto com os tratados, como definido pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹²⁰.

O reconhecimento da obrigação de prevenir como um costume internacional se deu no Caso relativos às Usinas de Celulose no rio Uruguai, entre a Argentina e o Uruguai, julgado em 2010 pela Corte Internacional de Justiça. O caso trata, resumidamente, de violações, pelo Uruguai, do Estatuto do rio Uruguai, tratado assinado entre as partes que regula a utilização de parte do rio que é fronteira entre os dois países.

A Argentina, país requerente da demanda, alegou que o Uruguai teria autorizado unilateralmente a construção de duas usinas de celulose no rio Uruguai sem obedecer aos dispositivos do Estatuto que determinam a notificação e a consulta prévia. O requerente alegou, ainda, que estas construções ameaçariam o rio e o ambiente entorno, podendo diminuir a qualidade da água e causar um dano transfronteiriço significativo para ele.

No que diz respeito ao argumento argentino de que os projetos haviam sido autorizados pelo Uruguai em violação do mecanismo de notificação e consulta prévias estabelecido no Estatuto do rio Uruguai, a Corte notou que o Uruguai não havia informado a Comissão Administrativa do rio Uruguai (CARU), órgão criado nos termos do Estatuto com o objetivo de monitorar o rio, dos projetos prescritos no Estatuto. A Corte concluiu que, ao não informar a CARU dos trabalhos planejados antes da emissão das autorizações ambientais iniciais para cada uma das usinas e ao não notificar os planos à Argentina por meio de CARU, o Uruguai violou o Estatuto.

Entretanto, quanto à segunda alegação da Argentina de que a construção das usinas teria um impacto negativo na qualidade da água do rio e do meio ambiente entorno, a Corte decidiu que não havia evidência conclusiva para demonstrar que o Uruguai não agiu com o grau necessário de diligência ou que a atividade das usinas tiveram efeitos deletérios ou causaram danos aos recursos vivos ou à qualidade da água ou ao equilíbrio ecológico do rio desde que iniciou suas operações. Consequentemente, o Tribunal concluiu que o Uruguai não havia violado obrigações substantivas nos termos do Estatuto.

Diante desse caso, a Corte definiu que a obrigação de prevenir, como um costume internacional, tem suas origens na devida diligência (*due diligence*) que um Estado deve ter em

¹¹⁹GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A theory of customary international law. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, p. 1113-1177, 1999.

¹²⁰NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Art. 38(1)(b). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em: 28 jun. 2019.

seu território¹²¹, invocando o julgado anteriormente no caso do Canal do Corfu, onde a ela estabeleceu que é obrigação de todo Estado não permitir conscientemente que seu território a seja utilizado para atos contrários aos direitos de outros Estados¹²².

No mesmo sentido, a Corte concluiu que um Estado é obrigado a usar todos os meios à sua disposição para evitar que atividades que ocorram em seu território ou em qualquer área sob sua jurisdição, causem danos significativos ao meio ambiente de outro estado, sendo este entendimento parte do corpus do direito internacional relacionado ao meio ambiente¹²³.

Nesse contexto, o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), na sua Opinião Consultiva sobre a Responsabilidade e Obrigações dos Estados que patrocinam Pessoas e Entidades no quadro de atividades desenvolvidas na Área, elaborada em 2011, logo após o caso das Usinas de Celulose julgado na CIJ, adentrou o tema da obrigação de prevenir.

Nesta opinião consultiva, o TIDM entende haver uma “Responsabilidade de garantir” que estabelece que as regras da Convenção de Montego Bay sobre as atividades na Área, embora decorrentes de um tratado, sendo, portanto, vinculantes apenas aos sujeitos do direito internacional que o assinaram, tornam-se vinculantes também para patrocinados, pessoas privadas, na medida em que o Estado tem a obrigação de exercer seu poder sobre entidades de sua nacionalidade e sob seu controle¹²⁴.

Desse modo, a falha em exercer esta obrigação gera a responsabilização do Estado. Entretanto, o Tribunal esclarece que nem toda violação a uma obrigação internacional do Estado praticada por um ente privado, no caso um empreiteiro patrocinador, gera a responsabilização do Estado. Esta ocorrerá apenas se comprovado que o Estado fracassou em cumprir sua obrigação de "garantir" conformidade às obrigações violadas pelo ente privado¹²⁵.

¹²¹CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. I.C.J. 2010, par. 101. Disponível em: www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹²²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo ao Canal do Corfu (Reino Unido x Albânia). Julgamento. C.I.J. 1949, p. 22. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2019.

¹²³CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Relatórios 1996 (I), p. 242, par. 29. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

¹²⁴TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. Opinião Consultiva sobre a Responsabilidade e Obrigações dos Estados que patrocinam Pessoas e Entidades no quadro de atividades desenvolvidas na Área. Opinião Consultiva. 1 de fevereiro de 2011, p. 41. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/adv_op_010211.pdf. Acesso em: 3 nov. 2019.

¹²⁵TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. Opinião Consultiva sobre a Responsabilidade e Obrigações dos Estados que patrocinam Pessoas e Entidades no quadro de atividades desenvolvidas na Área. Opinião Consultiva. 1 de fevereiro de 2011, p. 41. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/adv_op_010211.pdf. Acesso em: 3 nov. 2019.

O tribunal acrescenta, ainda, que embora não seja considerado razoável fazer um Estado responsável por toda e qualquer violação cometida por pessoas privadas sob sua jurisdição, também não é considerado satisfatório basear-se na mera aplicação do princípio que a conduta de pessoas ou entidades privadas não é imputável ao Estado sob o direito internacional para fazê-lo escapar de qualquer responsabilização¹²⁶.

Em sentido semelhante, no caso da Fundação de Trail, entre os Estados Unidos e o Canadá, o Tribunal Arbitral entendeu que o governo canadense descumpriu obrigações de diligência, levando à adoção de um regime de responsabilidade internacional por ato ilícito. O tribunal arbitral, assim, também entendeu pela existência de um princípio geral de *due diligence*, no qual os Estados possuem o dever de proteger os outros Estados contra os atos prejudiciais causados por indivíduos sob sua jurisdição¹²⁷.

Entretanto, no caso da Fundação de Trail, o Tribunal Arbitral entendeu que seria necessária a demonstração de um dano efetivo patrimonial para que se figure a violação a obrigação de prevenir. Assim, para demonstrar a violação da obrigação de prevenção do Canadá, o Tribunal considerou o dano efetivamente causado aos Estados Unidos.

Esse entendimento não é mais o que prevalecente no direito internacional, acredita-se que a ocorrência do dano não é mais indispensável para a configuração da responsabilidade internacional¹²⁸. Deve ser provado que o Estado descumpriu sua obrigação de prevenir que uma violação de um direito ocorresse, focando na conduta do estado como devidamente diligente ou não, e não na ocorrência de um dano.

Além disso, tratados internacionais e instrumentos de *soft law* também passaram a reproduzir o princípio da prevenção como uma obrigação¹²⁹, indicando que a prática internacional dos Estados já caminhava nesse sentido.

¹²⁶TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. Opinião Consultiva sobre a Responsabilidade e Obrigações dos Estados que patrocinam Pessoas e Entidades no quadro de atividades desenvolvidas na Área. Opinião Consultiva. 1 de fevereiro de 2011, p. 41. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/adv_op_010211.pdf. Acesso em: 3 nov. 2019.

¹²⁷TRIBUNAL ARBITRAL. Caso da Fundação de Trail (Estados Unidos, Canadá), 16 de abril de 1938 e 11 de março de 1941, Recueil des sentences arbitrales, Washington, vol.3. Disponível em: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹²⁸INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 36, 2001.

¹²⁹Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, art.194; Convenção sobre Diversidade Biológica, art.2; Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, art.3. As declarações de Estocolmo e do Rio também contêm princípios que endossam a obrigação de prevenção, como o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente e o Princípio 2 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Assim, a obrigação de prevenir a ocorrência de um dano transfronteiriço significativo foi reconhecida internacionalmente como um costume internacional, o que faz dela vinculante. Esta obrigação refere-se tanto para uma ação cometida pelo próprio Estado, quanto para atos cometidos por pessoas privadas sob sua jurisdição quando o Estado tiver permitido, por negligência, a ocorrência do ato internacionalmente ilícito, respondendo por ele na mesma maneira¹³⁰.

Esta obrigação de prevenção, além de ter sido claramente definida pela Corte como costumeira, também revela-se unânime na doutrina seu status como costume, tratando-se de atividades exercidas no território do Estado ou sob sua jurisdição ou controle¹³¹. Desse modo, todos os Estados têm o dever de agir de maneira a prevenir que atos ilícitos sejam realizados em seu território por terceiros, ainda que não tenha assinado nenhum dispositivo que positive tal obrigação.

Ressalta-se que a Comissão de Direito Internacional, no Projeto de Artigos, considera que há violação de uma obrigação de direito internacional quando o ato cometido não está em conformidade com esta obrigação, seja qual for a origem da obrigação¹³². Assim, um ato internacionalmente ilícito pode ser aplicado tanto para uma obrigação convencional, quanto para um costume internacional.

Nesse sentido, a obrigação de prevenir torna-se extremamente relevante no contexto de atos ilícitos cometidos por empresas, pois mesmo que este ato não seja atribuível ao Estado, dentro das possibilidades elencadas no Capítulo 2 deste trabalho, o Estado ainda assim pode ser responsabilizado perante a Corte, por não ter tomado as medidas necessárias para prevenir a ocorrência de tal ato internacionalmente ilícito.

Ademais, uma norma costumeira que possa ensejar a responsabilização do Estado por não agir com diligência, fracassando em prevenir uma violação a um direito de outro Estado, pode ter o condão de evitar qualquer discussão no que tange à responsabilidade absoluta do Estado na ausência de regras convencionais.

¹³⁰BARBOSA, J. International liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment. *R.C.A.D.I.*, [S.l.], v. 247, 1994.

¹³¹BORGES, Leonardo Estrela. **As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado). p.262; PLAKOKEFALOS, Ilias. Prevention obligations in international environmental law. *Yearbook of International Environmental Law*, [S.l.], v. 23, n. 1, p. 3-432, 2012.

¹³²INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. *Yearbook of the International Law Commission*, Genebra, v. 2, n. 2, p. 47, 2001.

