

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Novos desafios sobre a definição
de nacionalidade de empresas
multinacionais e o instituto da
proteção diplomática**

**New challenges in the definition
of nationality of multinational
corporations and the diplomatic
protection institute**

Vivian Daniele Rocha Gabriel

Sabrina Maria Fadel Becue

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**

Sumário

EDITORIAL	20
David Ramiro Troitiño e Ignacio Bartesaghi	
CRÔNICA	25
Carina Costa de Oliveira, Bárbara Mourão Sachett, Júlia Schütz Veiga, Luciana Fernandes Coelho, Paulo Henrique Reis de Oliveira e Ana Flávia Barros-Platiau	
DOSSIÊ.....	39
EL MERCADO DE LA UNIÓN EUROPEA, DE ANALÓGICO A DIGITAL. RETOS PARA SU INTERACCIÓN Y DISFRUTE EN EL MARCO LATINOAMERICANO	41
David Ramiro Troitino e Tanel Kerikmäe	
ESTRATEGIAS DIGITALES EN EL MERCOSUR: AGENDAS DIGITALES E IMPLEMENTACIÓN.....	52
Natalia Melgar e Patricia Correa	
DIGITALIZACIÓN DE PYMES EN EL MERCOSUR: EL CASO DE ARGENTINA Y URUGUAY.....	70
Adriana Bonomo-Odizzio, Catherine Krauss-Delorme e Armando Borrero-Molina	
DIGITALIZACIÓN DE PYMES EN EL MERCOSUR: EL CASO DE ARGENTINA Y URUGUAY.....	85
Vandana Singh e Mehak Rai Sethi	
LA DIGITALIZACIÓN EN LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO DEL MERCOSUR: EL CASO DE LA VENTANILLA ÚNICA DE COMERCIO EXTERIOR EN URUGUAYCOUNTRIES	104
Natalia Melgar e Natalia De María	
BRECHA DIGITAL Y EDUCACIÓN: UNA COMPUTADORA POR NIÑO EN URUGUAY.....	120
Natalia De María e Ignacio Bartesaghi	
INTELIGENCIA ARTIFICIAL: NUEVAS POSIBILIDADES PARA LAS RELACIONES ENTRE LA UE Y EL MERCOSUR	137
Celso Cancela Outeda	

ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A CLAIM FOR STRICT LIABILITY FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS ...	150
Lutiana Valadares Fernandes Barbosa	
ARTIGOS.....	160
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE (LEX SPECIALIS) AO DIREITO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS	162
Bernardo Mageste Castelar Campos	
OS ATRIBUTOS DA NORMA JURÍDICA APLICADOS AO MODELO DE PRODUÇÃO TRADICIONAL DO DIREITO INTERNACIONAL E O DEBATE SOBRE A SOFT LAW	177
Amina Welten Guerra	
NOVOS DESAFIOS SOBRE A DEFINIÇÃO DE NACIONALIDADE DE EMPRESAS MULTINACIONAIS E O INSTITUTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA.....	194
Vivian Daniele Rocha Gabriel e Sabrina Maria Fadel Becue	
THE UNITED NATION DATA GOVERNANCE: A PANOPTICON AND A CATALYST FOR COOPERATION	207
Varda Mone e CLV Sivakumar	
THE ART OF LEGAL WARFARE: HOW TO DEPRIVE THE AGGRESSOR STATE OF JURISDICTIONAL IMMUNITIES. EVIDENCE FROM UKRAINE.....	227
Anatoliy Kostruba	
UMA EUROPA FORTE E UNIDA?: O DESENVOLVIMENTO DO PROJETO EUROPEU DE INTEGRAÇÃO À LUZ DA GESTÃO DAS CRISES MIGRATÓRIAS.....	247
Gabriel Braga Guimarães e Ana Carolina Barbosa Pereira Matos	
EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS MUJERES MIGRANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL: ESTÁNDARES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	265
Glorimar Alejandra Leon Silva e Juan Jorge Faundes Peñafiel	
A TUTELA DA DIVERSIDADE CULTURAL NO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS ...	293
George Sarmento Lins Júnior e Laryssa Custódio de França Pereira	

DOS “OLHOS DA LEI” DOMÉSTICA AOS DA COMUNIDADE INTERNACIONAL: CEGUEIRA OU LUCIDEZ DA JUSTIÇA NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL?	315
Larissa Ramina e Lucas Silva de Souza	
O ECOCÍDIO PERANTE O ESTATUTO DE ROMA.....	345
Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro	
TRIAL BY BANGLADESH INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL: JUSTICE DIVULGED OR POLITICAL AGENDA?	377
Niteesh Kumar Upadhyay, Mahak Rathee e Sangeeta Taak	
AVANCES Y DESAFÍOS PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO Y LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE MENORES EN LÍNEA: ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO POR EL QUE SE ESTABLECEN NORMAS PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO SEXUAL DE LOS MENORES	392
Andreea Marica	
LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA MENOR NACIDA EN SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUB-ROGADA.....	420
Waldimeiry Correa da Silva	
MOVILIDAD FORZADA INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE: REFUGIO, REGULARIZACIÓN Y RECONDUCCIÓN.....	449
Martina Cociña-Cholaky e Juliana Díaz Pantoja	
PROTECTION AND PRESERVATION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS & TRADITIONAL KNOWLEDGE IN HANDICRAFT INDUSTRY: ADVOCATING THE NEED FOR A GLOBAL CULTURAL POLICY FRAMEWORK.....	473
Anuttama Ghose e S. M. Aamir Ali	
“SEUS ÚNICOS TESOUROS SÃO PENAS DE PÁSSAROS”: REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE PATRIMÔNIO CULTURAL INDÍGENA BRASILEIRO EM MUSEUS ESTRANGEIROS	500
José Angelo Estrella Faria	
A APLICAÇÃO NACIONAL DA DOUTRINA DA MARGEM DE APRECIÇÃO: A INTERPRETAÇÃO CRIATIVA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E OS RISCOS PARA O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	529
Paulo Potiara de Alcantara Veloso	

AS FUNÇÕES DA INTERPRETAÇÃO DE SENTENÇA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....545

Lucas Carlos Lima

TREATY REGIME OF OCEAN FERTILIZATION: GAPS AND SOLUTIONS562

Zahra Mahmoodi Kordi e Masume Gholami Miansarayi

EARLY ACCESS TO A LEGAL ASSISTANCE WITHIN CRIMINAL PROCEEDINGS IN EUROPEAN JURISDICTIONS: “ENGLAND & WALES AS A CASE STUDY579

Bassim Jameel Almusawi

AN ANALYSIS OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT TREATY ADOPTION AS DOMESTIC LAWS IN CHINESE JURISDICTION593

Renata Thiebaut

DESPITE COMPLICATED PORTRAITS AND POLICY ORIENTATION: STRUGGLE TO ARTICULATE RIGHT TO EDUCATION BASED ON THE INDONESIA CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS 612

Made Subawa e Bagus Hermanto

Novos desafios sobre a definição de nacionalidade de empresas multinacionais e o instituto da proteção diplomática*

New challenges in the definition of nationality of multinational corporations and the diplomatic protection institute

