

A devida diligência em Direitos Humanos: O Papel dos Estados

Pelo Professor Olivier De Schutter, Professora Anita Ramasastry, Mark B. Taylor e Robert C. Thompson, dezembro de 2012

Relatório encomendado pelas Mesa Redonda Internacional sobre Responsabilidade Corporativa (International Corporate Accountability Roundtable – ICAR), Liga Europeia para Justiça Corporativa (European Coalition for Corporate Justice – ECCJ) e Rede Canadense sobre Responsabilidade Corporativa (Canadian Network on Corporate Accountability - CNCA)

Esta é uma tradução não oficial pelo [Centro de Informação sobre Empresas e Direitos Humanos](#) do índice analítico, do resumo e das recomendações deste documento de 63 páginas.

Versão original do relatório completo, atualmente disponível apenas em Inglês: <http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2012/12/Human-Rights-Due-Diligence-The-Role-of-States.pdf>

As organizações que encomendaram o relatório informaram que as traduções para o Francês e o Espanhol estão sendo feitas.

Índice

Prefácio	1
Resumo	3
I. Introdução	7
II. Opções Normativas para os Estados	11
1. RESPONSABILIDADE PENAL PARA EMPRESAS QUE SE OMITAM EM CUMPRIR COM A DEVIDA DILIGÊNCIA	12
A Devida Diligência e o Início da Ação Judicial	15
A Devida Diligência e o Julgamento	16
A Devida Diligência e a Sentença Judicial	16
2. RESPONSABILIDADE CIVIL PARA EMPRESAS QUE SE OMITAM EM CUMPRIR A DEVIDA DILIGÊNCIA	17
3. PENALIDADES ADMINISTRATIVAS PARA EMPRESAS QUE SE OMITAM EM CUMPRIR A DEVIDA DILIGÊNCIA	19
Devida Diligência e questões de Saúde e Segurança nos Locais de Trabalho	20
Devida Diligência e Proteção Ambiental	20
Devida Diligência e Prevenção de Lavagem de Dinheiro e Fluxos de Caixa Ilegais	22
4. A DEVIDA DILIGÊNCIA COMO BASE PARA APROVAÇÃO NORMATIVA	25
Devida Diligência e Avaliação do Impacto Ambiental	26
Devida Diligência, Infraestrutura em Países Estrangeiros e Projetos de Desenvolvimento	29

5. DEVIDA DILIGÊNCIA COMO REQUISITO PARA A REALIZAÇÃO DE NEGÓCIOS COM O GOVERNO	30
Devida Diligência e Aquisições Ecológicas	31
Devida Diligência, Direitos Trabalhistas e Prevenção ao Tráfico de Pessoas	32
Devida Diligência e Requisitos Éticos para Investimento dos Recursos Estatais (Fundos Éticos)	33
6. DEVIDA DILIGÊNCIA COMO UMA CONDIÇÃO DE APOIO AO COMÉRCIO E AOS INVESTIMENTOS	34
Devida Diligência e Agências de Crédito à Exportação	34
Devida Diligência e Preferências Comerciais	38
7. INCENTIVANDO DEVIDA DILIGÊNCIA POR MEIO DA LEI DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	39
8. COMUNICAÇÃO, TRANSPARÊNCIA E OBRIGAÇÃO DE PROPORCIONAR INFORMAÇÃO PARA A DEVIDA DILIGÊNCIA	44
III. O alcance da Devida Diligência em Direitos Humanos	49
IV. Procedimentos da Devida Diligência em Direitos Humanos	55
1. A RESPONSABILIDADE DE IDENTIFICAR IMPACTOS REAIS OU POTENCIAIS	55
2. A RESPONSABILIDADE DE PREVENIR E MITIGAR	56
3. A RESPONSABILIDADE DE PRESTAR CONTAS	57
V. Conclusão	59
VI. Recomendações	63
Observações finais	66

Resumo

Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas (“Princípios Orientadores”)¹ afirmam que as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos e que os Estados têm o dever de assegurar que elas assim o façam. Os Princípios Orientadores descrevem o dever dos Estados, que abrange “medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e reparar” o abuso aos direitos humanos “por meio de políticas adequadas, legislação, regulação e submissão à justiça.”² Os Princípios Orientadores sugerem devida diligência como um meio operacional para as empresas respeitarem os direitos humanos, embora as opções específicas disponíveis aos Estados para assegurar a realização da devida diligência nas mesmas ainda não estejam definidas.