Esta falha em prevenir que a empresa cometesse atos ilícitos que geram danos a outros Estados pode ser invocada, por si só, na Corte Internacional de Justiça como forma de responsabilizar o Estado pelo dano causado pela empresa.

No caso das Usinas de Celulose, a Corte aplicou esta obrigação para verificar se o Uruguai tinha agido com diligência para prevenir que danos fossem causados ao rio e ao meio ambiente entorno, conforme acima explicado. Nesse caso, entretanto, a operação das usinas é realizada por empresas privadas, a saber "Botnia S.A." e "Botnia Fray Bentos S.A.", duas empresas formadas sob a lei uruguaia pela empresa finlandesa Oy Metsä-Botnia AB e a "Celulosas de M'Bopicuá S.A.", uma empresa formada por uma empresa espanhola denominada "Empresa Nacional de Celulares de Espanha (ENCE)".

Assim, se tivesse sido provado qualquer dano ao rio, as empresas que, diretamente, seriam as causadoras do dano. Todavia, pela obrigação de prevenção, a análise da Corte limitou-se a saber se o Uruguai agiu com devida diligência (*due diligence*), ou seja, tomou providências necessárias para prevenir a ocorrência de qualquer dano. Como a Corte não entendeu conclusivo que o Uruguai não agiu com o grau necessário de *due diligence*, acabou por não o condenar pela violação da sua obrigação de prevenir um dano transfronteiriço.

Desse modo, resta-se comprovado que um Estado pode ser responsabilizado internacionalmente pelo dano causado por uma empresa se comprovado que este não tomou as providências necessárias para prevenir a ocorrência do ato, não tendo agido com *due diligence*.

Isso não significa, necessariamente, que se qualquer dano tivesse sido efetivamente causado por qualquer uma das empresas o Estado seria responsabilizado. Isso porque a análise quanto ao cumprimento da obrigação de prevenir é feita considerando as medidas tomadas pelo Estado, e não efetivamente o resultado causado.

3.1.2 A obrigação de prevenir como uma obrigação de meio e não de resultado

A obrigação de prevenir, além de costumeira, é entendida como uma obrigação de meio, ou seja, os Estados devem demonstrar um certo comportamento, adoção de condutas e medidas razoáveis para evidenciar que agiram de maneira devidamente diligente, cumprindo sua obrigação de prevenir¹³³.

133 NAÇÕES UNIDAS. Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session, 20 April - 12 June and 27 July - 14 August 1998, Official Records of the General Assembly, Fifty-third session, Supplement No.10. Doc. A/53/10, par. 32. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_53_10.pdf Acesso em: 19 set. 2019.

Assim, mesmo na ocorrência de um dano, se o Estado provar que agiu com a devida diligência ele afastará sua responsabilização, ou seja, a existência de um dano não significa uma violação automática à obrigação de prevenir¹³⁴.

A diligência, no entanto, deve ser analisada de acordo com as capacidades de cada Estado. O grau de diligência necessária para que um Estado cumpra seu dever de prevenção, portanto, pode não ser o mesmo que o de outro, devendo ser considerada o contexto no qual o Estado está inserido para averiguar se foi diligente¹³⁵.

Essa variação do grau de diligência reflete o princípio romano da *diligentia quam in suis*, que determina que o Estado deve agir, quanto aos atos de terceiros, respeitando o mesmo padrão que ele normalmente observa em relação para os seus próprios atos. Assim, o grau de diligência pode variar entre os Estados de acordo com seu contexto político-econômico¹³⁶.

A *diligentia quam in suis* também foi incorporada no Projetos de Artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços de Atividades Perigosas da Comissão de Direito Internacional ao considerar que o nível econômico dos Estados é um dos fatores a serem levados em consideração ao determinar se um Estado cumpriu sua obrigação de diligência. Entretanto, esclarece a Comissão de Direito Internacional que em relação à obrigação de prevenção, o nível econômico de um Estado não pode ser usado para dispensá-lo de sua obrigação¹³⁷.

No caso do Genocídio na Bósnia, a Corte Internacional de Justiça também estabelece que, quanto à obrigação de prevenir o cometimento de genocídio em seu território, esta seria também uma obrigação de conduta e não de resultado. Assim, os Estados não têm a obrigação de, necessariamente, obter sucesso na prevenção do genocídio, mas sim de empregar todos os meios razoavelmente disponíveis para eles, a fim de impedir o genocídio o máximo possível¹³⁸.

Desse modo, a Corte esclarece que um Estado não é responsabilizado simplesmente porque o resultado desejado não é alcançado; a responsabilidade é, no entanto, incorrida se o

¹³⁴BORGES, Leonardo Estrela. As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado), p. 268.

¹³⁵BRABANDERE, Eric de. Host States' due diligence obligations in International Investment Law. **Syracuse J. Int'l L. & Com.**, [S.l.], v. 42, p. 319, 2014.

¹³⁶HAUSMANINGER, Herbert. Diligentia quam in suis: A standard of contractual liability from ancient Roman to modern soviet law. **Cornell Int'l LJ**, Ithaca, v. 18, p. 179, 1985.

¹³⁷COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001.(Artigo 3º).

¹³⁸CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 2007, par. 430. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

Estado manifestamente não tomar todas as medidas para impedir o genocídio que estavam ao seu alcance e que poderiam ter contribuído para impedi-lo¹³⁹.

Nesse sentido, a Corte aponta que a devida diligência, nesse caso, seria *in concreto*, diferentemente da diligência *quam in suis* acima mencionada. Essa diligência concreta relaciona-se ao nível de comprometimento que o Estado tem com o fato. O parâmetro que deve ser aplicado pelo Estado, quanto ao dever de prevenir o genocídio, é o grau de influência que o Estado efetivamente tem sobre os indivíduos que cometeram o genocídio, o que varia de Estado para Estado e de acordo com o caso concreto¹⁴⁰.

Esse grau de influência pode variar por questões geográficas, pela distância entre o Estado e o local do fato, por razões políticas e pela ligação que as autoridades do Estado e os agentes que cometeram os atos de genocídio. A capacidade de influência do Estado também deve ser avaliada por critérios legais, uma vez que é claro que todo Estado só pode agir dentro dos limites permitidos pelo direito internacional, visto que a capacidade de influência de um Estado pode variar de acordo com sua posição legal específica em relação a situações e pessoas que enfrentam o perigo ou a realidade do genocídio¹⁴¹.

Assim, a obrigação de prevenção de genocídio de um Estado é proporcional ao seu envolvimento, sua influência nos atos, não estando relacionada com capacidade estrutural do Estado para atuar na prevenção do ato, não dependendo de seu contexto econômico.

A obrigação de prevenir o genocídio, portanto, não varia de acordo com a capacidade prática que cada Estado tem, dentro de sua estrutura, de prevenir o cometimento de genocídio, mas meramente pela influência que o Estado pode ter no cometimento desse ato, sendo diferente da *diligentia quam in suis*. Pela diligência *in concreto* a obrigação positiva do Estado impedir o genocídio não é territorialmente limitado, nem depende de nenhum outro critério de limiar único¹⁴².

A obrigação de prevenir o genocídio, por conseguinte, diferencia-se das demais obrigações de prevenção, sendo *in concreto* e não *quam in suis*, não variando de acordo com a

¹³⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 2007, par. 430. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

¹⁴⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 2007, par. 430. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

¹⁴¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Sentença, C.I.J., 2007, par. 430. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

¹⁴² MILANOVIĆ, Marko. State responsibility for genocide: A follow-up. **European Journal of International Law**, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 669-694, 2007.

capacidade e contexto econômico dos Estados, mas sim de acordo com a sua influência no cometimento do genocídio em questão.

No caso das Usinas de Celulose, a Corte reiterou que a obrigação de adotar medidas regulamentares ou administrativas e de executá-las constitui uma obrigação de comportamento, e não de resultado, e que ambas as partes deveriam provar sua devida diligência na adoção de medidas necessárias à preservação do equilíbrio ecológico do rio Uruguai¹⁴³.

Na Opinião Consultiva sobre a Responsabilidade e Obrigações dos Estados que patrocinam Pessoas e Entidades no quadro de atividades desenvolvidas na Área, o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), por sua vez, estabeleceu que a obrigação do Estado de "garantir" não é uma obrigação de alcançar, em todos os casos, o resultado que o empreiteiro patrocinador cumpra com as obrigações ali mencionadas. Pelo contrário, é uma obrigação de implantar meios adequados, exercer os melhores esforços possíveis e fazer o máximo para obter esse resultado¹⁴⁴.

Assim, o TIDM reitera o estabelecido no caso das Usinas de Celulose pela CIJ, considerando a obrigação de prevenir como uma obrigação de conduta, e não de resultado. Portanto, o Tribunal entende que o Estado tem a obrigação de fazer os melhores esforços possíveis para garantir a conformidade por parte dos contratados.

Essa obrigação de "due diligence" exige que o Estado tome medidas dentro de seu sistema legal. Essas medidas devem consistir em leis, regulamentos e medidas administrativas. O standard aplicável é que as medidas devem ser "razoavelmente apropriadas"¹⁴⁵.

No mesmo sentido, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos estabelece que a devida diligência se refere essencialmente à razoabilidade ou seriedade das medidas e medidas adotadas pelo Estado. Assim, o Estado é responsável por ações privadas que resultem em violações dos direitos humanos se não tomar medidas razoáveis ou sérias para evitar violações ou responder a elas¹⁴⁶.

¹⁴³CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. I.C.J. 2010, par. 187. Disponível em: www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹⁴⁴TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. Responsabilidade e Obrigações dos Estados, Patrocinadores e Entidades relativas a atividades na Área. Opinião Consultiva. 1 de fevereiro de 2011, p. 41. par. 110.

¹⁴⁵TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. Responsabilidade e Obrigações dos Estados, Patrocinadores e Entidades relativas a atividades na Área. Opinião Consultiva. 1 de fevereiro de 2011, p. 41. par. 242.

¹⁴⁶CHIRWA, Danwood Mzikenge. The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights. *Melb. J. Int'l L.*, Melbourne, v. 5, p. 1, 2004.

Assim, a conduta do Estado está diretamente ligada a garantir que os entes privados ajam em conformidade com suas obrigações internacionais, como Estados, uma vez que se comprovada a falha estatal nesse sentido, o ato do agente passa a ser atribuível a ele.