Vivian Daniele Rocha Gabriel**

Sabrina Maria Fadel Becue***

Resumo

A atribuição de nacionalidade às empresas é tema controvertido e inexistente critério uniforme utilizado por vários países ou defendido pela doutrina de Direito Internacional. O reconhecimento de nacionalidade permite a aplicação do instituto da proteção diplomática às empresas. Para fins de proteção diplomática, o vínculo patrial das pessoas (naturais e jurídicas) com o Estado precisa ser genuíno. Em 1970, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) decidiu o caso *Barcelona Traction*, fixando a tese de que a nacionalidade de uma empresa deve ser determinada com base nas leis do Estado em que foi constituída ou tem a sua sede social. A CIJ afastou a possibilidade de concessão de proteção diplomática, baseada na nacionalidade dos acionistas, exceto na hipótese de ser comprovado que a violação praticada pelo Estado estrangeiro causou dano direto aos acionistas. Embora a decisão da CIJ tenha completado meio século e seja uma referência, a *ratio decidendi* não pode ser transplantada para o contexto atual e generalizada. Para exemplificar os novos desafios, examinam-se, neste artigo, dois casos de empresas supranacionais (Itaipu Binacional e EUROFIMA). A pesquisa utilizou abordagem qualitativa combinada com estudo de casos e revisão de literatura. O artigo conclui que os critérios priorizados pela CIJ estão em descompasso com as novas formas empresariais. No entanto, é prematuro alegar a obsolescência da proteção diplomática de empresas. É recomendável que sejam mantidas as vias já consagradas de proteção a investimentos estrangeiros, pois elas não impedem o surgimento de novas técnicas de tutela.

Palavras-chave: empresas; nacionalidade; proteção diplomática; novas formas empresariais; estruturas grupais.

Abstract

The attribution of nationality to companies is a controversial issue and there is no uniform standard employed by countries or championed by International Law doctrine. The recognition of nationality allows the concession of diplomatic protection to companies. For the purposes of diplomatic

* Recebido em 24/02/2023
Aprovado em 10/08/2023

** Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada em Direito do Comércio Internacional em São Paulo/SP.
Email: vivian.d.rocha@gmail.com

*** Pós-doutorado em Direito Comercial - USP (em andamento). Doutora e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). LL.M. International Commercial Law and Dispute Resolution vinculado a Swiss International Law School. Professora de Direito e Economia da FAE Business School (PR). Professora Substituta de Direito - Universidade Federal do Paraná - Departamento de Ciências Contábeis (julho a dezembro de 2022).
Email: sabecue@gmail.com

protection, the patriotic bond of persons (natural and legal) with the State must be genuine. In 1970, the International Court of Justice (ICJ) decided the *Barcelona Traction* case, establishing the thesis that the nationality of a company must be determined based on the laws of the State in which it was incorporated or has its registered office. The ICJ denied the possibility of granting diplomatic protection based on the shareholder's nationality, unless it is proven that the violation committed by the foreign State caused direct harm to the shareholders. Although the famous *Barcelona Traction* decision has completed half a century and is a milestone, the ratio decidendi cannot be transplanted to the current context and generalized. To illustrate the new challenges, this paper examines two examples of supranational companies (*Itaipu Binacional* and *EUROFIMA*). The research was based on qualitative approach combined with case studies and literature review. The paper concludes the criteria prioritized by the ICJ are not in line with the new business forms. However, it is premature to claim the obsolescence of the diplomatic protection applied in favor of companies. It is recommended that the established means of protecting foreign investments be maintained, as they do not prevent the emergence of new protection measures.

Keywords: companies; nationality; diplomatic protection; new business forms; group structures.

1 Introdução

Os primeiros indícios de normas que visavam proteger os estrangeiros diante de procedimentos estatais arbitrários remontam à Grécia Antiga e ao Império Romano. À época, arranjos embrionários, na forma de tratados bilaterais, foram criados para proteger negociantes estrangeiros e garantir a reciprocidade no tratamento dos cidadãos de ambas as partes, em função da inviabilidade de proteção pela via tradicional do direito interno. Algumas dessas disposições envolviam procedimentos judiciais para assegurar a execução de contratos comerciais e se aproximavam do que se entende atualmente por Princípio do Tratamento Nacional, diretriz que visa afastar o tratamento menos favorável ao estrangeiro em relação ao nacional. Isso não significava que os estrangeiros eram equiparados aos nacionais, porém não podiam ser extirpados de direitos naturais inerentes ao homem.

Para o Direito Internacional clássico, a violação a um estrangeiro poderia ser equiparada a uma transgressão dos direitos de seu próprio Estado de origem, desencadeando a responsabilidade internacional do Estado violador por atos ilícitos. Por isso, caberia ao próprio Estado de origem do indivíduo violado, que também teve seus direitos violados por extensão, endossar a reclamação e ajuizar, internacionalmente, ação interestatal para solicitar a reparação de danos ao seu nacional, o que se denomina proteção diplomática. Nesse sentido, o Estado encampa os interesses de seus particulares em função do vínculo jurídico político da nacionalidade. No entanto, isso não significa que o Estado representa os particulares, mas sim continua agindo em nome próprio diante de uma violação.

Para além da proteção internacional dos estrangeiros pessoas físicas, contemporaneamente, com a globalização, a proliferação de novos atores, nas relações internacionais, e a complexidade das relações jurídicas mundiais, suscita-se, também, como se daria a proteção internacional de pessoas jurídicas. A noção de proteção diplomática tem sido estendida às empresas em razão do vínculo da nacionalidade destas com seus Estados de origem.

No entanto, a questão da nacionalidade das empresas, elemento basilar da proteção diplomática, não é tão simples quanto parece. A Corte Internacional de Justiça (CIJ)¹ tentou elucidá-la em alguns casos, sendo o mais paradigmático o caso *Barcelona Traction*, que envolveu análise sobre a consideração da nacionalidade da empresa em questão e se esta seria baseada na nacionalidade dos acionistas ou do local de constituição da empresa. A CIJ concluiu que a nacionalidade seria baseada no local de constituição da empresa e não na nacionalidade dos acionistas.

Todavia, diante de arranjos complexos e empreendimentos transnacionais com diversos sócios, a pergunta que se coloca é se, atualmente, a análise sobre a nacio-

¹ Ressalta-se que a proteção diplomática pode ser exercida por um Estado, de forma ampla, perante diversos foros internacionais, não somente diante da CIJ, como no caso de tribunais que analisam violações de direitos humanos. Além disso, trata-se de instituição ampla e que pode ser exercida não somente pela via jurisdicional, mas também por meio de mecanismos de resolução pacífica de controvérsias. Cf. GONTIJO, André Pires. Os caminhos fragmentados da proteção humana: o petição individual, o conceito de vítima e o *amicus curiae* como indicadores do acesso aos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, 2012.

nalidade, no âmbito da proteção diplomática às pessoas jurídicas, pode se ater a uma interpretação mais moderna, fundada na concentração do poder (controle) e nos vínculos econômicos das entidades juridicamente independentes, e não na nacionalidade dos acionistas ou no local de constituição da empresa.

Inicia-se este artigo com uma abordagem conceitual do instituto da proteção diplomática e sua aplicação ao Direito Internacional, considerando-se como referência a decisão proferida pela CIJ no caso *Barcelona Traction*. A atribuição de nacionalidade a pessoas jurídicas e justificativa para a extensão da proteção diplomática a entes ficcionais estão imbricadas com as regras de direito doméstico e encontram novas camadas de complexidade em razão do poder econômico detido por sociedades empresárias, atualmente, e pela existência de sociedades supranacionais. Para exemplificar esses novos desafios, examinam-se, no artigo, dois casos de empresas supranacionais, qual seja o da Itaipu, empresa binacional sul-americana, e da EUROFIMA, empresa europeia. Nem a empresa europeia EUROFIMA, tampouco a Itaipu Binacional, encontrariam as respostas na decisão do caso *Barcelona Traction*. Assim, a partir da abordagem dos casos, será realizada análise qualitativa de ambos com técnica de revisão de literatura sobre o tema. A conclusão encontrada é que a proteção diplomática, ainda, detém grande relevância na proteção internacional dos interesses de particulares, porém, em demandas envolvendo proteção diplomática de arranjos societários complexos, os tribunais internacionais devem empregar novos critérios de interpretação, inclusive dando especial relevo ao poder de controle e aos vínculos econômicos que unem entidades juridicamente independentes.

2 Proteção diplomática: conceito e aplicação

Ser *estrangeiro* é, por exclusão, ser *não nacional*. Os nacionais são aqueles indivíduos que as leis respectivas de um determinado Estado reconhecem como tais; estrangeiros, por sua vez, são todos os demais indivíduos que habitam o território desse Estado, não compreendidos na definição de nacional dada por aquelas leis.

Embora o Princípio da Igualdade, cristalizado no costume e nas legislações nacionais dos Estados, enseje que um Estado deve tratar igualmente nacionais e es-

trangeiros, isso nem sempre ocorre. Os Estados, muitas vezes, agem por meio de discriminações e outros atos soberanos que causem prejuízos ao estrangeiro e suscitem sua consequente responsabilização. No caso das empresas, práticas frequentes têm sido as de obstrução da remessa de lucros ao país de origem e expropriação (direta e indireta), por exemplo.

Nesse contexto, um arcabouço jurídico e doutrinário tem se desenvolvido no Direito Internacional em relação à proteção jurídica do estrangeiro (pessoa física e jurídica) e à responsabilização internacional do Estado. No plano doutrinário, Emer de Vattel, um dos fundadores do Direito Internacional clássico, asseverou que os estrangeiros são extensões de seus Estados de origem e respeitar os estrangeiros e seus direitos no território do Estado receptor seria um sinal de cortesia entre Estados. A violação dos direitos dos estrangeiros, no território alienígena, equiparar-se-ia a uma transgressão dos direitos de seu Estado de origem². Desse modo, o Estado age em nome próprio diante de uma ruptura do Direito Internacional.

Caberia ao próprio Estado de origem do indivíduo violado, cujos direitos foram violados por extensão, endossar a reclamação internacionalmente para solicitar a reparação de danos ao seu nacional. A reclamação seria fundada no vínculo de nacionalidade do sujeito violado com o seu Estado patrial, “fazendo da reclamação uma autêntica demanda entre personalidades do Direito Internacional Público”³, por meio do instituto conhecido como proteção diplomática.

A noção de proteção diplomática foi desenvolvida, especialmente, pelo fato de que o particular lesado — indivíduo ou empresa — não seria apto a acionar o Estado violador internacionalmente. O seu Estado de origem, em razão do vínculo da nacionalidade, portanto, assumiria, discricionariamente, a reclamação, por meio do endosso⁴. Ao particular seria facultado solicitar a proteção diplomática de seu Estado patrial, mas não teria ele o direito de obtê-la, sendo o Estado livre para

² VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Prefácio e tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004. p. 266.

³ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso Elementar*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 345.

⁴ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso Elementar*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 345.

conceder o endosso ou refutá-lo⁵, afinal, trata-se de uma situação excepcional.

A regra geral do exercício da proteção diplomática envolve a análise e o cumprimento de alguns requisitos, quais sejam: (i) a nacionalidade da pessoa protegida, (ii) o esgotamento dos recursos internos e (iii) o interesse do Estado na apresentação de reclamações.

De acordo com o primeiro requisito, deve existir o vínculo de nacionalidade do indivíduo com o Estado que ajuíza a ação. A nacionalidade é o vínculo jurídico-político entre a pessoa (nacional) e um Estado pelo qual são estabelecidos direitos e deveres recíprocos.

É do entendimento geral que a nacionalidade originária, aquela que a pessoa se vê atribuir quando nasce, deve resultar do *jus soli* ou do *jus sanguinis* ou de uma combinação desses dois critérios, acaso associados ao serviço do Estado ou à manifestação de vontade. Já a nacionalidade derivada, a qual se adquire mediante naturalização, reclama fatores de índole social que lhe deem consistência. São eles: alguns anos de residência no Estado em questão, somados, em geral, ao domínio do idioma, e às vezes reduzidos na extensão, com parcimônia, pela prestação de serviço relevante a esse Estado, ou pelo desempenho de ofício de seu particular interesse, ou pelo casamento com pessoa local. Se nenhum fator social embasa a nacionalidade derivada, o Estado que a concedeu pode, perfeitamente, prestigiá-la em seu próprio território. Porém, não se deve esperar que, no plano internacional, esse vínculo seja necessariamente reconhecido. Nesse caso, é lícito que os demais Estados e aos foros internacionais que recusem valor a semelhante vínculo patrial, por falta de efetividade.

Isso ocorreu no caso *Nottebohm*⁶, de 1955, perante a CIJ, que recusou o pedido de proteção diplomática de Liechtenstein, relativa ao Sr. *Nottebohm* contra a Guatemala, sob o argumento de que os vínculos do indivíduo com Liechtenstein não eram efetivos. Segundo a Corte, a nacionalidade é o vínculo jurídico que tem como

base um fato social de ligação, uma conexão genuína de existência, interesses e sentimentos, em conjunto com a existência de direitos e deveres recíprocos. O indivíduo deve ter efetiva conexão com a população do Estado, o que não foi identificado no caso. A decisão no caso *Nottebohm* gerou repercussões variáveis em virtude da introdução do critério de efetividade como potencial limite à regra geral de liberdade total dos Estados de determinar quem são seus nacionais. Em termos práticos, houve uma quase proibição de proteção diplomática caso não houvesse ligação considerada genuína do indivíduo violado com o Estado protetor⁷.

De acordo com o segundo requisito, para que a reparação possa ser ajuizada internacionalmente via proteção diplomática, é necessário que se tenham esgotado os recursos administrativos e jurisdicionais internos do Estado ofensor. Esse pressuposto foi reafirmado em dois casos perante a CIJ, o caso *Interhandel*⁸, de 1959, e o caso *Eletronica Sicula (ELSI)*⁹, de 1989. No primeiro caso, a CIJ rejeitou petição da Suíça contra os EUA, acatando o argumento americano de não esgotamento de recursos internos. No segundo caso, segundo aduz o ex-juiz da CIJ, o brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, houve um rígido apego da Corte da Haia ao requisito formal do esgotamento no contexto da proteção diplomática de nacionais no exterior, o que “contrasta de modo marcante com a disposição dos órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos de examinar mais de perto a eficácia dos recursos internos para estabelecer exceções à regra do esgotamento”¹⁰. O sistema de garantia coletiva, como o da proteção dos direitos humanos, fundamentalmente distinto da proteção diplomática discricionária, procede com um exame cuidadoso da eficácia dos recursos internos e aplica pre-

⁵ Segundo o ex-juiz da Corte Internacional de Justiça (CIJ) Francisco Rezek, “o endosso não significa necessariamente que haverá instância judiciária ou arbitral”, sendo preferível, em prol da resolução pacífica de conflitos, resolução da questão por meio de entendimento direto ou outro meio diplomático ou político de solução de controvérsias entre Estados. Cf. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso Elementar*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 346.

⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*. 6 abr. 1955. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/18>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁷ LIMA, Lucas Carlos. A proteção diplomática no direito internacional contemporâneo: qual o papel da nacionalidade? *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. v. 47, n. 2, p. 81-99, jul./dez. 2019. p. 88-89.

⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Interhandel (Switzerland v. United States of America)*. 21 mar. 1959. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/34>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*. 20 jul. 1989. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/76>. Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. São José da Costa Rica: Corte Interamericana de Direitos Humanos, 1998. p. 29-30.

sunções mais a favor das supostas vítimas. Já no contexto da proteção diplomática discricionária no contencioso interestatal, a regra dos recursos internos é uma pré-condição da interposição internacional, voltada a preveni-la. Por outro lado, no contexto da proteção dos direitos humanos, ao contrário, os recursos internos são tidos como parte componente do próprio sistema da proteção internacional, recaindo a ênfase na reparação e não no esgotamento formal. Nesse sentido, em relação ao esgotamento dos recursos internos, este pode ser afastado quando se demonstrar que seria fútil buscar sua proteção¹¹.

Em relação ao terceiro requisito, deve haver a apresentação da reclamação pelo Estado de origem do protegido. Cumpre ressaltar que a proteção do nacional pelo Estado não é absoluta, uma vez que é necessário contar com a vontade política do Estado protetor. Caso o Estado vislumbre interesse na proteção de seu nacional, seja por essa ser demasiadamente custosa ou por comprometer seus objetivos geopolíticos futuros, poderá decidir, discricionariamente, por manter os direitos de seu nacional sem a devida proteção. Além disso, mesmo depois de iniciado o caso perante jurisdição internacional, o Estado mantém o controle, podendo, a qualquer momento, transigir ou desistir do litígio.

As exigências para a aplicação da proteção diplomática são válidas tanto para indivíduos quanto para empresas. No entanto, em relação às pessoas jurídicas, as discussões pairam não acerca do esgotamento dos recursos internos, como em relação às pessoas físicas ou casos envolvendo direitos humanos, mas sim sobre a questão da nacionalidade da empresa de modo a cumprir com o primeiro requisito discriminado acima. Assim, passa-se à análise da aplicação da proteção diplomática no resguardo dos direitos das empresas.

3 Proteção diplomática conferida às empresas no direito internacional

Destaca-se, como no caso das pessoas físicas, o Direito Internacional parte da premissa de que o Estado de onde uma empresa é nacional também pode exercer proteção diplomática em seu nome. A proteção diplo-

mática, portanto, se estende também às empresas, cujos Estados de origem podem pleitear reparações em seu nome.

A dificuldade nessa seara está em decidir quais critérios podem ser empregados para determinar a nacionalidade das corporações. O quadro se torna ainda mais complexo diante da existência de princípios amplamente contraditórios e incompatíveis tanto na literatura quanto na jurisprudência dos tribunais internacionais.

Nesse contexto, a CIJ teve papel importante na elucidação de diretrizes que repercutem na proteção diplomática de empresas até hoje. Um dos casos mais ilustres é o caso *Barcelona Traction*¹², de 1970, em que a CIJ concluiu que a nacionalidade de uma empresa deve ser determinada com base nas leis do Estado em que foi constituída ou tem a sua sede social.

Nesse caso, uma companhia instalada na Espanha e que promovia serviços de eletricidade teve sua falência declarada em razão de medidas restritivas à sua atividade pelo governo espanhol. A empresa possuía controle acionário majoritariamente belga (pessoas naturais e jurídicas), porém sua constituição foi realizada no Canadá, tendo a companhia fixado sua sede estatutária e social no país. Nesse contexto, após três acionistas espanhóis da empresa acionarem uma corte espanhola reclamando indenização em razão da falência da empresa, o judiciário espanhol ordenou a apreensão dos ativos, a nomeação de um administrador e a troca da diretoria da empresa, além de novos ativos terem sido compartilhados com subsidiárias espanholas da *Barcelona Traction* e vendidos em leilão público.

Após anos de tentativas de negociação diplomática, a Bélgica, no exercício da proteção diplomática dos cidadãos belgas, iniciou procedimento perante a CIJ contra a Espanha. A maioria dos julgadores considerou que a incorporação sob a lei de um Estado era elemento conclusivo da nacionalidade da empresa. Além disso, avaliaram, também, que não era necessário suscitar a personalidade jurídica para determinar a realidade econômica de uma empresa e, em particular, se isso indicava vínculos com um Estado diferente do de constituição. Assim, a CIJ negou que a Bélgica tivesse o direito de intentar uma ação contra a Espanha em razão de empresa cana-

¹¹ FONTOURA, José Augusto. *Direito internacional público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 134.

¹² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022.

dense, mesmo em circunstâncias em que a maioria dos acionistas eram belgas. Ao rejeitar o pedido da Bélgica, a CIJ observou que uma sociedade como instituição de direito interno era uma entidade de nacionalidade distinta da dos seus acionistas e, embora quando houve dano à empresa os interesses dos acionistas tenham sido afetados, apenas a empresa é que teria o direito de ser resguardada internacionalmente e não seus acionistas.

Ressalta-se que o tribunal considerou que os acionistas poderiam ser protegidos caso a empresa deixasse de existir. Contudo, como a *Barcelona Traction Company* estava em liquidação judicial, ainda existia formalmente, por isso, a Bélgica não podia exercer proteção em nome dos acionistas da empresa. Durante as críticas, o tribunal destacou que a extensão da proteção aos acionistas, na medida em que expôs o Estado supostamente infrator a uma ampla gama de demandantes, poderia introduzir um elemento de incerteza e insegurança nas relações econômicas internacionais. Além disso, haveria dificuldade na apuração das participações acionárias, pois tais ações, frequentemente, são vendidas, e, em muitos casos, pode ser difícil determinar qual Estado deteria o direito de exercer proteção, caso o nomeado e os beneficiários fossem de Estados diferentes. Além disso, dado o carácter fluido dos interesses dos acionistas, para que exista um direito de proteção, a nacionalidade deve ser contínua. No próprio caso *Barcelona Traction*, havia dúvida se o interesse belga nas ações tinha sido contínuo.

A CIJ aplicou o teste do vínculo genuíno conforme formulado no caso *Nottebohm*, de modo que o Estado de incorporação da empresa não teria um direito automático de proteção na ausência de alguma conexão tangível. Deve-se, portanto, estender proteção às empresas constituídas em seu território, havendo vínculo substancial com a economia nacional.

4 Nacionalidade de sociedades empresárias no direito brasileiro

A proteção diplomática, como referido, baseia-se em uma ficção legal de que o Estado proponente, ao recepcionar a proteção de seus nacionais contra uma violação perpetrada por outro Estado, persegue seus próprios interesses. O patrocínio da defesa de seus nacionais justifica-se no vínculo de pertencimento da pessoa com o ente soberano e no fato de indivíduos, em regra, es-

tarem aliados de demandar, diretamente, contra outros Estados. A nacionalidade é o conceito central que confere ao Estado legitimidade para exercer a proteção diplomática.

Uma outra ficção legal permitiu a criação de pessoas jurídicas. No entanto, a noção ficcional de personalidade, atribuída a entes abstratos, torna ainda mais engenhoso o reconhecimento de nacionalidade, ao admitir que as referidas pessoas jurídicas possuam “vinculações políticas”¹³ autônomas de seus criadores em relação ao Estado. Para parte da doutrina¹⁴, a admissão de nacionalidade à pessoa jurídica, sobretudo às sociedades empresárias, teria uma conotação pragmática “em falta de outra mais adequada”¹⁵. Quer se entenda que a nacionalidade é uma “questão fundamental”¹⁶ ou artificialmente atribuída às sociedades, ela delimita a lei regente da pessoa jurídica (art. 11, LINDB), em razão das restrições constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis às sociedades classificadas como estrangeiras.

A proteção diplomática não pode ser exercida com base em um critério puramente formal. A excepcionalidade da medida exige um vínculo genuíno entre o nacional que teve um direito violado e o Estado que clama para si a responsabilidade de buscar a reparação perante a comunidade internacional. Há um duplo desafio. Primeiramente, identificar o liame político e social que une as sociedades empresárias (e demais pessoas jurídicas de direito privado) ao Estado. Em segundo lugar, a justificativa teórica para que o Estado intervenha em favor de um sujeito de direito abstrato, cada vez mais poderoso

¹³ MAGALHÃES, J. C. de. Nacionalidade da pessoa jurídica e a empresa multinacional. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 69, n. 2, p. 97-124, 1974. p. 98.

¹⁴ Para uma revisão das correntes doutrinárias que admitem e negam nacionalidade a sociedades empresárias, conferir: RÉGNIER, Leonardo Medeiros. *A personificação e a nacionalidade das sociedades comerciais*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000.

¹⁵ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. A nacionalidade e as sociedades comerciais no Brasil e no estrangeiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 145-174. p. 157.; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito da empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

¹⁶ TIBURCIO, Carmen. Disciplina legal da pessoa jurídica à luz do direito internacional brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 4. p. 969-993. p. 970.

e virtualmente imortal, mas que, para efeitos legais, atua em condição de igualdade com os cidadãos.

As grandes corporações já foram denominadas de monstro “Frankenstein”¹⁷: uma instituição, originada da concentração de capital e dissociada dos seres humanos que a idealizaram, cujo propósito é desempenhar atividades de risco na persecução de um retorno financeiro. Mas esse Prometeu Moderno é uma criação estatal e, como tal, merece uma proteção adequada. As sociedades empresárias — ou em termos mais amplos, as empresas — abrangem entidades de diferentes portes, destinadas a empreendimentos privados e públicos. As empresas são, simultaneamente, algozes e heróis. Despertam preocupações relativas a monopólios, práticas discriminatórias, degradação ambiental e ilícitos, ao mesmo tempo que são força motriz de inovação, empregabilidade e geração de riquezas. Na síntese de Lynn Stout: “nós criamos as corporações; agora nós compartilhamos o planeta com elas. A relação entre nossas duas espécies pode ser simbiótica ou predatória”¹⁸. Se, por um lado, as empresas não possuem consciência, corpo e alma¹⁹; por outro, seu patrimônio e investimentos são vulneráveis a arbitrariedades de países estrangeiros.

Acerca do liame suficiente para atribuir nacionalidade às empresas, inexistente critério uniformemente aceito pela doutrina de Direito Internacional. O conceito parece ser fluído. É comum que os países adotem uma combinação de fatores atrelados à pessoa jurídica, em reconhecimento de sua autonomia em relação aos sócios, no entanto, imperativos de segurança nacional ou interesse público permitem olhar para a estrutura interna das empresas e investigar a nacionalidade de seus integrantes²⁰.

¹⁷ UNITED STATES SUPREME COURT. *Louis K. Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517. Mr. Justice Brandeis, dissenting opinion. 1933.

¹⁸ Tradução nossa: “*We created corporations; now we share the planet with them. The relationship between our two species can be symbiotic or predatory.*”. Cf. STOUT, Lynn. *The shareholder value myth: how putting shareholders first harms investors, corporations, and the public*. San Francisco: BK Business Book, 2012. p. 103.

¹⁹ Na célebre frase atribuída a Edward Thurlow, 1st Baron Thurlow (1731-1806): “*Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?*”.

²⁰ Durante a Primeira Guerra Mundial, uma empresa constituída na Inglaterra, segundo as leis inglesas, foi declarada uma companhia inimiga por ter majoritariamente sócios e administradores alemães. Em grau recursal, Lorde Parker of Waddington afirmou: “*it is only by a figure of speech that a company can be said to have a nationality or residence at all. [...] It would seem, therefore, logically to follow that, in transferring the application of the rule against trading with the enemy from natural to artificial*

Entre os critérios identificadores da nacionalidade das empresas predominam dois de índole formal: (i) local da sua constituição ou incorporação, por coincidir, em regra, com a lei que confere personalidade jurídica, e (ii) sede estatutária, local indicado nos atos constitutivos. Ambos facilitam o reconhecimento da nacionalidade por terceiros, contudo carregam o inconveniente de serem manipuláveis e artificiais. Critérios como sede real, a partir de onde se conduz com habitualidade a administração da sociedade, e características do controle acionário, também podem ser adotados.²¹

A legislação brasileira prioriza um parâmetro duplo para classificar como nacional as sociedades empresárias, cumulando o requerimento de constituição em nosso país e a manutenção da sede de sua administração aqui²². Mas há exceções, a exemplo da propriedade de empresas jornalísticas e na regulação de grupos societários de direito pela Lei 6.404/76. Ao restringir a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens aos brasileiros e pessoas jurídicas de direito privado nacionais, impôs a estas últimas os critérios de incorporação e sede estatutária, sem aludir ao

persons, something more than the mere place or country of registration or incorporation must be looked at. [...] The character of individual shareholders cannot of itself affect the character of the company. This is admittedly so in times of peace, during which every shareholder is at liberty to exercise and enjoy such rights as are by law incident to his status as shareholder. It would be anomalous if it were not so also in a time of war, during which all such rights and privileges are in abeyance. The enemy character of individual shareholders and their conduct may, however, be very material on the question whether the company's, agents, or the persons in de facto control of its affairs, are in fact adhering to, taking instructions from, or acting under the control of enemies. This materiality will vary with the number of shareholders who are enemies and the value of their holdings” (Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd [1916] 2 AC 307).

²¹ O Código de Bustamante, por exemplo, combina diferentes critérios nos seus artigos 16 a 19. Para as associações, elege o local da incorporação, já para as sociedades civis e comerciais, desde que não sejam sociedades anônimas, a nacionalidade é determinada no ato constitutivo ou corresponderá ao lugar onde é exercida habitualmente a sua gerência ou direção principal. Tratando-se de sociedade anônima, a nacionalidade pode ser definida no contrato social, pela lei do lugar onde normalmente se reúne a Assembleia Geral de Acionista ou, em sua falta, o lugar onde funciona o Conselho Administrativo. O Código de Bustamante foi adotado no Brasil pelo Decreto n.º 18.871, de 13 de agosto de 1929.

²² Conferir: art. 170, IX e art. 176, da Constituição Federal; art. 1.126, Código Civil; art. 60, do Decreto-lei n.º 2.627/1940 (não revogado pela Lei 6.404/1976). A redação alterada do art. 222, da Constituição Federal, ao restringir a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens aos brasileiros e pessoas jurídicas de direito privado nacionais, impôs a estas os critérios de incorporação e sede estatutária, porém não faz alusão ao local da administração.

local da administração (art. 222, Constituição Federal). Até a edição da Emenda Constitucional n.º 06/1995, o art. 171²³ da Constituição previa as modalidades de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional. A revogação do dispositivo não significa que preocupações acerca do controle acionário deixaram de ser relevantes. A Lei de Sociedades Anônimas (LSA) — Lei n.º 6.404/76 — estabelece que, na formação de grupos societários de direito, mediante convenção arquivada na Junta Comercial, é necessário indicar a “nacionalidade do controle do grupo” e que a sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira (arts. 265 e 269, VII). Todavia, a definição de sociedade brasileira, para esse fim, é diversa da regra geral (constituição e administração no Brasil), reputando sob controle brasileiro se a sociedade de comando for controlada por pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil (brasileiras ou não), pessoas jurídicas de direito público interno ou sociedade brasileira que, direta ou indiretamente, esteja sob o controle das pessoas referidas anteriormente (art. 269).

A distinção entre sociedade nacional e estrangeira é relevante, pois sociedades estrangeiras não podem atuar no Brasil “sem autorização do Poder Executivo” (art. 1.134, CC), são obrigadas a manter um representante no país (art. 1.138, CC) e não podem concentrar a totalidade do capital social de sociedades anônimas (art. 251, LSA).

O incremento da globalização e dos meios eletrônicos de comunicação e pagamento dificultam, sobremaneira, a aplicação dos testes acima. As reuniões dos acionistas e dos diretores podem ser conduzidas virtualmente e a partir de diferentes localidades²⁴, impossibilitando a identificação de uma sede efetiva (concentração

das decisões administrativas e das deliberações sociais). O acesso facilitado a mercados internacionais permite que a transferência instantânea do controle acionário e sua dissimulação por instrumentos jurídicos (como grupos societários, criação de subsidiárias não operacionais, fundos de investimento, arranjos contratuais etc.).

Egberto Teixeira Lacerda já apontava que, pertinente à nacionalidade de pessoas jurídicas, nenhum critério seria completamente satisfatório, sendo “necessário ajustar os conceitos genéricos à realidade sempre nova das situações práticas”²⁵. Para a doutrina atual, esses critérios materiais não configuram elementos identificados da nacionalidade, mas indícios do vínculo genuíno com o país para fins de proteção diplomática²⁶.

5 *Barcelona traction* e novos desafios na definição de nacionalidade de empresas multinacionais

Meio século separa a decisão da CIJ no caso *Barcelona Traction* e o mundo atual. A decisão, ainda, divide opiniões e teria criado um sentimento anticlímax²⁷. Todavia, o julgamento orientou a elaboração, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), do projeto de convenção sobre proteção diplomática e a proposta em discussão recepciona suas conclusões²⁸.

No referido caso, a CIJ não reconheceu a legitimidade do país de origem dos sócios majoritários da companhia para pleitear a proteção diplomática. O entendimento predominante foi que a autonomia patrimonial e

²³ “Art. 171. São consideradas.

¹ — empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

¹¹ — empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.”

²⁴ Até 2021, a Lei de Sociedades Anônimas, em seu artigo 146, exigia que os membros dos órgãos de administração residissem no Brasil (regra não era aplicada às sociedades reguladas pelo Código Civil). Essa restrição foi revogada pela Lei 14.195/2021. Quanto às deliberações dos sócios, a Lei 14.030/2020 autorizou voto à distância e a realização de reuniões e assembleias de forma digital para sociedades anônimas e limitadas.

²⁵ TEIXEIRA, Egberto Lacerda. A nacionalidade e as sociedades comerciais no Brasil e no estrangeiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 145-174. p. 160.

²⁶ VICUÑA, Francisco Orrego. Changing approaches to the nationality of claims in the context of diplomatic protection and international dispute settlement. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, v. 15, n. 2, p. 340–361, outono 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/15.2.340>. Acesso em: 24 nov. 2022.

²⁷ TAMS, C.; TZANAKOPOULOS, A. Barcelona traction at 40: the ICJ as an agent of legal development. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 4, p. 781-800, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0922156510000361>. Acesso em: 25 nov. 2022.

²⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on diplomatic protection with commentaries. 2006. Disponível em https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf. Acesso em: 25 nov. 2022.

decisória, conferida pelo direito local às sociedades personificadas, não admite pleitos por danos indiretos aos sócios. Ampliar o cabimento da proteção diplomática aos Estados de origem dos acionistas comprometeria a segurança jurídica das relações internacionais, uma vez que os sócios podem ser de diferentes nacionalidades. A CIJ viu com preocupação o risco de procedimentos múltiplos e concorrentes.

Logo após o julgamento, foi alegado que o vácuo no tocante à proteção dos acionistas, deixaria os investidores impotentes e sem disposição para aplicar recursos no exterior, com conseqüente redução no mercado internacional de capitais e prejuízo ao desenvolvimento econômico de países emergentes²⁹. Esse cenário catastrófico não se concretizou e novos instrumentos jurídicos foram criados para proteção de investimento estrangeiros.

O caso é complexo e o problema reside na generalização de uma fórmula que não é compatível com as características de investimentos realizados pela atuação de empresas multinacionais ou com as rápidas mutações conduzidas da engenhosidade societária. O primeiro ponto de destaque é que *Barcelona Traction* reflete uma tomada hostil de uma companhia de grandes proporções e que suscitou medidas diplomáticas de diferentes países em favor dos acionistas (Canadá, Bélgica, Reino Unido e Estados Unidos)³⁰, além da atuação promovida pelo Canadá, entre os anos de 1948 e 1955, em favor da companhia³¹. O segundo ponto que merece atenção é que a companhia não era um mero veículo de investimento, desprovida de atividade operacional, ou uma companhia de fachada. Na definição de uma conexão suficiente com o país de sua incorporação, para fins de atribuição da nacionalidade canadense, a decisão apreendeu outros vínculos formais tais como a sede estatutária, realização de reuniões de diretoria, localização dos

documentos contábeis e societários, estar listada nos registros das autoridades fiscais do país e deu relevo à autonomia da vontade dos sócios de manter a empresa constituída no Canadá ao longo de cinquenta anos³².

À época do caso, existiam empresas consideradas plurinacionais ou supranacionais, que escapariam aos critérios formais adotados no acórdão³³. Essas empresas possuem natureza jurídica *sui generis* por estarem a serviço dos múltiplos países. Porém, todas elas possuem personalidade jurídica e, na lógica da decisão proferida pelo CIJ, o que mais importa é a separação da empresa em relação aos seus instituidores.

A convenção que criou a EUROFIMA é ilustrativa. A empresa foi constituída em 1956, com base num tratado internacional entre 14 Estados soberanos. Atualmente, é composto por 25 estados membros e 26 acionistas. Sua sede é na Basileia, com aplicação subsidiária da lei suíça³⁴. A EUROFIMA é uma sociedade anônima, com possibilidade de emissão de novas ações e participações não igualitárias entre os acionistas. Inobstante possuir uma única sede estatutária, seira incongruente classificá-la como uma sociedade de nacionalidade suí-

²⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022. ICJ Reports 1070, § 71.

³⁰ “Citam-se, como exemplos característicos de sociedades plurinacionais, a Sociedade Internacional de Moselle, a Sociedade Europeia para Tratamento Químico dos Combustíveis Irrradiados (Eurochemic), a Sociedade Europeia para Financiamento de Material Ferroviário (Eurofima), a SAS; o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) etc. O caso da companhia de navegação aérea, SAS, criada por contrato em 8.2.1951, é dos mais eloquentes. Os estatutos da companhia estabelecem a mais perfeita igualdade entre os acionistas da Dinamarca, da Noruega e da Suécia, inclusive mantendo três sedes sociais em Copenhague, Oslo e Estocolmo e não indicando nenhuma lei nacional como fonte de interpretação e aplicação dos estatutos sociais. Merece também especial referência o caso da União Carbonífera do Sarre-Lorena (SAARLOR) criado por tratado assinado em 27.10.1956, entre França e Alemanha. Os estatutos dessa sociedade, além de preverem a existência de duas sedes sociais (uma em Estrasburgo e outra em Sarrebruck), contêm a peculiaridade de acentuar que a vida da sociedade será regida por seus estatutos, pelo Tratado Franco-Alemão de 1956 e “pelos princípios comuns de direito francês e alemão”. Na falta ou insuficiência desses elementos, diz o art. 2º, apelar-se-á “para o espírito de cooperação que inspirou a transformação da sociedade em empresa franco-alemã.” (TEIXEIRA, Egberto Lacerda. A nacionalidade e as sociedades comerciais no Brasil e no estrangeiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 145-174. p. 163).

³¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022. ICJ Reports 1070, § 75-77.

³² Cf. Para maiores informações, acessar: <https://www.eurofima.org/about-us/>

²⁹ LUTZ, Preston G. Diplomatic protection of corporations and shareholders: capacity of government to espouse claims of shareholders of a foreign corporation. *California Western International Law Journal*, v. 1, n. 1, art. 10, p. 141-150, 1970. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwilj/vol1/iss1/10>. Acesso em: 25 nov. 2022.

³⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022.

³¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022. ICJ Reports 1070, § 75-77.

ça, já que ela mesma se identifica como “supranational organization, EUROFIMA is not subject to any national or international regulatory authority”³⁵.

De modo similar, há, no Brasil, a experiência com a Itaipu Binacional. Criada em 1973 por um Tratado com o Paraguai (Decreto n. 72.707/73), é uma “empresa pública binacional”³⁶ com duas sedes estatutárias (Brasília e Assunção), portanto, titular de dupla nacionalidade. Dispõe o artigo XXII que eventuais divergências quanto à interpretação ou aplicação do Tratado serão resolvidas “pelos meios diplomáticos usuais”. A sócia brasileira era originalmente a Eletrobrás, empresa estatal que passou por vários processos de desestatização: em 2002, admitiu capital privado minoritário, transformando-se em sociedade de economia mista, e, em 2022, foi privatizada com a transferência do controle acionário estatal para investidores privados. Por força da Lei n. 14.182/2021, a desestatização da Eletrobrás implicou a alienação do controle da Itaipu Binacional para a nova estatal Empresa Brasileira de Participações em Energia Nuclear e Binacional S.A (ENBPar) e os acionistas da Eletrobrás questionam, na justiça³⁷, essa transferência, sob alegação de terem sido prejudicados. Vê-se que a natureza especial da Itaipu Binacional — pessoa jurídica “emergente no campo do direito internacional público”³⁸ e não sujeita à legislação interna³⁹ — não

encontra todas as respostas no Direito Internacional. Por décadas, o acionista brasileiro da Itaipu Binacional era uma sociedade de economia mista, sujeitando-a ao convívio com investidores minoritários privados. A discussão sobre dano indireto aos minoritários da Eletrobras, em termos teóricos, não difere do caso *Barcelona Traction*. A privatização não pode ser equiparada à expropriação, mas ambos os casos lidam com repercussões indiretas na esfera jurídica dos acionistas. Em um cenário hipotético, os mesmos fatos poderiam envolver um ente soberano estrangeiro.

Empresas supranacionais como a Itaipu e a EUROFIMA são exceções e de atuação restrita. No entanto, a identificação de uma nacionalidade, com base nos critérios formais colocados pela CIJ, é tarefa problemática também em relação às multinacionais — sociedades privadas que internacionalizaram a atividade econômica. Isso porque as multinacionais organizam-se em grupos de sociedades, com a finalidade de segmentar os riscos, aproveitar benefícios fiscais e regulatórios. A técnica grupal é reconhecida pelo direito local, tanto para tutelar a autonomia de cada um dos entes do grupo, inclusive respeitando a constituição dos membros por lei estrangeira, quanto em relação aos efeitos econômicos destes conglomerados⁴⁰. As legislações nacionais preocupam-se com a concentração do poder (controle) e com os vínculos econômicos das entidades juridicamente independentes. Desse modo, os critérios formais escolhidos em *Barcelona Traction* para definir a conexão genuína com um determinado país são, hoje, de pouca utilidade⁴¹. O poder de controle tende a suplantar os fatores atrelados à incorporação, sede estatutária ou habitualidade da administração.

Ademais, os instrumentos internacionais também evoluíram no conceito de investimentos estrangeiros e no tocante aos meios de reclamação perante órgãos internacionais, permitindo, em larga medida, que os titulares de participação societária sejam ressarcidos de atos praticados contra as empresas e apresentem diretamen-

³⁵ Cf. <https://www.eurofima.org/about-us/>

³⁶ Caracterização atribuída por Miguel Reale em um dos pareceres oficiais sobre a natureza jurídica da Itaipu Binacional que foram objeto de aprovação pelo Presidente da República em 17.10.1978. No documento, Reale esclarece que a legislação societária não atenderia aos objetivos visados com a criação deste novo ente, por isso “a proposta que fiz no sentido de constituir-se uma empresa pública binacional, o que era possível fazer-se mediante Tratado, pois este, uma vez aprovado por Decreto Legislativo do Congresso Nacional, adquire força de lei, prevalecendo as suas normas especiais sobre quaisquer outras anteriores pertinentes à matéria.” (ITAIPU BINACIONAL. *Pareceres oficiais sobre a natureza jurídica da Itaipu*. 1978. Disponível em: <https://www.itaipu.gov.br/institucional/documentos-oficiais>. Acesso em: 25 nov. 2022).

³⁷ O valor da compensação financeira é objeto de Ação Civil Pública n.º 0152617-68.2022.8.19.0001, em trâmite perante a 6ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro e a medida foi proposta por uma associação que representa os acionistas minoritários (ABRADIN – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INVESTIDORES). A ABRADIN alega que o controle da Itaipu Binacional está sendo transferido para a ENBPar, sem o pagamento da efetiva e adequada contraprestação à Eletrobras.