O Projeto de Devida Diligência em matéria de Direitos Humanos procurou determinar a extensão em que os sistemas jurídicos dos Estados já utilizam regulações de devida diligência para assegurar que as empresas respeitem padrões estabelecidos e para descrever uma gama de opções regulamentares que idealizadores de política empresarial poderão utilizar em etapas futuras no sentido de preservar este respeito pelos direitos humanos.

¹ Representante Especial sobre Empresas e Direitos Humanos, Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos: Implantação do Quadro “Proteger, Respeitar e Reparar” das Nações Unidas, unanimemente adotado pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Princípio 1 ONU Doc. A/HRC/17/31 (Junho de 2011, por John Ruggie) [doravante “Os Princípios Orientadores”]

² *Id.*

Este relatório é o ponto culminante de uma série de Consultas com advogados e acadêmicos de todo o mundo sobre a questão de como os Estados já utilizam regulações de devida diligência na garantia de que a postura das empresas responda às expectativas sociais. Os Autores foram solicitados a elaborá-lo pela Mesa Redonda Internacional sobre Responsabilidade Corporativa (ICAR), pela Liga Europeia para a Justiça Corporativa (ECCJ) e pela Rede Canadense sobre Responsabilidade Corporativa (CNCA). Baseados em um conjunto estruturado de perguntas em relação a como os Estados garantem a aplicação da devida diligência pelas empresas, os Autores buscaram nos sistemas jurídicos de países das mais variadas regiões o conhecimento de especialistas familiarizados com as diversas áreas do direito material, incluindo as economias mais fortes, abordando tanto as jurisdições do direito civil quanto as jurisdições do *common law* (jurisdições). Ao buscar exemplos multijurisdicionais, o objetivo foi levar em consideração as diferenças entre os sistemas jurídicos e as culturas, e os diversos níveis de desenvolvimento econômico. Esta abordagem permitiu que os colaboradores destacassem as características específicas de determinados sistemas reguladores nas áreas de sua maior competência. O Projeto, em última análise, obteve mais de 100 exemplos de aplicação dos sistemas de devida diligência (os “Exemplos”) em mais de 20 Estados³, extraídos de uma imensa variedade de entidades reguladoras. Os Autores também puderam elaborar o relatório baseados em suas próprias experiências em direito empresarial e comercial, direito dos direitos humanos, direito penal nacional e internacional, e direito ambiental.

Os Exemplos ilustram numerosos enfoques na ação da entidade reguladora no incentivo à devida diligência, como se mostra no Relatório. O projeto encontra-se, no momento, em processo de preparação de um banco de dados acessível à pesquisa que contenha descrições breves dos exemplos, juntamente com citações jurídicas e Localizadores Padrão de Recursos (URLs Uniform Resource Locator). O banco de dados deverá estar disponível no *website* da ICAR logo no início do próximo ano.⁴ O Projeto pretende manter o banco de dados como um programa contínuo para o qual outras pessoas possam contribuir com exemplos suplementares. Os Autores esperam que o banco de dados também ajude funcionários do Estado, legisladores, membros da sociedade civil e tantos quantos procurarem caminhos para implantar os elementos da devida diligência em matéria de direitos humanos contidos nos Princípios Orientadores.

A principal conclusão do Relatório é que os Estados podem utilizar muito mais amplamente os instrumentos jurídicos para, de forma mais geral, garantir que os direitos humanos sejam respeitados nas empresas e, sob um enfoque mais particular, implantar a devida diligência neste âmbito. Por exemplo, as leis já existentes de proteção do trabalho, do consumidor e do meio ambiente servem para salvaguardar de maneira eficaz os vários titulares de direitos. Elas podem também oferecer oportunidades para integrar proteções mais importantes aos direitos humanos na sua prática de devida diligência. Os Estados desenvolveram, portanto, uma série de técnicas pelas quais se asseguram de que, em suas tomadas de decisão, as empresas busquem reflexões integradas que não visem unicamente prazos curtos e fins lucrativos: estabeleceram várias imposições a serem cumpridas na prática da devida diligência em relação a uma série de valores tais como proteção ao consumidor ou proteção ao meio ambiente, ou luta contra a lavagem de dinheiro ou tráfico de pessoas; ou criaram fortes incentivos para encorajar as companhias a projetar formas de considerar essas preocupações. Os direitos humanos devem, hoje, receber o mesmo nível de atenção. Na verdade, além

³ Os Estados eram: África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Bélgica, Bolívia, Canadá, China, Colômbia, Costa do Marfim, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Gana, Guatemala, Holanda, Honduras, Hong Kong, Índia, Indonésia, Itália, Japão, Libéria, México, Nepal, Nigéria, Nova Zelândia, Paquistão, Peru, Quênia, Reino Unido, República Democrática do Congo, República do Malawi, e República do Zimbábue, Singapura e Uganda.