Entretanto, a obrigação de diligência, em algumas situações, pode ser tratada como uma obrigação de resultado. Isso acontece quando alguns dispositivos internacionais, principalmente ligados a prevenção de danos ambientais transfronteiriços, traduzem obrigações de prevenção absolutas. A obrigação de prevenção de resultado, diferentemente da de conduta, obriga simplesmente a ocorrência do dano transfronteiriço, focando-se no fim e não nas medidas tomadas pelo Estado para evitá-lo. Essa obrigação, apesar de aparentemente ser mais vantajosa para a proteção ambiental, é pouco aceita na prática internacional e nos tribunais internacionais¹⁴⁷.

Assim, a obrigação costumeira de prevenção que aqui se aponta deve, de fato, ser considerada como uma obrigação de conduta e não de resultado, uma vez que a Corte Internacional de Justiça adotou esta abordagem. Além disso, a obrigação de prevenção como de resultado decorre de um dispositivo específico que assim a estabeleça.

Portanto, a obrigação de prevenção como uma obrigação de meio e de não de resultado mostra-se apropriada, visto que o erro do Estado em controlar, vigiar a atuação da empresa dentro do seu território é amplamente possível e depende unicamente de sua conduta. Entretanto, uma obrigação de um resultado específico não depende somente de uma atuação do Estado e de seu esforço particular de diligência, mas de diversos fatores externos e aleatórios nos quais o Estado não pode controlar¹⁴⁸.

Diante do exposto, conclui-se que esse fator torna-se relevante quando aplicado na possibilidade de responsabilização do Estado por atos de empresas privadas na medida que impõe aos Estados a necessidade de agir com diligência de modo a evitar que agentes não estatais causem danos a outro Estado, pois a falha em prevenir tal dano acarretará, se comprovada, necessariamente, a responsabilização do Estado, a nível internacional, pelo ato ilícito cometido.

Para demonstrar o cumprimento de sua obrigação de prevenção, como obrigação de meio, o Estado deve adotar medidas de prevenção dentro de seu território, de modo a afastar a

¹⁴⁷BORGES, Leonardo Estrela. As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado).p. 321.

¹⁴⁸FITZMAURICE, Malgosia. International responsibility and liability. **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. Oxford, 2007.

sua responsabilização pela eventual ocorrência de um dano transfronteiriço significativo causado por uma empresa.

3.2 A adoção de medidas de prevenção pelo Estado para cumprir seu dever de prevenir, afastando sua responsabilização internacional

Para cumprir seu dever de prevenir, o Estado deve tomar certas medidas internas efetivas. A Comissão de Direito Internacional, no Projetos de Artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas de 2001 entendeu que o dever de prevenir deveria ser implementado através de medidas legislativas, administrativas e outras, deixando, portanto, o Estado livre para tomar as medidas que entender necessárias e apropriadas¹⁴⁹.

Essas medidas devem, portanto, ser aptas para de fato prevenir a ocorrência de um dano a outro Estado. Nesse sentido, a prática internacional revela as medidas que são mais efetivas para garantir o cumprimento da obrigação de prevenir, de modo a afastar, possivelmente, a responsabilização do Estado no caso de eventual dano causado por uma empresa¹⁵⁰.

Assim, as medidas as serem adotadas que são aptas a efetivamente prevenir um dano são comumente identificadas como medidas legislativas e regulamentares (3.2.1), medidas administrativas (3.2.2) e medidas de cooperação, notificação e consulta (3.2.3).

3.2.1 A adoção de medidas legislativas de regulação interna como meio de afastar a responsabilização

A obrigação de prevenção obriga os Estados a adotarem medidas legislativas, no plano interno, para evitar que qualquer dano seja causado durante o exercício de toda e qualquer atividade no seu território, seja o ator público ou privado.

O TIDM entendeu, na Opinião Consultiva sobre a Responsabilidade e Obrigações dos Estados que patrocinam Pessoas e Entidades no quadro de atividades desenvolvidas na Área, que os Estados, para cumprirem com sua obrigação de diligência, estão obrigados a adotar leis

¹⁴⁹COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001.(Artigo 5º).

¹⁵⁰BORGES, Leonardo Estrela. As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado),p. 129.

e regulamentos e a tomar medidas administrativas¹⁵¹. Entretanto, o Tribunal define que o escopo e a extensão das leis e regulamentos e medidas administrativas necessárias dependem do sistema legal do Estado.

O Tribunal justifica a necessidade de adoção de leis e regulamentos pela impossibilidade de todas as obrigações de um contratante poderem ser cumpridas por meio de apenas medidas administrativas ou acordos contratuais¹⁵².

Desse modo, resta comprovado o entendimento de que medidas legislativas de regulamentação interna são essenciais para que o Estado possa prevenir a ocorrência de um dano transfronteiriço.

Essa medida legislativas e administrativas podem tanto ser um reflexo da legislação internacional sobre a matéria, trazendo-a para o âmbito interno, como também normas criadas pelo próprio Estado em face de suas particularidades.

Essas normas, quando criadas pelos Estados, em consonância com suas capacidades, garantem, de certo modo, um cumprimento mais efetivo e palpável do que as normas de procedência externa, que impõem determinações rígidas e específicas que, muitas vezes, não correspondem à capacidade do Estado. O mais importante, nesse caso, é a efetividade da legislação criada pelo Estado e se ela reflete, de fato, uma medida apropriada para prevenir danos.

Esse entendimento foi traduzido na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no seu Princípio 11, que dispõe:

Os Estados adotarão legislação ambiental eficaz. As normas ambientais, e os objetivos e as prioridades de gerenciamento deverão refletir o contexto ambiental e de meio ambiente a que se aplicam. As normas aplicadas por alguns países poderão ser inadequadas para outros, em particular para os países em desenvolvimento, acarretando custos econômicos e sociais injustificados¹⁵³.

A adoção de medidas de regulamentação interna é, muitas vezes, prevista em convenções internacionais que o Estado assina. Um exemplo é a Convenção de Viena sobre a Proteção da Camada de Ozônio de 1985 e a Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental no Contexto Transfronteiriço, que obriga as partes a adotarem medidas legislativas e

¹⁵¹TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. Responsabilidade e Obrigações dos Estados, Patrocinadores e Entidades relativas a atividades na Área. Opinião Consultiva. 1 de fevereiro de 2011, p. 63. par. 218

¹⁵²TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. Responsabilidade e Obrigações dos Estados, Patrocinadores e Entidades relativas a atividades na Área. Opinião Consultiva. 1 de fevereiro de 2011, p. 63. par. 218.

¹⁵³DECLARAÇÃO do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 13 e 14 jun. 1992. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Developim ento.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

administrativas para garantir a proteção da camada de ozônio e a realização de estudo de impacto ambiental, respectivamente.¹⁵⁴

Assim, o dever de adotar uma regulamentação interna é a medida por meio da qual o Estado vai garantir o respeito imediato de sua obrigação internacional de prevenção, uma vez que a determinação do conteúdo específico desta obrigação e sua implementação depende de obrigações subsidiárias e complementares que só podem ser definidas no contexto legal doméstico do Estado¹⁵⁵.

A obrigação de prevenção significa, necessariamente, a tomada de medidas internas pelos Estados para evitar a ocorrência de um dano. Por esse motivo, é preciso que os Estados tenham controle jurídico sobre as atividades realizadas em seu território, devendo exprimir suas funções governamentais. Para exercer esse controle, as medidas tomadas devem inicialmente ser de regulação interna, impondo um dever de legislar¹⁵⁶.

Desse modo, pode ser considerado como elemento da obrigação de prevenção a adoção de medidas legislativas internas, de modo que se o Estado não legislar ou legislar de forma a prejudicar suas obrigações internacionais, ele estará violando, também, sua obrigação de prevenir. Nesse cenário, o Estado passa a ser passível de ser responsabilizado pelos atos de empresas privadas que causarem um dano transfronteiriço.

Entretanto, a legislação adotada pelo Estado deve seguir um padrão mínimo internacional para ser considerada suficiente para prevenir um dano transfronteiriço. Nesse sentido, o Tribunal Internacional do Direito do Mar concluiu, na sua Opinião Consultiva sobre a Responsabilidade e Obrigações dos Estados já mencionada, que essas normas internas dos Estados não podem ser menos rigorosas ou menos eficazes do que as regras, regulamentos e normas internacionais¹⁵⁷.

No mesmo sentido, a CIJ, no caso das Usinas de Celulose, analisou a obrigação das partes de adotarem normas e medidas apropriadas nos seus sistemas legais internos para garantir o cumprimento do Estatuto do Rio Uruguai, notadamente a obrigação de “proteger e preservar o meio ambiente aquático e, em particular, evitar sua poluição”. A Corte entendeu, na ocasião,

¹⁵⁴Art. 2º da Convenção de Viena sobre a Proteção da Camada de Ozônio de 1985 e Art. 2º, parágrafo 2 da Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental em Contexto Transfronteiriço.

¹⁵⁵ROMANO, C. P. *L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles*. **Martinus Nijhoff Publishers, The Hague**, p. 387-393, 2001.

¹⁵⁶XUE, Hanqin. **Transboundary damage in international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

¹⁵⁷TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. Responsabilidade e Obrigações dos Estados, Patrocinadores e Entidades relativas a atividades na Área. Opinião Consultiva. 1 de fevereiro de 2011, p. 75. par. 272

que essa obrigação de legislar tem também que respeitar os acordos internacionais aplicáveis e as diretrizes e recomendações de organismos técnicos internacionais¹⁵⁸.

Esse dever de respeito aos padrões internacionais mínimos traçados sobre determinada matéria evita que os Estados estabeleçam um limiar muito baixo de diligência ao traduzir sua obrigação de prevenção para seu sistema legal doméstico.

Nesse contexto, no âmbito das obrigações das empresas e dos Estados no exercício de suas atividades é importante salientar a existência de *standards* mínimos de comportamento que, apesar de muitas vezes integrarem o escopo da *soft law*, são também relevantes para definir o padrão mínimo que deve ser utilizado pelos estados ao tomar medidas legislativas e de regulação interna.

Esses *standards* consistem em instrumentos internacionais que procuram condensar os deveres mínimos de respeito aos direitos humanos que devem ser respeitados pelos Estados e pelas empresas, notadamente multinacionais, no exercício de suas atividades. O objetivo desses parâmetros é minimizar os impactos deletérios da atividade corporativa sobre os direitos humanos, uma vez que os mecanismos tradicionais e nacionais de controle mostram-se, muitas vezes, incapazes de conter os danos que essa atividade tem o potencial de gerar¹⁵⁹.