³⁸ ITAIPU BINACIONAL. *Pareceres oficiais sobre a natureza jurídica da Itaipu*. 1978. Disponível em: <https://www.itaipu.gov.br/institucional/documentos-oficiais>. Acesso em: 25 nov. 2022.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Cíveis Originárias (ACOs) 1904, 1905 e 1957, julgamento realizado em 05/09/2020.

⁴⁰ A lei societária disciplina grupos de sociedades, mas outras áreas disciplinam a responsabilização ou efeitos econômicos dos grupos empresariais, a exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Defesa do Consumidor, Lei sobre Crimes Ambientais, Lei do CADE. Cf. PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*, v. 2, p. 5-27, 2005.

⁴¹ ACCONCI, Pia. Determining the internationally relevant link between a state and a corporate investor: recent trends concerning the application of the genuine link test. *Journal of World Investment & Trade*, v. 5, n. 1, p. 139-176, 2004.

te suas reivindicações via arbitragem de investimentos⁴². No entanto, no âmbito dos tribunais internacionais, a técnica grupal poderia ser útil para uma atualização do tema, abrindo-se espaço também para casos complexos e *sui generis*, como o dos empreendimentos transnacionais da Itaipu e da EUROFIMA, espécie de arranjo societário que não é novo, porém, faz parte de um mundo cada vez mais globalizado.

6 Considerações finais

A proteção diplomática é um instituto de contornos especialíssimos e escopo limitado. O caráter discricionário da iniciativa estatal e a sub-rogação do direito do particular pelo seu Estado de origem explicam o decaimento de sua importância e a evolução para outras modalidades de tutela a investimentos estrangeiros.

No que diz respeito às empresas multinacionais, o pressuposto da nacionalidade e demonstração do vínculo genuíno com o Estado-requerente acrescenta camadas de complexidade. A sobreposição de duas ficções jurídicas pode desembocar em resultados poucos críveis. A primeira ficção repousa na justificativa teórica para proteção diplomática ao admitir a reivindicação do Estado de um direito próprio, originado da violação aos seus nacionais. A segunda ficção exagera na abstração concedida pela personalidade jurídica às empresas. Sem o devido contraponto, a proteção diplomática alija o direito dos sócios e prioriza critérios formais de nacionalidade que não refletem a realidade. O alegado risco de múltiplos e concorrentes pedidos, caso se admita a proteção dos acionistas por danos indiretos, é exagerado. A discricionariedade da ação estatal e exigência de esgotamento das vias legais internas preservam a proteção diplomática do uso indiscriminado.

O caso *Barcelona Traction* e as particularidades do cenário político e das intervenções diplomáticas que antecederam o julgamento não permitem afirmar que sua conclusão foi equivocada. No entanto, a *ratio decidendi*

não pode ser transplantada para o contexto atual e generalizada. Novas formas empresariais e fortalecimento de estruturas grupais recomendam atenção especial para a manifestação do controle acionário e tutela dos interesses dos acionistas.

Todavia, seria prematuro alegar a obsolescência da proteção diplomática. Na tutela dos investimentos e investidores estrangeiros, tanto melhor que sejam mantidas as vias já consagradas de proteção na esfera internacional, pois elas não impedem o surgimento de novas técnicas. A proteção diplomática pode ser o único recurso à disposição de investidores oriundos de países que não admitem mecanismos privados de solução de controvérsia. No entanto, em demandas envolvendo arranjos societários complexos e proteção diplomática, os tribunais internacionais devem se ater a novas formas de interpretação e, à luz do direito doméstico, àquelas que consideram a concentração do poder (controle) e os vínculos econômicos das entidades juridicamente independentes.

Referências

- ACCONCI, Pia. Determining the internationally relevant link between a state and a corporate investor: recent trends concerning the application of the genuine link test. *Journal of World Investment & Trade*, v. 5, n. 1, p. 139-176, 2004.
- DENZA, E. Nationality and diplomatic protection. *Netherlands International Law Review*, v. 65, p. 463-480, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40802-018-0119-4>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- FONTOURA, José Augusto. *Direito internacional público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito da empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- GONTIJO, André Pires. Os caminhos fragmentados da proteção humana: o peticionamento individual, o conceito de vítima e o amicus curiae como indicadores do acesso aos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, 2012.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5

⁴² VAN HOUTTE, Hans. Protection of shareholders in investment disputes: 45 years after Barcelona traction observations sur le fondement de la protection diplomatiques des actionnaires de Societes Anonymes by Charles de Visscher. *Belgian Review of International Law*, v. 48, p. 514-520, 2015.; DENZA, E. Nationality and diplomatic protection. *Netherlands International Law Review*, v. 65, p. 463-480, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40802-018-0119-4>. Acesso em: 25 nov. 2022.

- fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*. 20 jul. 1989. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/76>. Acesso em: 18 set. 2022.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Interhandel (Switzerland v. United States of America)*. 21 mar. 1959. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/34>. Acesso em: 18 set. 2022.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*. 6 abr. 1955. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/18>. Acesso em: 18 set. 2022.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on diplomatic protection with commentaries. 2006. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf. Acesso em: 25 nov. 2022.
- ITAIPIU BINACIONAL. *Pareceres oficiais sobre a natureza jurídica da Itaipu*. 1978. Disponível em: <https://www.itaipu.gov.br/institucional/documentos-oficiais>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- LIMA, Lucas Carlos. A proteção diplomática no direito internacional contemporâneo: qual o papel da nacionalidade? *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 47, n. 2, p. 81-99, jul./dez. 2019.
- LUTZ, Preston G. Diplomatic protection of corporations and shareholders: capacity of government to espouse claims of shareholders of a foreign corporation. *California Western International Law Journal*, v. 1, n. 1, art. 10, p. 141-150, 1970. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwilj/vol1/iss1/10>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- MAGALHÃES, J. C. de. Nacionalidade da pessoa jurídica e a empresa multinacional. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 69, n. 2, p. 97-124, 1974.
- PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*, v. 2, p. 5-27, 2005.
- RÉGNIER, Leonardo Medeiros. *A personificação e a nacionalidade das sociedades comerciais*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso Elementar*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- STOUT, Lynn. *The shareholder value myth: how putting shareholders first harms investors, corporations, and the public*. San Francisco: BK Business Book, 2012.
- TAMS, C.; TZANAKOPOULOS, A. Barcelona traction at 40: the ICJ as an agent of legal development. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 4, p. 781-800, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0922156510000361>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. A nacionalidade e as sociedades comerciais no Brasil e no estrangeiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 145-174.
- TIBURCIO, Carmen. Disciplina legal da pessoa jurídica à luz do direito internacional brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 4. p. 969-993.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. São José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.
- UNITED STATES SUPREME COURT. *Louis K. Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517. Mr. Justice Brandeis, dissenting opinion. 1933.
- VAN HOUTTE, Hans. Protection of shareholders in investment disputes: 45 years after Barcelona traction observations sur le fondement de la protection diplomatiques des actionnaires de Societes Anonymes by Charles de Visscher. *Belgian Review of International Law*, v. 48, p. 514-520, 2015.
- VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Prefácio e tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.
- VICUÑA, Francisco Orrego. Changing approaches to the nationality of claims in the context of diplomatic protection and international dispute settlement. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, v. 15, n. 2, p. 340-361, outono 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/15.2.340>. Acesso em: 24 nov. 2022.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.