⁴ Mesa Redonda Internacional sobre Responsabilidade Corporativa
www.accountabilityroundtable.org.

das leis que protegem os interesses dos consumidores, dos trabalhadores e o meio ambiente, os Autores acharam poucas referências explícitas aos direitos humanos nas diversas práticas de devida diligência existentes nos sistemas jurídicos da maioria dos Estados. Os Estados podem utilizar suas normas vigentes muito mais intensamente como parte do objetivo de garantir que as empresas administrem corretamente a prática da devida diligência em matéria de direitos humanos. Além disso, para consolidar e fortalecer a proteção já existente e continuar salvaguardando a ampla gama de direitos humanos, os Estados deveriam contemplar a larga abrangência de opções de regulação que utilizam devida diligência, incluindo aquelas aqui apresentadas, na garantia do respeito a estes direitos pelas empresas.

Baseado na prática estatal e nos padrões internacionais este Relatório conclui o seguinte:

Primeiramente, o Relatório confirma que a origem da devida diligência não foi a criação do Conselho de Direitos Humanos da ONU, tampouco uma medida voluntária para responsabilidade social corporativa. A devida diligência originou-se de instrumentos legais que os Estados já vêm usando para garantir que o comportamento das empresas afine-se com as expectativas sociais, incluindo os padrões estabelecidos por lei.

O Relatório determina que os procedimentos de regulação da devida diligência detectados em sistemas jurídicos diversos sejam coerentes com os processos descritos nos Princípios Orientadores e em outros instrumentos internacionais.

O Relatório descreve como os requisitos inerentes ao conceito de devida diligência são detectados em áreas jurídicas que são análogas ou diretamente relevantes aos direitos humanos, como o direito trabalhista, a proteção ambiental, a proteção ao consumidor e a anticorrupção.

O Relatório também determina que os requisitos à devida diligência possam ser utilizados para garantir que as empresas sejam responsabilizadas por violações à lei como, por exemplo, superando os obstáculos à regulação efetiva colocados por estruturas corporativas complexas ou suas atividades transnacionais. As opções descritas no Relatório expõem pelo menos quatro principais maneiras de regulação pelas quais os Estados podem garantir a realização de devida diligência em matéria de direitos humanos pelas empresas. Normalmente, estas abordagens coexistem nas mesmas jurisdições e nos mesmos sistemas jurídicos.

A primeira abordagem impõe a condição de devida diligência como uma questão de cumprimento das normas. Os Estados estabelecem regras que exigem que as empresas realizem devida diligência, tanto como uma obrigação legal direta exposta em uma regra, quanto de maneira indireta, como uma oportunidade oferecida às empresas para que evitem processos legais por violações criminais, civis ou administrativas. Por exemplo, os tribunais usam devida diligência nas empresas para avaliar o cumprimento das empresas com as leis ambientais, trabalhistas, de proteção ao consumidor e anticorrupção. Analogamente, as entidades reguladoras exigem a devida diligência nas empresas como condição fundamental nos pedidos de autorizações e licenças para várias atividades empresariais.

A segunda abordagem regulamentar fornece incentivos e benefícios às empresas como retribuição à sua competência em demonstrar a prática de devida diligência. Por exemplo, para que as companhias estejam qualificadas para obter seu crédito à exportação, certificação de produtos ou outras formas de apoio estatal, os Estados frequentemente exigem devida diligência aplicada aos riscos ambiental e social.

O encorajamento dado pelos Estados à devida diligência por meio de mecanismos de transparência e divulgação constitui-se na terceira abordagem da questão. Os Estados

implantam regras que exigem que as empresas revelem a presença ou ausência de devida diligência e de quaisquer danos identificados que as suas atividades possam gerar, como, por exemplo, a existência de trabalho infantil na cadeia de valor de uma companhia. Produtores e/ou fornecedores locais buscarão, então, refrear quaisquer danos identificados, baseados nas informações reveladas por uma companhia. Por exemplo, leis de segurança, de proteção ao consumidor e exigências de informação para responsabilidade social corporativa operam segundo a lógica de que informação serve os interesses e provocará ação imediata pelos consumidores, investidores, legisladores e pessoas que possam sofrer os impactos negativos das atividades de uma empresa.