Os Princípios orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas trazem diversas diretrizes aos Estados e às Empresas, incluindo dever de devida diligência, para o respeito aos Direitos Humanos nas relações das empresas com os Estados e todos os *stakeholders*¹⁶⁰. Esses princípios devem ser levados em consideração pelo Estado no exercício do seu poder de legislar.

Os princípios têm o objetivo, justamente, de garantir um comportamento diligente dos Estados e das empresas no que tange aos Direitos Humanos e podem nortear o Estado na elaboração de normas de qualquer natureza, seja penal, tributária, civil ou ambiental.

¹⁵⁸CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. I.C.J. 2010, par. 195-197. Disponível em: www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹⁵⁹KINLEY, David; NOLAN, Justine; ZERIAL, Natalie. The politics of corporate social responsibility: reflections on the United Nations human rights norms for corporations. *Company and Securities Law Journal*, [S.l.], v. 25, n. 1, p. 30-42, 2007.

¹⁶⁰ONU. **Princípios orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos**. Genebra: Publicação da ONU, 2011. p.17.

Ademais, as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais estabelecem princípios e padrões de boas práticas para empresa e Estados em respeito aos Direitos Humanos, desenvolvimento social e econômico e preservação do meio ambiente.¹⁶¹

A incorporação dessas diretrizes nas legislações nacionais traria o elemento vinculante que lhes falta, sendo uma eficaz medida para garantir o cumprimento da obrigação de prevenção do Estado e afastar a sua responsabilização por eventual dano causado por empresas. Além disso, garante que o Estado traga para sua legislação interna as diretrizes traçadas por esses órgãos em matéria de devida diligência na atividade corporativa e estatal, garantindo uma legislação interna adequada a esses princípios.

A inclusão de certo parâmetro mínimo de respeito aos direitos humanos já é uma realidade em alguns acordos de investimentos, trazendo deveres aos investidores na sua atuação nos Estados. Nesse sentido, recomendações para que os Estados encorajem as empresas a adotarem práticas de responsabilidade social corporativa, notadamente quanto ao respeito aos direitos humanos, aos direitos trabalhistas, ao meio ambiente, à comunidade local e a adoção de práticas de anticorrupção aparecem no texto de tratados de investimentos, demonstrando a introdução desses *standards* em outros instrumentos internacionais¹⁶².

Alguns acordos de investimentos trazem obrigações direcionadas diretamente às empresas, estabelecendo deveres aos investidores de agirem com responsabilidade social na sua atividade corporativa. Este é o caso, por exemplo, dos Acordos de Cooperação e de Facilitação dos Investimentos do Brasil¹⁶³, que enumeram de maneira detalhada os deveres dos investidores relacionados a sua atividade, estabelecendo uma série de práticas socialmente responsáveis a serem tomadas pelas empresas.

Nesse sentido, retomando o fato de que a legislação interna do Estado tem que respeitar certos padrões internacionais mínimos, outro parâmetro que é utilizado para conduzir os Estados no exercício de seu dever de legislar é o recurso às melhores técnicas disponíveis. A referência a esses recursos é muitas vezes trazida de maneira geral em convenções

¹⁶¹ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. OECD Guidelines for Multinational Enterprises. **OECD Publishing**, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Acesso em: 26 set. 2019.

¹⁶²MONEBHURRUN, Nitish. Mapping the duties of private companies in international investment law. **Braz. J. Int'l L.**, v. 14, p. 50, 2017.

¹⁶³MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in International Investment Law: the Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a different international investment agreement model. **Journal Of International Dispute Settlement**, [S.l.], p.79-100, 13 jan. 2016.

internacionais para garantir que os Estados respeitem padrões internacionais mínimos quanto à obrigação em questão¹⁶⁴.

O recurso às melhores técnicas disponíveis (*best available technologies*), portanto, é utilizado para impedir que os Estados adotem medidas legislativas menos rígidas mesmo tendo plena capacidade para implementar medidas mais rigorosas em relação a atividades que podem gerar danos transfronteiriços exercidas em seu território¹⁶⁵.

Isso significa que o Estado deve sempre atualizar seus marcos legais para estar sempre condizente com a melhor tecnologia possível de ser aplicada dentro das suas capacidades. Isso impõe ao Estado a necessidade de verificar se a medida que está sendo tomada por ele é, de fato, suficiente e necessária para prevenir a ocorrência de um dano, pois se evidenciado que existiam outras práticas mais atualizadas que o Estado tinha plena capacidade de ter adotado, ele poderá, mesmo tendo tomado certa medida, ser responsabilizado pelo dano, pela falha em preveni-lo.

Nesse sentido, o Tratado Bilateral de Investimento firmado entre o Marrocos e a Nigéria em 2016 é um exemplo de instrumento que faz referência ao recurso às melhores técnicas disponíveis para garantir a atuação diligente dos investidores. Esse tratado estabeleceu que os investidores e seus investimentos devem se esforçar para fazer o máximo possível de contribuições para o desenvolvimento sustentável do Estado Anfitrião e da comunidade local por meio de altos níveis de práticas socialmente responsáveis¹⁶⁶.

Ademais, o acordo estabelece que onde os padrões de responsabilidade social corporativa aumentam, os investidores devem esforçar-se para aplicar e alcançar o mais alto nível desses *standards*¹⁶⁷.

Assim, no tratado entre o Marrocos e a Nigéria, foi traçada necessidade de aplicação da melhor prática possível para contribuir com o desenvolvimento sustentável do Estado. A utilização desse recurso no dispositivo legal tem o papel de impor ao investidor um melhoramento contínuo das suas práticas socialmente responsáveis, uma vez que o que é

¹⁶⁴ROMANO, C. P. L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles. **Martinus Nijhoff Publishers**, The Hague, p. 392, 2001.

¹⁶⁵BORGES, Leonardo Estrela. As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado).p. 141.

¹⁶⁶TRATADO Bilateral de Investimentos entre Marrocos e Nigéria. 12 mar. 2016. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download> Acesso em: 17 nov. 2019.

¹⁶⁷TRATADO Bilateral de Investimentos entre Marrocos e Nigéria. 12 mar. 2016. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download> Acesso em: 17 nov. 2019.

considerado alto nível pode mudar com o tempo, além de limitá-lo a atuar na melhor de suas capacidades.

Desse modo, ao tomar medidas legislativas para garantir o cumprimento de sua obrigação de prevenção os Estados devem implantar o mais alto nível disponível, dentro de suas capacidades técnicas e econômicas, de normas, processos, métodos e equipamentos para evitar, de maneira adequada, a ocorrência de um dano¹⁶⁸.

A obrigação do Estado de tomar medidas de regulação interna para cumprir seu dever de prevenção também foi reconhecida pela Comissão Africana no caso Centro de Ação em Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais vs. Nigéria, julgado em 2002¹⁶⁹.

No caso em apreço, os demandantes alegaram, em suma, que a Companhia Nacional do Petróleo da Nigéria e a *Shell Petroleum Development Corporation* estavam depositando resíduos tóxicos no meio ambiente local e nos cursos de água em Ogoniland, na Nigéria, sem instalar as estruturas necessárias para impedir que os resíduos se espalhem pelas aldeias.

Como resultado, a contaminação da água e do solo trouxe sérios problemas de saúde a curto e longo prazo, como infecções de pele, complicações gastrointestinais e reprodutivas. As comunidades da região não foram consultadas nas decisões que afetaram o desenvolvimento de suas terras nem se beneficiaram materialmente da exploração de petróleo.

Diante disso, a Comissão Africana constatou que o governo nigeriano violou os direitos da população local de dispor livremente de riqueza e recursos naturais, direitos à saúde, a um ambiente satisfatório, ao abrigo, à moradia, à alimentação e à vida, em relação a seus próprios atos e omissões e àqueles das companhias de petróleo. A Comissão constatou, ainda, que o governo havia violado seu dever de proteger as pessoas de atos prejudiciais das companhias de petróleo ao não controlar e regular as atividades dessas empresas e permitir que negassem ou violassem esses direitos com impunidade.

A Comissão Africana então concluiu que os governos têm o dever de proteger seus cidadãos, não apenas através de legislação apropriada e aplicação efetiva, mas também protegendo-os de atos prejudiciais que podem ser perpetrados por particulares.

¹⁶⁸BORGES, Leonardo Estrela. As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado).p. 142.

¹⁶⁹COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Centro de Ação em Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais vs. Nigéria (Comunicação nº 155/96). 27 maio 2002.

A tomada de medidas legislativas que regulassem a atividade dessas empresas dentro do território nigeriano, portanto, poderiam ter evitado a ocorrência dos danos ou, de qualquer forma, ter demonstrado uma ação positiva do Estado para impedir a sua ocorrência.

Evidentemente, as leis e os regulamentos podem não ser suficientes, por si só, para prevenir a ocorrência de um dano transfronteiriço e para cumprir a obrigação de prevenção do Estado. Medidas administrativas também devem ser tomadas para garantir o cumprimento dos regulamentos internos e evitar a ocorrência de danos, afastando a responsabilidade estatal.

3.2.2 A adoção de medidas administrativas como meio de afastar a responsabilização

As medidas administrativas a serem adotadas pelos Estados têm o intuito de colocar em execução as leis e os regulamentos criados internamente que visam prevenir a ocorrência de danos transfronteiriços.

A atividade administrativa dos Estados passa a ter uma faceta internacional quando pode gerar consequências além da jurisdição de um Estado e atingir outros. É esta perspectiva transfronteiriça que permite ao direito internacional estabelecer obrigações aos Estados que seriam decorrentes de seus assuntos domésticos e organização interna, sem desrespeitar o princípio da não intervenção¹⁷⁰.

A necessidade de adoção de medidas administrativas de prevenção de danos transfronteiriços também foi citada pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar, como acima já mencionado, na Opinião Consultiva sobre a Responsabilidade e Obrigações dos Estados que patrocinam Pessoas e Entidades no quadro de atividades desenvolvidas na Área.