Uma quarta abordagem envolve a combinação de duas ou três das abordagens anteriores. Os Estados agrupam regularmente aspectos destas abordagens com o objetivo de construir uma estrutura de incentivo que promova o respeito aos padrões normativos pelas empresas e que garanta que o cumprimento possa ser avaliado de maneira eficiente e efetiva. Por exemplo, as regras administrativas que regem a proteção ambiental, os direitos trabalhistas, a proteção ao consumidor ou a lei anticorrupção podem exigir devida diligência nas empresas como base fundamental para a obtenção de uma licença ou autorização, e podem igualmente demandar relatórios regulares de informação das atividades de devida diligência por elas realizadas. O reforço a tais regras pode agrupar penalidades administrativas, como multas e sanções de direito penal, bem como a possibilidade de ação civil.

O Relatório não é absolutamente a última palavra sobre quais são as medidas de regulação mais eficientes no que se refere à garantia de respeito pelos direitos humanos. A prática abrangente do Estado relativa à devida diligência como método de regulação não é evidência de proteção dos direitos humanos, bem como aplicação efetiva. Além disso, nenhuma forma de regulação de devida diligência servirá a todos os setores empresariais ou atenderá a todos os desafios em relação aos direitos humanos. O relatório não pretende prescrever quais medidas de regulação são melhores para um tipo particular de risco para os direitos humanos. O âmbito das atividades econômicas específicas, dos sistemas jurídicos nacionais, dos contextos dos direitos humanos, bem como a extensão nas estruturas, operações e relações empresariais, é muito variado e diverso para prescrições detalhadas em um só relatório. Será necessário um trabalho mais aprofundado em âmbitos nacional e setorial específico, adequado às tradições legais próprias de uma nação, para elaborar instrumentos de regulação que respondam a riscos particulares para os direitos humanos provocados por tipos específicos de atividades empresariais.

Recomendações

- Os Estados devem assegurar que seus sistemas jurídicos estendam as leis criminais já existentes às empresas por crimes com importância direta para a proteção dos direitos humanos, como delitos violentos e delitos contra o meio ambiente que possam ameaçar o direito à vida ou o direito à saúde. A responsabilização penal deve ser instaurada para as ações realizadas pelas empresas bem como para a falha da aplicação de devida diligência para prevenção de tais crimes por sua própria conduta ou pela conduta de seus funcionários ou agentes, ou das empresas pertencentes ao grupo corporativo por todas suas ações globais.
- Os Estados devem garantir que seus sistemas jurídicos provêem a responsabilização civil das empresas quando essas prejudicarem ou causarem danos aos direitos humanos, incluindo quando da ausência de devida diligência para prevenção de tais danos, causados por sua própria conduta ou pela conduta de seus funcionários ou agentes ou das empresas pertencentes ao grupo corporativo por todas suas ações globais.