O TIDM concluiu que, além de adotar leis e regulamentos, o Estado também deve tomar medidas administrativas¹⁷¹. Nesse sentido, é necessário que as atividades desenvolvidas pela empresa sejam objeto de um licenciamento prévio do Estado para que possa iniciar sua operação (3.2.2.1), bem como um estudo de impacto ambiental, para que o Estado possa avaliar os reais impactos da atividade em questão (3.2.2.2).

Essas medidas administrativas são tipicamente adotadas no contexto do Direito Internacional Ambiental para autorizar e avaliar o impacto de determinada atividade no meio ambiente. É bem verdade que o contexto proposto por este trabalho não se limita à análise da

¹⁷⁰JAMNEJAD, Maziar; WOOD, Michael. The principle of non-intervention. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 22, n. 2, p. 345-381, 2009.

¹⁷¹TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. Responsabilidade e Obrigações dos Estados, Patrocinadores e Entidades relativas a atividades na Área. Opinião Consultiva. 1 de fevereiro de 2011, p. 63. par. 218

responsabilização dos Estados por atos de empresas que causem danos ambientais somente, mas sim qualquer dano decorrente de um ato ou omissão da empresa.

Entretanto, o Direito Internacional Ambiental traz de maneira mais completa e estabelecida as medidas administrativas que refletem uma atuação diligente dos Estados quanto à atuação de empresas, servindo como espelho possível de ser reproduzido também para outras atividades.

Assim, as medidas administrativas de licenciamento prévio e estudo de impacto ambiental, apesar de exemplificativas, quando realizadas, tornam-se prova de que o Estado agiu com diligência e cumpriu sua obrigação de prevenção.

3.2.2.1 A adoção da medida administrativa de licenciamento prévio para efetivar a aplicação da obrigação de prevenção

A medida administrativa de licenciamento prévio é de suma importância para a efetivação da obrigação de diligência do Estado. É por meio da permissão da atividade que o Estado pode exercer, antes do seu início, sua obrigação de prevenir a ocorrência de um dano e, assim, demonstrar que agiu com diligência, afastando sua responsabilização.

Essa autorização tem o poder de impedir certas atividades que podem ser danosas para o Estado e para estados vizinhos. Considerando que o Estado tem o dever costumeiro de não permitir que atividades sejam realizadas em seu território que causem danos ao território de outro Estado¹⁷², o licenciamento prévio passa a compor a obrigação de prevenção, sendo medida administrativa apta a demonstrar que determinado Estado agiu com diligência.

O licenciamento prévio consiste numa autorização anterior ao início de uma atividade concedida pelo Estado ao ente não estatal para que possa exercê-la. Assim como na medida legislativa de prevenção, a definição e a maneira que será feito o licenciamento prévio deve ser elaborada por cada Estado, no âmbito de suas capacidades e em consonância com os parâmetros internacionais vigentes.

Nesse sentido, destaca-se a definição dada pelo Brasil, por meio da Resolução CONAMA 237/97, que define, em seu art. 1º, I, licenciamento ambiental como sendo o

[...] procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos, e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva e potencialmente poluidoras ou daqueles que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental,

¹⁷²CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo ao Canal do Corfu (Reino Unido x Albânia). Julgamento. C.I.J. 1949, p. 22. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2019.

considerando as disposições legais e regulamentares e as normas aplicáveis ao caso¹⁷³.

A Comissão de Direito Internacional, em seu Projetos de Artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas, declarou expressamente que a autorização prévia do Estado é elemento essencial para o cumprimento do dever de prevenção¹⁷⁴. A CDI, nos comentários ao artigo 6º, deixou claro que a autorização prévia é exigida do Estado para as atividades que podem gerar um dano transfronteiriço, sendo considerada um princípio fundamental.

Para a Comissão, a referida autorização significa a concessão de permissão, pelas autoridades governamentais, para realizar uma atividade considerada suscetível de causar dano transfronteiriço, de modo que os Estados são livres para escolher a forma que essa autorização se dará¹⁷⁵.

O Projeto de Artigos estabelece, ainda, que mesmo as atividades já em execução devem ser objeto de autorização e também deve ser realizado o licenciamento se tiver ocorrido uma alteração substancial posterior que possa aumentar ou alterar a natureza do risco¹⁷⁶.

Deve-se salientar, entretanto, que tal licença prévia não é estática, sendo passível que se empresa passe a não mais cumprir determinada exigência é possível sua revogação e, além disso, ela deve estar sempre atualizada para manter-se efetiva ao longo dos anos¹⁷⁷.

Assim, a o licenciamento prévio da atividade de uma empresa representa uma forte evidência de que o Estado é diligente e cumpre, na esfera administrativa, sua obrigação de prevenção. A atividade, se licenciada de maneira correta, material e formalmente, representa uma maneira a afastar uma possível responsabilização do Estado por uma dano transfronteiriço causado por ela.

¹⁷³BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução CONAMA n° 237, de 19 de dezembro de 1997.** Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/CONAMA%20237_191297.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁷⁴COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001 (Artigo 6º).

¹⁷⁵COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001 (Comentário 1 ao Artigo 6º).

¹⁷⁶COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001 (Comentário 1 ao Artigo 6º).

¹⁷⁷FERRAZ, Fernando Basto; FELIPE, Tiago José Soares. Análise comparativa entre avaliação e estudo de impacto ambiental. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 32, n. 2, 2012.

Isso porque um licenciamento prévio à atividade permite ao Estado avaliar o plano de implementação da atividade e medir, dentro de critérios pré-estabelecidos, a maneira que ela deve ser exercida para minimizar a possibilidade de ocorrência de um dano transfronteiriço.

Além do licenciamento prévio, que autoriza previamente a atividade, o estudo de impacto também é necessário para avaliar as consequências da atividade da empresa, sendo outra medida administrativa que, em conjunto com o licenciamento prévio, pode afastar a responsabilização estatal.

3.2.2.2 A adoção da medida administrativa de estudo de impacto ambiental para efetivar a aplicação da obrigação de prevenção

Assim como o licenciamento prévio, o estudo de impacto ambiental (EIA) é uma medida administrativa que compõe a obrigação de prevenção do Estado, por estar intimamente ligada com o controle do Estado sobre as atividades realizadas por entes não estatais em seu território.

Não obstante estar relacionado ao Direito Internacional Ambiental, o estudo de impacto deve ser considerado como uma medida essencial para demonstrar que o Estado agiu com diligência mesmo diante da ocorrência de um dano causado por uma empresa. Avaliar os impactos de uma atividade realizada por terceiro é uma forte evidência de uma atuação transparente e diligente do Estado, podendo afastar sua responsabilização.

O estudo de impacto ambiental (EIA) é definido como um processo sistemático que examina as consequências ambientais de ações em desenvolvimento, com antecedência, tendo como ênfase a prevenção¹⁷⁸.

O EIA exige, entre outros, a publicação de um relatório descrevendo os prováveis impactos significativos em detalhes, que deve contemplar consulta e a participação pública. O EIA é, portanto, uma ferramenta antecipada e participativa de gestão ambiental¹⁷⁹. Esse estudo é considerado a maneira mais efetiva para a aplicação da obrigação de prevenção, uma vez que a prevenção de um dano requer que se conheça detalhadamente a atividade¹⁸⁰.

A Corte Internacional de Justiça, no Caso das Usinas de Celulose no Rio Uruguai, conclui que, para que seja provado que as partes agiram com diligência, elas devem ter conduzido um estudo de impacto ambiental. Além disso, a Corte afirmou que o dever de

¹⁷⁸ CANTER, Larry W.; WOOD, Christopher. **Environmental impact assessment**. 1996.

¹⁷⁹ JAY, Stephen et al. Environmental impact assessment: Retrospect and prospect. **Environmental Impact Assessment Review**, [S.l.], v. 27, n. 4, p.287-300, maio 2007.

¹⁸⁰ BORGES, Leonardo Estrela. **As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado). p. 168.

conduzir um EIA está caminhando para tornar-se parte do direito internacional consuetudinário, devido a sua ampla aplicação pelos Estados¹⁸¹.

Este dever de conduzir um estudo de impacto ambiental encontra-se presente, entretanto, quando há um risco de que a atividade proposta tenha um impacto significativo num contexto transfronteiriço, em particular, em um recurso compartilhado. Por isso, a Corte conclui que a obrigação de prevenção não pode ser considerada cumprida se o Estado não realizou uma avaliação de impacto ambiental sobre o potencial efeitos da atividade a ser exercida¹⁸².

O Tribunal Internacional do Direito do Mar, por sua vez, entendeu que a obrigação de conduzir um estudo de impacto ambiental não é apenas uma obrigação prevista na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, mas também um costume internacional¹⁸³.

Quanto ao escopo do EIA, a CIJ entendeu que cabe a cada Estado determinar na sua legislação doméstica ou no processo de autorização do projeto, as especificidades do conteúdo do estudo de impacto ambiental exigida em cada caso, levando em conta a natureza e magnitude do desenvolvimento proposto e seu provável impacto adverso ao meio ambiente, bem como a necessidade de exercer a devida diligência na condução do estudo. A Corte considerou também que o estudo deve ser realizado antes da implementação do projeto¹⁸⁴.

Mais recentemente, em 2015, a Corte Internacional de Justiça julgou o Caso Construção de uma estrada na Costa Rica ao longo do rio San Juan, entre a Nicarágua e a Costa Rica. Neste caso, a Corte reafirmou que, para cumprir sua obrigação de prevenção, o Estado deve, antes de embarcar em uma atividade com potencial de afetar adversamente o ambiente de outro Estado, avaliar se há a possibilidade de causar um dano transfronteiriço significativo, o que levaria a uma obrigação de realizar o estudo de impacto ambiental¹⁸⁵.

A Comissão de Direito Internacional, no Projeto de Artigos sobre a prevenção, também estabeleceu a necessidade de uma avaliação do risco da atividade para qualquer permissão dada

181CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. I.C.J. 2010, par. 204. Disponível em: www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

182CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. I.C.J. 2010, par. 204. Disponível em: www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

183TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. Responsabilidade e Obrigações dos Estados, Patrocinadores e Entidades relativas a atividades na Área. Opinião Consultiva. 1 de fevereiro de 2011, p. 63. par. 145.

184CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. I.C.J. 2010, par. 205. Disponível em: www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

185CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Construção de uma estrada na Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua x Costa Rica). Julgamento. I.C.J. 2015, par.104. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/152/152-20151216-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

pelo Estado no que tange a atividades que possam gerar um dano transfronteiriço, incluindo um estudo de impacto ambiental¹⁸⁶.

Portanto, resta provado que o estudo de impacto ambiental é uma medida necessária para comprovar que a obrigação de prevenção do Estado foi cumprida. Assim, mesmo com a ocorrência de um dano transfronteiriço, se for comprovada, entre outras medidas, a realização do EIA, o Estado poderá se eximir da responsabilização por esse ato, uma vez que esta obrigação é de conduta e não de resultado.

Diante do exposto, é possível concluir que as medidas administrativas, juntamente com as medidas legislativas tomadas pelo Estado, tem o potencial de não só prevenir a ocorrência de danos, mas de atuar como uma grande evidência da atuação diligente do Estado para com as atividades realizadas por empresas em seu território.

Ocorre que atividades que têm o potencial de causar danos a outros Estados não podem se limitar apenas a tomada de medidas de forma unilateral por um Estado, elas exigem a cooperação entre todos os envolvidos para não só notificar sobre sua ocorrência, mas também consultar os outros países a respeito de efeitos.

3.2.3 A adoção de medidas de cooperação como meios de afastar a responsabilização

Além da tomada de medidas legislativas e administrativas, é necessário que o Estado adote medidas de cooperação para cumprir sua obrigação de prevenção e, conseqüentemente, afastar sua responsabilização.

A obrigação de cooperação em boa-fé foi considerada pela CIJ, no caso das Usinas de Celulose, como sendo um elemento essencial para o cumprimento da obrigação de devida diligência do Estado¹⁸⁷. Isso porque a perspectiva transfronteiriça da atividade realizada em um Estado torna necessária a cooperação internacional entre este e o outro Estado possivelmente afetado.

¹⁸⁶COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001.(Artigo 7°).

¹⁸⁷CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. I.C.J. 2010, par. 102. Disponível em: www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

No Caso Relativo ao Projeto *Gabcikovo-Nagymaros*, entre a Hungria e a Eslováquia, julgado em 1997, a Corte já reconheceu que somente pela cooperação entre os Estados que os problemas relativos à proteção ambiental poderão ser resolvidos¹⁸⁸.

No Projeto de Artigos sobre prevenção, a Comissão de Direito Internacional também compreendeu que os Estados devem cooperar de boa-fé e, conforme necessário, procurar a assistência de organizações internacionais competentes na prevenção de danos transfronteiriços significativos ou, em qualquer caso, na minimização do risco dos mesmos¹⁸⁹. Para a CDI, a cooperação entre os Estados envolvidos deve estar presente em todas as fases de planejamento e implementação da atividade.

Aqui, faz-se necessário que o Estado aja como mediador entre a empresa que realiza a atividade dentro do seu território e o Estado vizinho possivelmente afetado. Esse papel de mediador, cooperando com os Estados vizinhos, representa uma evidência de que o Estado, mesmo não sendo o ator da atividade, agiu com a diligência no decorrer do processo, cumprindo sua obrigação de prevenção.

Mais especificamente, a medida de cooperação é concretizada por uma obrigação de notificar o outro Estado da atividade a ser realizada (3.2.3.1) e de consultá-lo nesse sentido (3.2.3.2)¹⁹⁰.

3.2.3.1 A notificação como medida de cooperação para efetivar a aplicação da obrigação de prevenção

A notificação é uma medida específica de cooperação que consiste numa ação unilateral do Estado que pretende informar uma situação, um fato ou um ato a outro Estado¹⁹¹. Assim, a notificação marca o início na cooperação internacional para prevenir a um dano transfronteiriço.

A notificação é uma consequência lógica do estudo de impacto ambiental realizado pelo Estado, pois o estudo vai apontar todos os riscos que a atividade pode ocasionar e os países

¹⁸⁸CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo ao Projeto Gabcikovo-Nagymaros (Hungria x Eslováquia). Julgamento. I.C.J, 1997, par.17. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

¹⁸⁹COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001.(Artigo 4º).

¹⁹⁰BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence; SANGBANA, Komlan. Principle 19: notification and consultation on activities with transboundary impact. *In: VIÑUALES, Jorge E. The Rio Declaration on Environment and Development: a commentary*. Oxford : Oxford University Press, 2015. p. 493-507.

¹⁹¹BORGES, Leonardo Estrela. **As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado). p. 196.

envolvidos, de modo que o Estado, ciente dessas informações, tem o dever de comunicá-las, sendo um elemento de sua atuação diligente.

Aqui também é válido salientar que, não obstante a notificação estar mais intimamente ligada à diligência ambiental, a qual não reflete por inteiro o objeto deste trabalho, ela é utilizada como ilustração da atuação diligente do Estado que pode fazer cumprir sua obrigação costumeira de prevenção. Assim, mais uma vez, aqui a referência ao Direito Internacional Ambiental serve como laboratório para a demonstração das medidas de cooperação que podem ser utilizadas pelo Estado para afastar sua responsabilização.

Ressalta-se que a obrigação de notificar do Estado é devida não só antes de iniciar uma atividade capaz de causar um dano transfronteiriço, mas também quando a atividade já está em operação mas ocorre uma situação de urgência de risco iminente de dano ou de um dano já ocorrido¹⁹².

A Comissão de Direito Internacional, no Projeto de Artigos sobre prevenção considerou que a obrigação de notificação ocorre quando a avaliação de risco realizada pelo Estado apontar que há risco de dano transfronteiriço. Nesse caso, o Estado deve fornecer ao Estado provável de ser afetado notificação oportuna do risco e da avaliação realizada, transmitindo as informações técnicas disponíveis¹⁹³.

A CDI especifica, ainda, que esta obrigação de notificação da atividade inclui não só as que são planejadas pelo Estado, mas também as planejadas por entidades privadas¹⁹⁴. Assim, o requisito de notificação é uma parte indispensável de qualquer sistema projetado para evitar danos transfronteiriços.

A Corte Internacional de Justiça, no caso do Canal do Corfu, reconheceu que a Albânia tinha o dever, em conformidade com os princípios gerais do direito internacional e com as regras de humanidade, de divulgar a existência de um campo de minas em suas águas territoriais e de notificar os navios de guerra britânicos do perigo iminente ao qual estavam expostos¹⁹⁵.

¹⁹²BORGES, Leonardo Estrela. **As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado). p. 197.

¹⁹³COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001.(Artigo 8º).

¹⁹⁴COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001 (Comentário 2 ao Artigo 8º).

¹⁹⁵CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo ao Canal do Corfu (Reino Unido x Albânia). Julgamento. C.I.J. 1949, p. 10 e 22. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2019.

Mais recentemente, no caso das Usinas de Celulose, a Corte estabeleceu que a obrigação de notificar é destinada a criar as condições de uma frutífera cooperação entre as partes, permitindo-lhes, com fundamento em informações as mais completas possíveis, avaliar o impacto do projeto no rio Uruguai. Portanto, concluiu a Corte, a obrigação de notificação é essencial no processo que deve conduzir as partes a trabalhar em conjunto para avaliar os riscos do projeto e negociar eventuais modificações capazes de eliminar tais riscos¹⁹⁶.

Diante disso, resta comprovado, tanto pela jurisprudência internacional quanto pelo direito convencional, que os Estados têm a obrigação de trocar informações com outros países interessados no momento em que tiverem razões suficientes para acreditar que uma atividade em seu território comporta um risco de causar um dano transfronteiriço significativo¹⁹⁷.

Portanto, no que tange a atividades exercidas por empresas privadas, o Estado tem que não só tomar as medidas legislativas e administrativas, mas também notificar os Estados vizinhos que dessa atividade, agindo com diligência para cumprir sua obrigação de prevenção e evitar uma possível responsabilização na ocorrência de um dano.

Além de notificar, o Estado deve consultar o Estado interessado, de modo a efetivamente cooperar e cumprir sua obrigação de prevenir.

3.2.3.2 A consulta como medida de cooperação para efetivar a aplicação da obrigação de prevenção

A obrigação de consulta decorre da obrigação de notificação, sendo o próximo passo a ser tomado pelo Estado, e também configura medida essencial para que seja realizada a cooperação e o cumprimento da obrigação de prevenção.

A Comissão de Direito Internacional, também no Projeto de Artigos sobre prevenção, determinou a obrigação de consulta entre os Estado visa alcançar soluções aceitáveis em relação a medidas a serem adotadas a fim de evitar danos transfronteiriços significativos¹⁹⁸.

A Comissão estabelece que a solução encontrada deve refletir um equilíbrio de interesses. De um lado o interesse de desenvolvimento econômico envolvido na atividade em

¹⁹⁶CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai). Julgamento. I.C.J. 2010, par. 113. Disponível em: www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹⁹⁷BORGES, Leonardo Estrela. **As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado). p. 200.

¹⁹⁸COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001 (Artigo 9º).

questão e por outro lado o interesse de prevenir que qualquer dano ocorra em seu território. Para isso, ela elenca fatores de devem ser levados em consideração para o balanceamento dos interesses, levando em consideração todas as circunstâncias e fatores relevantes, sem, contudo, conceder ao Estado que se consulta o poder de vetar a atividade¹⁹⁹.

Assim, a consulta deve objetivar efetivamente a troca de considerações entre os Estados e a busca de um equilíbrio entre as vontades, não apenas uma mera formalidade a ser cumprida pelos Estado para cumprir a obrigação de cooperar²⁰⁰.

A consulta, portanto, consiste na negociação entre os Estados envolvidos para chegar a um equilíbrio entre suas vontades, devendo se considerar o ponto de vista do outro Estado, sem, contudo, permitir que este possa vetar completamente a atividade²⁰¹.

Portanto, a consulta é uma ferramenta necessária para que um Estado possa efetivamente cooperar com os Estados vizinhos, não só notificando-os de determinada atividade, mas também consultando e negociando para chegar nas soluções mais adequadas à prevenção da ocorrência de um dano.

A consulta, justamente devido a sua importância, é adotada, de maneira expressa ou implícita, em todos o tratados internacionais de Direito Internacional Ambiental dentro do regime de cooperação para prevenir danos transfronteiriços²⁰². Como já mencionado anteriormente, o Direito Internacional Ambiental pode funcionar como um modelo de sistema consolidado de cumprimento da obrigação de prevenção, motivo pelo qual merece menção neste trabalho a fim de traçar as medidas que o Estado deve tomar para cumprir sua obrigação de prevenção.

Uma vez comprovado que o Estado notificou e consultou os outros Estados possivelmente afetados pela atividade que será realizada em seu território pela empresa privada, pode-se considerar que ele cooperou de boa-fé e, portanto, agiu com diligência. Assim, no caso de eventual dano transfronteiriço, o Estado pode escapar de sua responsabilização, apresentando sua cooperação como uma evidência de que cumpriu sua obrigação costumeira de prevenção.

¹⁹⁹COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre Prevenção de Danos Transfronteiriços resultantes de Atividades Perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001 (Artigo 10).

²⁰⁰BORGES, Leonardo Estrela. **As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado). p. 210.

²⁰¹UTTON, Albert E. International Environmental Law and Consultation Mechanisms. **Colum. J. Transnat'l L.**, Nova Iorque, v. 12, p. 56, 1973.

²⁰²BORGES, Leonardo Estrela. **As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado). p. 207.

4 CONCLUSÃO

Esse trabalho buscou identificar o escopo do Direito Internacional Público no que tange à responsabilidade estatal por atos de agentes privado, notadamente, empresas. A responsabilidade do Estado nesta perspectiva torna-se atual e relevante visto que as atividades de empresas podem causar danos a Estados, e a possibilidade de um ato da empresa descumprir obrigações internacionais de um Estado e causar dano a outro enseja a reflexão da capacidade da Corte Internacional de Justiça para julgar eventual litígio decorrente deste dano, mesmo a Corte estando limitada a apenas julgar Estados.

Nesse sentido, a aplicação do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) como teoria geral da responsabilidade internacional dos Estados, notadamente os artigos 4, 5 e 8, juntamente a obrigação costumeira de prevenção de danos transfronteiriços, permitem traçar a argumentação que justificaria a responsabilização estatal por atos de empresas privadas.

Não obstante a responsabilização direta das empresas nesses casos ser base de grandes discussões a nível de Nações Unidas, onde articula-se um tratado de responsabilização de empresas por danos aos Direitos Humanos, a responsabilização do Estado pelos atos de empresas ainda faz-se relevante ²⁰³.

Isso porque a edificação de um documento vinculante que dispõe sobre os deveres das empresas de devida diligência em Direito Humanos encontra diversas dificuldades no plano prático e continua a se estender nos anos. Assim, a busca de alternativas em instrumentos já existentes e consolidados para impulsionar a atuação diligente do Estado e das empresas pode ser uma saída neste meio tempo. Nesse contexto, a responsabilização perante a Corte Internacional de Justiça é aqui apresentada não como uma solução para esta problemática, mas como uma alternativa.

A possibilidade de responsabilização por serem os atos de agentes privados atribuíveis ao Estado, impede, de certo modo, a impunidade e a fraude, impedindo que os Estados mascarem-se de empresas, mantendo atividade corporativa, mas também agindo em seu nome na prática de atos ilícitos.

Como desenvolvido neste trabalho, esta extensão da responsabilidade deve ser excepcional, mas revela-se plenamente possível e aplicável. Assim, considerar um ato de uma

²⁰³BILCHITZ, David. O marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direitos humanos das empresas. *Sur*, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 209-241, 2010.

empresa como um ato do Estado, ensejando sua responsabilidade, é tarefa que só pode ser plenamente teorizada se aplicada ao caso concreto.

Ademais, a possibilidade de responsabilização do Estado pela falha em prevenir a ocorrência de um dano realizado por uma empresa decorrente da obrigação costumeira de prevenção estimula os Estados a agirem com diligência, uma vez que podem ser responsabilizados se não conseguirem provar que tomaram medidas de prevenção.

Essas possibilidades de responsabilização do Estado, portanto, têm um impacto na atuação estatal diante das atividades corporativas desenvolvidas dentro de seu território. A compreensão de que o dano causado por uma empresa privada pode acarretar a responsabilização do Estado no âmbito internacional impõe certa pressão para que ele tome medidas de regulação interna, administrativas e de cooperação.

Com isso, a atividade empresarial poderá ser mais monitorada pelos Estados, impondo uma atuação diligente da própria empresa para evitar a ocorrência de danos e para agir de maneira a respeitar os direitos humanos e normas ambientais. Isso minimizaria os efeitos da atividade corporativa, que vêm se mostrando muito danosos, com envolvimento de empresas de escândalos de corrupção, desastres ambientais e mazelas sociais.

A responsabilização de Estados por atos de empresas perante a Corte Internacional de Justiça representa, portanto, uma adaptação ao contexto atual de grande influência das empresas sobre a atividade estatal e vice-versa.

Além disso, a responsabilização direta da empresa encontra dificuldades quando praticada por grandes grupos empresariais. Não raramente a responsabilização da empresa é perdida na cadeia de filiais, onde a empresa mãe declara-se incompetente quanto a atos de outras empresas de sua mesma cadeia²⁰⁴.

Essa dificuldade não é encontrada na responsabilização estatal, uma vez que se provado que o ato da empresa é atribuível ao Estado ou decorre de uma falha deste em prevenir a ocorrência do dano o Estado pode ser responsabilizado. A responsabilização estatal, entretanto, esbarra em outras dificuldades práticas.

Nesse sentido, a responsabilização dos Estados por atos de empresas privadas perante a Corte Internacional de Justiça é possível, teoricamente. Além disso, se provada, seria extremamente relevante para garantir uma atuação diligente do Estado e impedir que ele cometa atos internacionalmente ilícitos coberto pelo véu corporativo, combatendo a impunidade.

²⁰⁴MONEBHURUN, Nitish. Mapping the duties of private companies in international investment law. *Braz. J. Int'l L.*, v. 14, p. 50, 2017.

Entretanto, é preciso admitir que a responsabilização estatal pelos canais demonstrados neste trabalho tem limitações práticas que precisam ser consideradas, notadamente quanto a dificuldade de provar a atribuição dos atos da empresa ao Estado, seja pelo alto limiar de atribuição adotado pela Corte, seja pelas dificuldades práticas de produzir provas nesse sentido.

Portanto, é necessário também que se continue a considerar alternativas para a responsabilização das empresas por danos cometidos nos Estados anfitriões, de modo a impulsionar e, até mesmo, tornar vinculante a atuação socialmente responsável das empresas.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto. Foreign investors, diplomatic protection and the International Court of Justice's decision on preliminary objections in the Diallo Case. **NCJ Int'l L. & Com. Reg.**, Carolina do Norte. v. 33, 2007.

AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement of the law, the foreign relations law of the United States**: as adopted and promulgated. St. Paul, Minnesota: American Law Institute Pub., 1987.

BARBOSA, J. International liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment. **R.C.A.D.I.**,[S.1], v. 247, 1994.

BARCELLOS, Elen Araújo de. **Mineração e desflorestamento na Amazônia Legal**. 2002.

BILCHITZ, David. O marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direitos humanos das empresas. **Sur**, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 209-241, 2010.

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence; SANGBANA, Komlan. Principle 19: notification and consultation on activities with transboundary impact. *In*: VIÑUALES, Jorge E. **The Rio Declaration on Environment and Development**: a commentary. Oxford : Oxford University Press, 2015. p. 493-507.

BORGES, Leonardo Estrela. **As obrigações de prevenção no direito ambiental internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha direito comparado).

BOUTIN, Bérénice. Responsibility of the Netherlands for the acts of Dutchbat in Nuhanović and Mustafić: the continuous quest for a tangible meaning for 'effective control' in the context of peacekeeping. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 25, n. 2, p. 521-535, 2012.

BRABANDERE, Eric de. Host States' due diligence obligations in International Investment Law. **Syracuse J. Int'l L. & Com.**, [S.1], v. 42, p. 319, 2014.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/CONAMA%20237_191297.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

BREDEMEIER, Kenneth. Thousands of private contractors support US forces in Persian Gulf. **Washington Post**, Washington, v. 3, p. 01, 2003.

CAFLISCH, Lucius. The protection of corporate investments abroad in the light of the Barcelona traction case. **Zeitschrift fur Ausländisches Öffentliches Recht und Volkerrecht**, Berlim, v. 31, p. 162, 1971.

CAMERON, Lindsey; CHETAIL, Vincent. **Privatizing war**: private military and security companies under public international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CAN, Özgür; SECK, Sara L. The legal obligations with respect to human rights and export credit agencies. **OECD Working Party on Export Credits and Credit Guarantees (ECA-Watch, Halifax Initiative Coalition and ESCR-Net**, 2006.

CANTER, Larry W.; WOOD, Christopher. **Environmental impact assessment**. 1996.

CARON, David D. The ILC articles on state responsibility: the paradoxical relationship between form and authority. **American Journal of International Law**, Cambridge, v. 96, n. 4, p. 857-873, 2002.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 347.

CASSESE, Antonio. The Nicaragua and Tadić tests revisited in light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia. **European journal of international Law**, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 649-668, 2007.

CHIRWA, Danwood Mzikenge. The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights. **Melb. J. Int'l L.**, Melbourne, v. 5, p. 1, 2004.

CLAPHAM, Andrew; RUBIO, Mariano Garcia. The obligations of states with regard to non-State actors in the context of the right to health. **Health and Human Rights Working Paper Series**, Genebra, v. 3, 2002.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Centro de Ação em Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais vs. Nigéria (Comunicação nº 155/96). 27 maio 2002.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Nações Unidas. Projetos de artigos sobre prevenção de danos transfronteiriços resultantes de atividades perigosas. **Yearbook Of The International Law Commission**, Genebra, v. n. 2, p.148-170, 2001.

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS SUB-COMMISSION ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS. United Nations. **Economic, social and cultural rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights** Final report submitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama, in accordance with Sub-Commission decision 2000/105*. 2003. Fifty-fifth session Item 4 of the provisional agenda. Disponível em:
<http://www.internationalhumanrightslexicon.org/hrdoc/docs/globalizationsubcomfinalareport.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Young, James e Webster v. Reino Unido. *Application no. 7601/76; 7806/77*. Julgamento. 13 ago. 1981. Disponível em:
<https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57608%22%5D%7D>}. Acesso em: 8 set. 2019

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º out. 1999. p. 48. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf . Acesso em: 8 set. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA . *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Bélgica v. Espanha), Julgamento, C.I.J, 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Ahmadou Sadio Diallo* (República da Guiné v. República Democrática do Congo), Julgamento, C.I.J, 2007. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Aplicação da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro), Julgamento, C.I.J, 2007. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Atividades Armadas no Território do Congo (Congo vs. Uganda), Julgamento, C.I.J, 2005. Disponível em <https://www.icj-cij.org/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua (Nicarágua vs. Estados Unidos da América). Julgamento, I.C.J. 1986. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> Acesso em: 29 ago. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo ao Canal do Corfu (Reino Unido vs. Albânia). Julgamento. C.I.J. 1949. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo ao Projeto Gabcikovo-Nagymaros (Hungria vs. Eslováquia). Julgamento. I.C.J, 1997. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina vs. Uruguai). Julgamento. I.C.J. 2010. Disponível em: www.icj-cij.org/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf. Acesso em: 26 abr. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Construção de uma estrada na Costa Rica ao longo do rio San Juan (Nicarágua vs. Costa Rica). Julgamento. I.C.J. 2015. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/152/152-20151216-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares, Opinião Consultiva, C.I.J. Relatórios 1996 (I). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Plataforma Continental do Mar do Norte (República Federativa Da Alemanha / Dinamarca; República Federativa Da Alemanha / Países Baixos). Julgamento, C.I.J, 1969. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

CRAWFORD, James *et al.* The nature and forms of international responsibility. **International Law**, [S.l.], v. 445, 2003.

CRAWFORD, James. Articles on responsibility of States for internationally wrongful acts. **United Nations Audiovisual Library of International Law**. Genebra: Nações Unidas, 2012. Disponível em: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_e.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

CRAWFORD, James. **State responsibility: the general part**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

DECLARAÇÃO do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 13 e 14 jun. 1992. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambient_e_Developolvimento.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

DEVA, Surya. Corporate human rights violations: a case for extraterritorial regulation. **Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics**, [S.l.], p. 1077-1090, 2013.

DIEZ DEVELASCO, Manuel. **Instituciones de derecho internacional público**. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1997.

DUPUY, Pierre-marie. Amazonie: le droit international en vigueur apporte des réponses substantielles. **Revista de Direito Internacional**, [S.l.], v. 16, n. 2, p.3-7, 14 nov. 2019. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v16i2.6266>.

ENGSTRÖM, Viljam. **Who is responsible for corporate human rights violations?**. Turku: Åbo Akademi University Institute for Human Rights, 2002.

FEIT, Michael. Responsibility of the State under international law for the breach of contract committed by a State-owned entity. **Berkeley J. Int'l L.**, Berkeley, v. 28, p. 142, 2010.

FERRAZ, Fernando Basto; FELIPE, Tiago José Soares. Análise comparativa entre avaliação e estudo de impacto ambiental. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 32, n. 2, 2012.

FIORI, José Luís. Globalização, hegemonia e império. *In*: TAVARES, Maria da Conceição (org.). **Poder e dinheiro: uma economia política da globalização**. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 87-147.

FITZMAURICE, Malgosia. International responsibility and liability. **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. Oxford, 2007.

GHANDHI, Sandy. Human rights and the International Court of Justice the Ahmadou Sadio Diallo case. **Human Rights Law Review**, Oxford, v. 11, n. 3, p. 527-555, 2011.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A theory of customary international law. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, p. 1113-1177, 1999.

HAUSMANINGER, Herbert. Diligentia quam in suis: A standard of contractual liability from ancient Roman to modern soviet law. **Cornell Int'l LJ**, Ithaca, v. 18, p. 179, 1985.

CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS (ICSID). Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v República Democrática Popular da Argélia (ICSID Case No. ARB/03/08), sentença de 10 de janeiro de 2005; **ICSID Review – FILJ**, vol. 19(2) (2005), p. 426. Disponível em: <https://www.italaw.com/> . Acesso em: 20 nov 2019.

INDEPENDENT INQUIRY COMMITTEE INTO THE UNITED NATIONS OIL-FOR-FOOD PROGRAMME. **Manipulation of the Oil-for-Food Programme by the Iraqi Regime**: Independent Inquiry Committee into the United Nations Oil-for Food Programme, 2005.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts. **Yearbook of the International Law Commission**, Genebra, v. 2, n. 2, p. 49, 2001.

JAMNEJAD, Maziar; WOOD, Michael. The principle of non-intervention. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 22, n. 2, p. 345-381, 2009.

JAY, Stephen *et al.* Environmental impact assessment: Retrospect and prospect. **Environmental Impact Assessment Review**, [S.l.], v. 27, n. 4, p.287-300, maio 2007.

JOSSELIN, Daphne; WALLACE, William. Non-state actors in world politics: a framework. *In*: MACMILLAN, Palgrave. **Non-state actors in world politics**. Londres, 2001. p. 1-20.

KINLEY, David; NOLAN, Justine; ZERIAL, Natalie. The politics of corporate social responsibility: reflections on the United Nations Human Rights Norms for corporations. **Company and Securities Law Journal**, [S.l.], v. 25, n. 1, p. 30-42, 2007.

KOHLHEPP, Gerd. Conflitos de interesse no ordenamento territorial da Amazônia brasileira. **Estudos Avançados**, [S.l.], v. 16, n. 45, p.37-61, ago. 2002.

LCIA. **EnCana Corporation v República do Equador** (LCIA Case No. UN3481), sentença de 3 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/393>. Acesso em: 25 ago. 2019.

LIGA DAS NAÇÕES. **Jornal Oficial**, 5. a, n. 4, p. 524, abr. 1924.

MCBETH, Adam. Privatising human rights: what happens to the state's human rights duties when services are privatised. **Melb. J. Int'l L.**, Melbourne, v. 5, p. 133, 2004.

MCCORQUODALE, Robert; LAFORGIA, Rebecca. Taking off the blindfolds: torture by non-state actors. **Hum. Rts. L. Rev.**, [S.l.], v. 1, p. 189, 2001.

MCCORQUODALE, Robert; SIMONS, Penelope. Responsibility beyond borders: state responsibility for extraterritorial violations by corporations of international human rights law. **The Modern Law Review**, [S.l.], v. 70, n. 4, p. 598-625, 2007.

MILANOVIĆ, Marko. State Responsibility for Acts of Non-state Actors: A Comment on Griebel and Plücken. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 22, n. 2, p. 307-324, 2009.

MILANOVIĆ, Marko. State responsibility for genocide: A follow-up. **European Journal of International Law**, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 669-694, 2007.

MONEBHURRUN, Nitish. Mapping the duties of private companies in international investment law. **Braz. J. Int'l L.**, Brasília, v. 14, p. 50, 2017.

MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in International Investment Law: the Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a different international investment agreement model. **Journal Of International Dispute Settlement**, [S.l.], p.79-100, 13 jan. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral Nº 24. **Obrigações dos estados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no contexto de atividades corporativas**. Genebra. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em: 28 jun. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session, 20 April - 12 June and 27 July - 14 August 1998, Official Records of the General Assembly, Fifty-third session, Supplement No.10. Doc. A/53/10, par. 32. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_53_10.pdf Acesso em: 19 set. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Princípios orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos**. Genebra: Publicação da ONU, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. **Resolução A/HRC/RES/26/9 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas**. Genebra: Nações Unidas, 2014a. Disponível em: <https://www.ihrb.org/pdf/G1408252.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations “protect, respect and remedy” framework**. Nova Iorque/Genebra: Nações Unidas, 2011a.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. OECD Guidelines for Multinational Enterprises. **OECD Publishing**, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>. Acesso em: 26 set. 2019.

PLAKOKEFALOS, Ilias. Prevention obligations in international environmental law. **Yearbook of International Environmental Law**, [S.l.], v. 23, n. 1, p. 3-432, 2012.

RATNER, Steven R. Corporations and human rights: a theory of legal responsibility. **Yale Law Journal**, [S.l.], v. 111, n. 3, p. 443-546, 2001.

ROLAND, Manoela Carneiro *et al.* Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas. **Revista Direito Gv**, [S.l.], v. 14, n. 2, p.393-417, ago. 2018.

ROMANO, C. P. L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles. **Martinus Nijhoff Publishers**, The Hague, p. 387-393, 2001.

SCHWARTZ, Moshe. **Department of Defense contractors in Iraq and Afghanistan: background and analysis**. Washington: DIANE Publishing, 2010.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Participação estatal em empresas privadas: as empresas público-privadas**. Tese Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

SILVÉRIO, D; SILVA, S.;ALENCAR,A.; MOUTINHO, P. **Amazônia em Chamas**: nota técnica. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia, 2019.

SINGER, Peter W. War, profits, and the vacuum of law: privatized military firms and international law. **Colum. J. Transnat'l L.**, Nova Iorque, v. 42, p. 521, 2003.

TRATADO Bilateral de Investimentos entre Marrocos e Nigéria. 12 mar. 2016. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download> Acesso em: 17 nov. 2019.

TRIBUNAL ARBITRAL. Caso da Fundação de Trail (Estados Unidos, Canadá), 16 de abril de 1938 e 11 de março de 1941, Recueil des sentences arbitrales, Washington, vol.3. Disponível em: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

TRIBUNAL CRIMINAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA. Procuradoria v. Duško Tadic (Julgamento da Câmara de Recursos). Case IT-94-1-A. 15 Jul. 1999. Disponível em: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Caso Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy and others, Julgamento, T.J.U.E, 14 mar. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0724> Acesso em: 20 nov. 2019.

TRIBUNAL DE REIVINDICAÇÕES IRÃ-ESTADOS UNIDOS. Hyatt International Corporation vs. Governo da República Islâmica do Irã (1985) 9 Irã – USCTR 72, 94-5. Disponível em: <http://www.iusct.net/>. Acesso em: 25 set. 2019.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DO DIREITO DO MAR. Opinião Consultiva sobre a Responsabilidade e Obrigações dos Estados que patrocinam Pessoas e Entidades no quadro de atividades desenvolvidas na Área. Opinião Consultiva. 1 fev. 2011. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/adv_op_010211.pdf. Acesso em: 3 nov. 2019.

UTTON, Albert E. International Environmental Law and Consultation Mechanisms. **Colum. J. Transnat'l L.**, Nova Iorque, v. 12, p. 56, 1973.

VAN HARTEN, Gus. The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State. **International & Comparative Law Quarterly**, [S.l], v. 56, n. 2, p. 371-393, 2007.

XUE, Hanqin. **Transboundary damage in international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.