- Os Estados devem utilizar mais largamente regulação administrativa para assegurar a prática de devida diligência em matéria de direitos humanos pelas empresas. Podem usar de forma mais efetiva as normas já existentes – tais como as do trabalho administrativo, do meio ambiente, da proteção ao consumidor e outras atividades empresariais sobre as quais podem exercer influência – fazendo com que, sob suas leis administrativas, as empresas prestem contas de sua responsabilidade em respeitar os direitos humanos.
- Os Estados devem certificar-se de que seus regimes de devida diligência estão de acordo com o seu dever de preservar seu território nacional de ser usado para práticas causadoras da transgressão aos direitos humanos em territórios de outros Estados, incluindo pessoas físicas domiciliadas em seu território.
- Os Estados devem garantir que vítimas tenham acesso a mecanismos de reparação judiciais por violação aos direitos humanos, incluindo o acesso aos tribunais e aos processos de regulação. Além disso, os Estados devem atender aos obstáculos práticos enfrentados pelas vítimas na busca da reparação judicial, tais como os frequentes custos financeiros proibitivos de litígio, ou a dificuldade de obter coação das decisões judiciais num Estado que não o de sua jurisdição.
- Onde o direito penal, civil ou administrativo ofereça defesa a uma empresa, baseada em sua devida diligência, os Estados devem assegurar-se de que tal defesa está fundamentada em provas de que a empresa em questão adotou e aplicou medidas adequadas e efetivas em relação aos riscos para os direitos humanos. A simples presença de políticas e procedimentos de devida diligência não será suficiente para eximir uma empresa de responsabilidades. Os Estados devem exigir que o Ministério Público, os tribunais, os legisladores e outros órgãos do Estado ligados às empresas avaliem práticas de devida diligência de empresas para que se garanta que tais medidas não se limitem apenas a fins de cumprimento “no papel”, que a administração não tenha tolerado ou intencionalmente ignorado as violações aos direitos humanos ou que estas medidas tenham sido efetivamente projetadas para lidar concretamente com os riscos aos direitos humanos em questão.
- Os Estados devem garantir que as penalidades impostas às empresas sejam adequadas à natureza da violação dos direitos humanos e à participação das diferentes pessoas envolvidas, tanto jurídicas quanto físicas. Além disso, para qualquer reparação às vítimas, as diferentes opções de penalidades impostas a pessoas jurídicas podem incluir, por exemplo, multas, cancelamento de licenças, retirada do apoio ou investimento do governo, vigilância (tais como observação independente, auditoria interna ou supervisão judicial), o fechamento do estabelecimento onde haja ocorrido a infração ou mesmo uma ordem judicial de dissolução da sociedade.
- Os Estados devem considerar uma combinação adequada de incentivos e penalidades sob a luz da violação aos direitos humanos em questão e do quadro regulamentar nacional apropriado a um setor empresarial específico. O critério deve ser baseado na evidência de que, no contexto no qual ela é aplicada, a combinação particular de deveres e incentivos é razoavelmente eficaz na prevenção de violações dos direitos humanos pelas empresas, ou deve ser baseado no fato de que as próprias empresas tenham para isso contribuído através de seus atos ou omissões.
- Os Estados devem garantir que a obrigação fiduciária do “dever de diligência” dos diretores das empresas seja entendida de maneira a apoiar o respeito aos

direitos humanos. Os Estados devem assegurar, na forma da lei, que, quando os diretores agem responsabilmente respeitando estes direitos, considera-se também que eles estejam agindo de forma coerente com deveres fiduciários que têm com seus acionistas.

- Os Estados devem exigir que a devida diligência em matéria de direitos humanos seja a base para aprovação de licenças e autorizações para projetos específicos ou atividades comerciais, por exemplo, garantindo que o respeito aos direitos humanos seja parte integrante das avaliações sobre o impacto ambiental. Os Estados devem dar todo tipo de apoio na concessão de empréstimos ou seguro de risco para o desenvolvimento de projetos no exterior ou para atividades de exportação, por exemplo, sob a condição da integração da prática da devida diligência em matéria de direitos humanos. Da mesma forma, os Estados devem exigir das empresas em que investem com fundos estatais ou outros recursos o emprego da devida diligência.
- Os termos de compra públicos em todos os níveis devem exigir que as empresas comprovem cumprimento às normas específicas de devida diligência em matéria de direitos humanos, desde que as normas de direitos humanos referidas sejam as universalmente reconhecidas e desde que a avaliação de cumprimento seja feita de maneira objetiva e imparcial, e não resulte em discriminação injustificada.
- Os Estados devem garantir que suas preferências comerciais estejam parcialmente fundamentadas na exigência de comprovação de cumprimento a normas específicas de devida diligência em matéria de direitos humanos pelas empresas, desde que as normas de direitos humanos referidas sejam as universalmente reconhecidas e desde que a avaliação de cumprimento seja feita de maneira objetiva e imparcial, e não resulte em discriminação injustificada.
- Os Estados devem exigir que as empresas publiquem ou divulguem suas políticas e práticas de devida diligência, incluindo os riscos aos direitos humanos identificados e os passos tomados para prevenir e mitigar tais riscos. De forma geral, os Estados devem exigir a divulgação de informações necessárias a entidades reguladoras, investidores, consumidores e outras partes interessadas para que avaliem o respeito aos direitos humanos nas empresas. De uma maneira mais ampla, ao exigirem que as empresas esclareçam quais os passos que estão tomando para lidar com determinado tipo de risco aos direitos humanos, os Estados tornam a divulgação dos regulamentos função primordial na eficiência e legitimidade de toda a política da devida diligência. Sem regulamentação de meios e métodos de divulgação, a eficiência e, conseqüentemente, a legitimidade da devida diligência em matéria de direitos humanos em uma empresa permanecerá duvidosa.
- Os Estados devem observar os procedimentos da devida diligência que sejam eficientes em níveis nacionais e internacionais como opções para estabelecerem os padrões de sua atuação nas empresas. No mínimo, os padrões estabelecidos para os procedimentos de devida diligência nas empresas devem ser coerentes com os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas.