**A Devida Diligência em Direitos Humanos: O Papel dos Estados**

**Relatório de progresso 2013**

Por Mark B. Taylor, Instituto Fafo para Estudos Internacionais Aplicados (*Fafo Institute for Applied International Studies*), Oslo, Noruega, encomendado pela Mesa Redonda Internacional sobre Responsabilidade Corporativa (*International Corporate Accountability Roundtable*), novembro de 2013

*Esta é uma tradução não oficial feita pelo* [*Centro de Informação sobre Empresas e Direitos Humanos*](http://www.business-humanrights.org/).

*Versão original (disponível apenas em Inglês):* [*http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/11/ICAR-Human-Rights-Due-Diligence-2013-Update-FINAL1.pdf*](http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/11/ICAR-Human-Rights-Due-Diligence-2013-Update-FINAL1.pdf)

# A responsabilidade de respeitar: Independente, não isolada

Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas (2011) esclareceram, por meio de normas internacionais, o que significa para uma empresa respeitar os direitos humanos. A responsabilidade de respeitar, tal como definida pelos Princípios Orientadores, baseia-se no princípio de que uma empresa não deve fazer nenhum mal. Os Princípios Orientadores estabelecem que, a fim de cumprir com sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, uma empresa deve atuar com devida diligência para garantir a não violação dos direitos de outros.

Em outras palavras, a responsabilidade de uma empresa surge a partir de suas atividades e relações, e uma empresa deve tomar medidas - devida diligência - para garantir que suas atividades e relações não violem os direitos humanos. Os Princípios Orientadores deixam claro que essa responsabilidade se estende ao longo das operações e relações de uma empresa em nível mundial e que é uma responsabilidade corporativa independente, ou seja, uma responsabilidade que existe independente do que os Estados façam ou deixem de fazer.

**Independente, mas não isolada.**

A responsabilidade de uma empresa de respeitar os direitos humanos é independente do dever dos Estados de proteger os direitos humanos, mas não está isolada dele. Na verdade, o Princípio Orientador 1 descreve o dever dos Estados de proteger contra abusos por parte de empresas, incluindo "medidas adequadas para prevenir, investigar, punir e remediar" violações dos direitos humanos "através de políticas adequadas, legislação, regulamentos e submissão à justiça."

Em 2012, o Projeto de Devida Diligência em Direitos Humanos descobriu que a devida diligência é utilizada por sistemas jurídicos dos Estados em todo o mundo, inclusive numa variedade de tradições jurídicas: dos EUA à China, da Austrália à Nigéria, da Argentina a UE e seus estados-membros, de países com direito consuetudinário (*common law*) até países com direito civil. Nestes sistemas jurídicos, os procedimentos de devida diligência são coerentes com o processo de devida diligência descrito nos Princípios Orientadores; tanto que o relatório "Devida diligência em direitos humanos: O papel dos Estados" (relatório HRDD) concluiu que é possível descrever os componentes de devida diligência como um padrão emergente de procedimentos de devida diligência familiares em muitas jurisdições e internacionalmente: identificar os riscos aos direitos humanos; tomar medidas para evitar ou mitigar esses riscos e ser transparente sobre os riscos e o que está sendo feito para resolvê-los (ver Apêndice I "Procedimento de devida diligência em direitos humanos").

Em todo o mundo, a devida diligência é comumente usada para avaliar a conformidade das empresas em relação a padrões estabelecidos por lei, incluindo, em alguns casos, a proteção aos direitos humanos, como os direitos trabalhistas, ou a resposta a riscos relacionados, como a proteção ao consumidor ou ao ambiente. O projeto, no entanto, encontrou poucas referências explícitas aos direitos humanos *per se* na variedade dos regimes de devida diligência que existem. Os Princípios Orientadores tão pouco especificam opções em termos de políticas e leis que poderiam estar disponíveis aos Estados para que garantissem a implementação da devida diligência corporativa em relação aos direitos humanos. O grupo de peritos do projeto também ouviu repetidamente de especialistas e advogados consultados que, em muitos casos, as leis existentes eram mal aplicadas.

# Opções normativas para os Estados

Nos doze meses desde o relatório HRDD houve sinais de progresso. Conforme descrito no relatório, a evidência indica que a devida diligência não é um conceito legal ou normativo estranho na maioria dos países. No entanto, subsistem lacunas significativas na prática dos Estados. Os Estados poderiam utilizar muito mais amplamente os instrumentos jurídicos para, de forma geral, garantir que os direitos humanos sejam respeitados nas empresas e, sob um enfoque mais particular, que as empresas implantem a devida diligência neste âmbito.

O relatório HRDD (2012) encontrou quatro abordagens normativas principais através das quais os Estados podem garantir as atividades de devida diligência em direitos humanos por parte das empresas:

* Devida diligência como uma questão de conformidade legal/normativa
* Regulamentações que criam incentivos ou benefícios para as empresas que demonstram a prática de devida diligência
* Incentivo ou exigência de devida diligência através de regras de transparência e divulgação
* Uma combinação de uma ou mais das abordagens acima

Abaixo estão alguns exemplos de novas medidas estabelecidas em 2013 em cada uma dessas categorias normativas, resumidas e colocadas no contexto de exemplos do relatório HRDD (2012).

## 1. Devida diligência como conformidade

A maioria dos países tem disposições legais que impõem requisitos de devida diligência como uma questão de conformidade normativa. Conforme descrito no relatório HRDD (2012), as regras que exigem que as empresas conduzam devida diligência são implementadas ou como uma obrigação legal direta, formulada em uma regra, ou de forma indireta, oferecendo às empresas a oportunidade de utilizar a devida diligência como uma defesa contra acusações de natureza penal, civil ou infrações administrativas.

Por exemplo, as entidades reguladoras da Índia, Alemanha e Gana exigem que as empresas realizem regularmente a devida diligência como base para a concessão de aprovações e licenças de atividades de negócio que possam impactar o meio ambiente ou a segurança dos trabalhadores do sector de construção. Os tribunais dos Estados Unidos permitem que as empresas utilizem a devida diligência como forma de defesa contra acusações de negligência ambiental ou de suborno e corrupção. Da mesma forma, leis antilavagem de dinheiro na maioria dos países, desde países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) até a China, exigem que as instituições financeiras conduzam devida diligência do cliente (DDC), também conhecida como medidas 'conheça o seu cliente' (CSC). A China exige que suas empresas realizem a devida diligência em relação à segurança no local de trabalho para trabalhadores chineses que habitam no exterior.

Em novembro de 2013, os deputados franceses introduziram uma legislação proposta para a Assembleia Nacional que criaria um requisito para as empresas francesas de demonstrar que implementaram sistemas de devida diligência a fim de evitar causar dano ou contribuir para prejudicar no âmbito de suas atividades econômicas. O projeto de lei proposto faz referência tanto aos Princípios Orientadores das Nações Unidas quanto às diretrizes da OCDE e, em essência, estabelece uma responsabilidade legal de respeitar os direitos humanos no âmbito do direito penal e civil francês conforme definidos por esses dois instrumentos internacionais. Ao fazer isto, a lei oferece às empresas uma defesa de devida diligência:

O projeto de lei propõe a alteração dos códigos civil e penal, criando um regime de responsabilidade por danos que ocorram no contexto das atividades econômicas ou comerciais das empresas que violem os direitos fundamentais.

A presunção de responsabilidade não é conclusiva e a empresa pode ser isenta de responsabilidade se provar que não tinha conhecimento de qualquer atividade que pudesse ter um impacto potencial sobre os direitos fundamentais ou se ficar provado que fez todo o possível para evitar esse impacto.

O projeto de lei também altera o código comercial francês acrescentando uma seção que encoraja as empresas a monitorar todas as atividades que realizam e que possam ter um impacto sobre os direitos fundamentais. O projeto de lei permite explicitamente que tal monitoramento seja realizado de acordo com os meios disponíveis pela empresa, permitindo que pequenas e médias empresas implementem medidas que estejam de acordo com os seus impactos potenciais sobre os direitos humanos.

### Responsabilidade penal

A possibilidade de responsabilidade penal de uma empresa está prevista em várias jurisdições, inclusive para crimes que constituem graves violações dos direitos humanos. Conforme descrito no relatório HRDD (2012), os Estados podem impor responsabilidade penal a uma entidade empresarial que se omita em cumprir com a devida diligência para prevenir certos crimes. Em alguns casos, uma empresa pode evitar ser acusada de crimes cometidos por seus agentes (funcionários, empreiteiros) demonstrando que haviam implementado programas efetivos de devida diligência. Mesmo nas jurisdições em que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não está prevista no código penal do país, empresários individuais podem acabar como réus em processos criminais.

Em 25 de abril de 2013, o promotor público, de Tübingen, Alemanha, recebeu uma denúncia por parte de ONGs solicitando que abrisse uma investigação contra Olof von Gagern, gerente sênior do Danzer Group, uma empresa madeireira suíça e alemã.  A denúncia alegava que von Gagern deixou de agir para evitar abusos dos direitos humanos cometidos pelas forças de segurança congolesas durante uma operação na aldeia de Bongulu, em Yalisika, no norte da República Democrática do Congo (RDC), em 02 de maio de 2011. A denúncia afirmava que as forças de segurança causaram grave dano corporal, cometeram estupro, danos a bens de propriedade e detiveram arbitrariamente moradores durante a operação. A denúncia alega que as forças de segurança congolesas receberam ajuda logística da Siforco, uma subsidiária da Danzer na época do incidente, incluindo transporte para a aldeia, transporte de detidos da aldeia e pagamento financeiro. A denúncia alega que von Gagern não atuou de forma adequada tendo em conta o risco provável que uma operação das forças de segurança causaria aos moradores. A Danzer e a Siforco negaram as acusações, argumentando que não facilitaram a violência e que as forças de segurança estavam fora de seu controle e responsabilidade.

### Responsabilidade civil

Os sistemas jurídicos da maioria dos países preveem a responsabilidade civil de uma empresa que causa danos ou prejuízos a uma vítima, inclusive ao se omitir em cumprir com a devida diligência. Conforme descrito no relatório HRDD (2012), esse tipo de omissão é geralmente definida como não tomar todas as medidas cautelares que podiam ter sido tomadas a fim de reduzir o risco da ocorrência.

Em 2013, houve vários exemplos em que decisões judiciais envolvendo ações civis fortaleceram a devida diligência como um requisito para a realização de negócios:

Em janeiro, um tribunal na Holanda considerou uma subsidiária nigeriana da Royal Dutch Shell como responsável por danos de derrames de dutos de petróleo sofridos por um agricultor da Nigéria. De acordo com a lei nigeriana, o tribunal holandês considerou que a subsidiária tinha sido negligente; em essência a empresa se omitiu em tomar as medidas preventivas que podiam ter sido tomadas a fim de reduzir o risco de sabotagem por parte de terceiros para a população local:

“. . . [a empresa] criou uma situação particularmente perigosa no poço IBIBIO-I e permitiu que esta situação continuasse. . . [a empresa] deveria ter previsto este risco óbvio de sabotagem e tomado mais e melhores medidas preventivas contra ele. . . Em particular, as pessoas que vivem na vizinhança que, como [o autor da ação] Akpan, geram renda a partir da terra e de lagoas de peixes, correm um risco significativo de danos causados ​​por sabotagem. . . que é fácil de cometer.”

Os autores da ação pediram ao tribunal para que se pronunciasse sobre uma violação dos seus direitos humanos, especificamente uma violação de sua integridade física. O tribunal recusou-se a fazê-lo alegando que, embora houvesse precedentes na lei nigeriana indicando casos em que um dano direto havia sido cometido por uma empresa acusada, não havia precedentes para um caso em que o dano tivesse sido cometido por terceiros e apenas facilitado por negligência de uma empresa.

Em março, o Supremo Tribunal de Kampala, Uganda, declarou-se a favor dos arrendatários de terras que haviam sido violentamente expulsos por forças do governo para abrir caminho para uma plantação de café. Em sua decisão, o tribunal considerou que a Autoridade de Investimento de Uganda (*Ugandan Investment Authority* - UIA) não agiu com a devida diligência em relação à transferência de terras dos arrendatários tradicionais para a empresa Kaweri Coffee Plantation Inc., e com o reassentamento de 2.000 a 4.000 pessoas do local. O tribunal considerou que a UIA falhou em verificar as atividades de seus advogados e o resultado foi, por fim, a violenta expulsão dos inquilinos por parte das forças de segurança atuando com base em uma transferência fraudulenta de terras. Em essência, a UIA não

“. . . realizou devida diligência, supervisão e verificações e saldos. Uma leve prudência teria sido o suficiente para detectar que a transação toda era suspeita. A UIA falhou em verificar os valores das terras e os montantes compensatórios, bem como obter acordos de compensação assinados com as escrituras e outros documentos. . .”

O tribunal responsabilizou principalmente os advogados contratados pela UIA, mas teceu palavras duras quanto ao papel dos investidores alemães por trás da Kaweri Coffee, dizendo que "os investidores tinham o dever de assegurar que os nossos povos indígenas não fossem explorados. Deveriam ter respeitado os direitos humanos e os valores das pessoas e... deveriam ter se convencido de que os inquilinos tinham sido devidamente compensados, reassentados e informados com a devida antecedência. Ao invés disso foram espectadores silenciosos.... A empresa alemã rejeitou as alegações sobre o seu papel, descrevendo-as como baseadas em uma deturpação dos fatos.

## Incentivos à devida diligência

A maioria dos países tem regras que alavancam o papel do Estado como um consumidor (contratação pública), investidor ou outro ator com base no mercado, a fim de encorajar ou requerer devida diligência por parte das empresas. Estas abordagens usam a política e as leis para oferecer incentivos e benefícios para as empresas em troca de sua capacidade de demonstrar a prática de devida diligência.

O Japão, a Coréia e Taiwan têm as chamadas disposições de “aquisição ecológica", que, por ex., dão um tratamento preferencial aos fornecedores que podem certificar práticas que favorecem o meio ambiente. O Regulamento de Aquisição Federal dos EUA (*U.S. Federal Acquisition Regulation* - FAR) exige que os fornecedores do governo federal comprovem o cumprimento de devida diligência em relação ao trabalho infantil nos países em que os seus produtos são produzidos. Da mesma forma, a lei americana Davis-Bacon (*US Act Davis-Bacon)* combate o '*dumping social*' nos EUA feito por empreiteiros que trabalham em contratos de construção federais. O Fundo de Aposentadorias Públicas da Noruega, denominado Global, é rastreado para uma série de violações dos direitos humanos, e empresas podem ser excluídas do universo de investimento ou colocadas sob observação se não conseguirem mostrar o cumprimento de devida diligência.

Em 2013, a UE tomou medidas para permitir devida diligência em relação a bens produzidos em assentamentos judeus. Catherine Ashton, Alta Representante para os Negócios Estrangeiros da UE, enviou uma carta aos funcionários seniores da Comissão Europeia instruindo-os a tomar todas as medidas legais e administrativas necessárias para garantir que produtos de assentamentos judeus fossem rotulados como tal em territórios palestinos ocupados. Em sua carta, ela afirmou a ligação entre a posição da UE opondo-se à construção de assentamentos judeus e a prevenção da possibilidade de que produtos provenientes destes assentamentos pudessem ser exportados para a UE como produtos israelenses. Já existe uma legislação da UE que permite que os Estados exijam tal rotulagem. As ações de Catherine Ashton vieram após treze ministros do exterior da UE escreverem, em abril de 2013, expressando apoio aos seus esforços de formular diretrizes para todos os países da UE relativas a requisitos de rotulagem dos produtos provenientes de assentamentos judeus, importados pelos países da UE e vendidos no mercado europeu.

Também em 2013, a UE implementou uma emenda na estrutura de incentivos direcionados às empresas operantes em Israel de forma a garantir que os fundos da UE não fossem para os assentamentos. A UE emitiu uma diretiva excluindo assentamentos judeus das doações financeiras da UE. Para garantir o respeito das posições da UE e seus compromissos em conformidade com as leis internacionais, qualquer entidade israelense que resida ou opere nos territórios ocupados não é elegível para receber "subvenções, prêmios [ou] instrumentos financeiros" financiados pela UE. Estas orientações aplicam-se a qualquer empresa pública ou privada israelense, organização não governamental, incluindo organizações sem fins lucrativos, cujo local de estabelecimento ou operações - no todo ou em parte - esteja dentro dos territórios ocupados. Para cumprir o acordo, as orientações exigem que entidades israelenses que se candidatem a subvenções, prêmios ou instrumentos financeiros declarem que são elegíveis no âmbito dos requisitos estabelecidos acima. Se, no entanto, as informações presentes na declaração estiverem incorretas, isso pode ser considerado uma grave infração, através da qual a entidade poderá ser excluída ou ter sua subvenção cancelada.

A agência de crédito à exportação da Noruega, GIEK, comprometeu-se em 2013 a uma revisão das suas políticas e procedimentos relativos aos requisitos sociais e ambientais dos seus clientes, a fim de se alinhar com os enfoques comuns atualizadas da OCDE (2012) e dos UNGPs.  A nova política da GIEK vai além do requisito mínimo da OCDE, uma vez que abrange todas as operações da GIEK, incluindo unidades móveis (navios), projetos abaixo de 10 milhões de DSE (direito de saque especial) e operações de curto prazo. Na prática, a GIEK se baseia fortemente nos Padrões de Desempenho da Corporação Financeira Internacional (*International Finance Corporation’s Performance Standards* - IFC-PS) e utiliza um conjunto de questionários que devem ser respondidos pelos requerentes de crédito à exportação ou seguro.  Estes, então, formam a base para o engajamento da GIEK com a empresa e com a própria devida diligência da GIEK em relação aos potenciais impactos sociais (direitos humanos) e ambientais.  Além disso, a GIEK toma várias medidas para identificar riscos em suas operações, incluindo visitas aos locais envolvidos, utilizando serviços de consultores especializados independentes e utilizando ferramentas de triagem de dados online. A GIEK identifica problemas potenciais antes da aprovação ou do início de projetos, tanto com as empresas de implementação quanto com os bancos que fornecem o financiamento do projeto. Os referenciais de desempenho social e ambiental são definidos durante a execução do projeto, e a GIEK trabalha para garantir que eles se tornem obrigações legais através da sua integração aos contratos de empréstimos estabelecidos pelos bancos. Dos clientes é esperado que façam relatórios regulares em relação a tais referenciais. As informações de impacto fornecidas à GIEK sobre projetos de médio e alto risco aparecem no site da GIEK.

## Divulgação de devida diligência

Uma terceira abordagem para incentivar ou exigir devida diligência é através de mecanismos de transparência e divulgação. Conforme descrito no relatório HRDD (2012), os Estados implementam regras que exigem que as empresas divulguem a devida diligência com a intenção de que os mercados e a sociedade tentem restringir quaisquer danos identificados.

Por ex., as leis referentes a valores mobiliários, na maioria dos países, requerem alguma forma de comunicação da empresa. As leis também podem criar requisitos de comunicação sobre a responsabilidade social das empresas, como ocorre na Dinamarca, Noruega, Espanha e Malásia. Em alguns países, as leis de proteção ao consumidor requerem formas de divulgação, como na França, Argentina, Alemanha, EUA e UE, na lógica de que a informação serve aos interesses e promove ações por parte de investidores, reguladores e pessoas que podem ser negativamente afetadas por uma atividade empresarial.

Em 2013, o Departamento de Estado norte-americano estabeleceu requisitos de comunicação em relação a um investimento recentemente autorizado em Myanmar (Burma) depois de os EUA terem aliviado as sanções em resposta a reformas que ocorreram naquele país. De acordo com os novos requisitos, todo americano que investir na MOGE (*Myanmar [Burma]’s Oil and Gas Enterprise* - Empreendimento Myanmar [Burma] de Petróleo e Gás) ou cujo investimento agregado em Myanmar (Burma) exceder US$500.000 deve fazer um relato da visão geral de suas operações em Myanmar, e quais, se houver, políticas ou procedimentos estão estabelecidas para cobrir os direitos humanos, os direitos dos trabalhadores, contra a corrupção, proteção do meio ambiente, aquisição de bens, acordos com provedores de segurança e transparência financeira.

O Departamento de Estado espera que as divulgações e informações que as empresas compartilhem sejam usadas para encorajar e ajudar as empresas a desenvolver políticas e procedimentos para lidar com a série de impactos que as operações de negócios têm em Myanmar. Por ex., "se a empresa tem influência para evitar ou mitigar o impacto negativo", o Departamento a incentiva a conduzir-se de acordo com os Princípios Orientadores das Nações Unidas e "exercer a sua [influência]." Caso a empresa não seja capaz de aumentar sua influência, "a empresa deve considerar encerrar o relacionamento, levando em conta avaliações credíveis dos potenciais impactos negativos aos direitos humanos resultante disso." Os investidores que não apresentam os relatórios exigidos não estão em conformidade e estão sujeitos a penalidades civis e criminais por violação da Lei sobre os Poderes Econômicos em caso de Emergência Internacional (*International Emergency Economic Powers Act*).

Em julho de 2013, um tribunal norte-americano rejeitou o argumento da Associação Nacional dos Fabricantes, da Câmara de Comércio dos EUA e da Mesa Redonda de Negócios em um processo judicial movido contra os requisitos de divulgação relativos a minerais de conflito. O processo foi aberto em 2012 desafiando a Seção 1502 da lei Dodd-Frank de Reforma de Wall Street e Proteção ao Consumidor (*Section 1502 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*). A Seção 1502 da lei de Dodd-Frank exige que as empresas com valores mobiliários registrados na Comissão de Valores Mobiliários (*Securities and Exchange Commission* - SEC) avaliem e apresentem relatórios anuais sobre todos os minerais de conflito "necessários para a funcionalidade ou produção de um produto" fabricado (ou contratado para ser fabricado) pela empresa. As empresas devem conduzir um inquérito de boa fé no país de origem e onde estanho, tântalo, tungstênio ou ouro parecem ser provenientes da RDC ou de países vizinhos. A empresa deve realizar a devida diligência e enviar um relatório público sobre os minerais de conflito. A última regra exige que um emissor de devida diligência siga uma estrutura de devida diligência, reconhecida nacional ou internacionalmente. A SEC indicou que a "orientação de devida diligência das cadeias de fornecimento responsáveis por minerais provenientes de áreas afetadas por conflitos e de alto risco" (*Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*) da OCDE satisfaz os critérios da Comissão.

Em seu processo, os autores da ação argumentaram que na emissão da regra, a SEC ignorou as suas obrigações legais sob a Lei de Valores Mobiliários, que o processo de regulamentação foi arbitrário e caprichoso em vários outros aspectos, e que as divulgações públicas exigidas tanto pela Regra quanto pela Seção 1502 de Dodd-Frank constituíam discurso que violaria a Primeira Emenda (*First Amendment*). O Tribunal Distrital dos Estados Unidos da América do Distrito de Columbia rejeitou este argumento. O Tribunal Distrital considerou que a SEC estava fazendo a regulamentação de uma forma coerente com a intenção do Congresso, ou seja,

“...[P] ara realizar o objetivo de ajudar a acabar com as violações dos direitos humanos na República Democrática do Congo causada por conflitos, o Congresso optou por usar os requisitos de divulgação das leis de valores mobiliários a fim de promover uma maior conscientização do público a respeito da fonte de minerais de conflito das empresas e promover o exercício de devida diligência em cadeias de fornecimentos de minerais de conflito...”.

O tribunal não considerou as regras da SEC nem arbitrárias nem caprichosas, e que nada sobre a regra ou o estatuto subjacente infringia os direitos da Primeira Emenda das indústrias.

## A 'mistura' regulatória da devida diligência

Uma quarta categoria de opções normativas para estimular ou exigir devida diligência envolve uma combinação de uma ou mais das abordagens delineadas acima. Os Estados frequentemente combinam diferentes aspectos destas abordagens a fim de montar uma estrutura de incentivos que promova o respeito por parte das empresas aos padrões estabelecidos nas regras, e assegure que a conformidade possa ser avaliada de uma forma eficiente e eficaz. Por ex., as regras administrativas que regem a proteção ao meio ambiente, aos direitos trabalhistas, ao consumidor ou à anticorrupção podem requerer devida diligência por parte das empresas como base para obter uma licença ou aprovação, podendo também requerer relatórios regulares de divulgação das atividades de devida diligência das empresas. Aplicação de tais regras pode combinar penalidades administrativas (multas), sanções penais, bem como a possibilidade de ação civil, na qual a devida diligência pode ser uma defesa.

Em março de 2013, os EUA reautorizou a Lei de Reautorização da Proteção às Vítimas do Tráfico de Pessoas (*Trafficking Victims Protection Reauthorization Act* - TVPRA), que inclui disposições para exigir que as agências do governo trabalhem em conjunto com as empresas para garantir que suas cadeias de fornecimento estejam livres de materiais produzidos com o uso de mão de obra traficada, e que as empresas não contribuam para o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. Esta lei também altera a Lei de Combate a Organizações Corruptas e Influenciadas pelo Crime Organizado (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* - RICO), uma lei penal que inclui a fraude na contratação de mão de obra estrangeira como uma infração subjacente, ao lado de crimes como a escravidão.

A TVPRA de 2013 é apenas a mais recente de uma série de medidas tomadas nos EUA para reforçar as regras que regem o risco de participação das empresas no tráfico de pessoas e infrações relacionadas. Em setembro de 2012, o presidente Barack Obama emitiu a Ordem Executiva 13627, "Fortalecimento de Proteções Contra o Tráfico de Pessoas em Contratos Federais" (*Strengthening Protections Against Trafficking in Persons in Federal Contracts*), que proíbe contratos federais de realizar atividades específicas relacionadas ao tráfico de pessoas e estabelece deveres afirmativos aos empreiteiros e subempreiteiros, incluindo vários incentivos à devida diligência, os quais mostram similaridade substancial às regras que regem outros regimes de contratação pública.

Para garantir conformidade, empreiteiros e subempreiteiros devem concordar, através de contrato, a cooperar plenamente com auditorias e investigações da agência de contratação e, para contratos acima de US$ 500.000, são obrigados a manter um plano de conformidade que inclui medidas concretas de devida diligência. A Ordem Executiva (OE), abrange todos os contratos federais para serviços ou bens caso sejam realizadas nos EUA ou no exterior, e o não cumprimento de qualquer destas disposições pode resultar em suspensão ou rescisão do contrato, e eventual exclusão. A OE não cria um direito privado de ação, embora tal direito de ação exista sob a forma de Lei de Proteção às Vítimas do Tráfico de Pessoas (*Trafficking Victims Protection Act*) (2003). Em agosto de 2013, a empresa de defesa, KBR, com sede nos EUA, e sua subsidiária jordaniana foram processadas por um tribunal federal americano em um dos primeiros casos contra uma empresa no âmbito do presente estatuto.

Esta combinação de engajamento do Estado com as empresas, os requisitos referentes a contratações públicas, as regras de divulgação e os remédios penais e civis é típica do que os Princípios Orientadores das Nações Unidas chamou de "mistura inteligente" de medidas para promover o respeito por parte das empresas aos direitos humanos. Os próprios Princípios Orientadores descrevem esta abordagem mista em relação à participação das empresas em zonas de conflito armado. De acordo com o Princípio 7 "Apoiar o respeito das empresas pelos direitos humanos em áreas de conflito", os Princípios Orientadores sugerem que os Estados devem se envolver logo e apoiar as empresas para ajudá-las a "identificar, prevenir e mitigar" riscos aos direitos humanos em um contexto particular de conflitos violentos. Este compromisso deve ser combinado com a possibilidade de retirar o apoio público em situações que uma empresa se recusa a cooperar e que "medidas de execução são eficazes em tratar o risco de envolvimento das empresas em abusos graves dos direitos humanos".

Um exemplo desta abordagem a empreendimentos em situações conflito ocorreu em 2013 em relação a investimentos holandeses na Cisjordânia ocupada por Israel. Em setembro, a empresa de engenharia holandesa, Royal Haskoning DHV, anunciou que estava se retirando de uma planta de tratamento de esgoto na Jerusalém Oriental ocupada.

O anúncio foi feito após o aconselhamento por parte do governo holandês que, como uma questão de política, desencoraja investimentos por empresas holandesas em assentamentos na Cisjordânia, já que o governo entende tais assentamentos como ilegais sob a lei internacional. Um funcionário holandês disse a ativistas que "informamos a Royal Haskoning DHV da obrigação que o governo holandês estabeleceu de informar ativamente as empresas. Não é proibido para as empresas holandesas participar em tais relações econômicas. A responsabilidade recai sobre as próprias empresas".

A Royal Haskoning DHV afirmou que se retirou "após a devida consulta com as várias partes interessadas, a empresa entendeu que o futuro envolvimento no projeto poderia estar em violação de leis internacionais". No passado, o promotor público holandês, deixou claro que considerava a atividade empresarial em assentamentos um potencial crime de guerra, e sugeriu que as empresas que faziam negócios nos ou com os assentamentos deveriam tomar medidas concretas para acabar com tais atividades. Em outubro, o professor Richard Falk, relator especial sobre direitos humanos nos territórios palestinos ocupados, indicou que seu escritório procurava informar as empresas de que suas práticas nos territórios poderiam ser "problemáticas" e resultar em responsabilização criminal.

# Devida diligência em 2014

A maneira como os Estados formulam regras e políticas de incentivo, e requerem devida diligência em direitos humanos será uma função da sua tradição jurídica, a forma como a devida diligência é comumente utilizada nos termos da legislação em vigor, a natureza da atividade empresarial a ser regulada, e os contextos particulares de direitos humanos envolvidos. No entanto, com base em desenvolvimentos recentes, existe uma série de prioridades que podem ser identificadas para a defesa de políticas e desenvolvimento legal em 2014 e além.

## Priorizar respostas do Estado a empresas em zonas de conflito

A primeira prioridade é no setor de conflito violento no exterior. Aqui é onde as violações dos direitos humanos são maiores e a inação do Estado em relação aos danos ocorridos no exterior é mais difícil de justificar. Há pelo menos cinco áreas de ação que devem ser prioritárias em 2014 e mais além:

* Globalizar e ampliar regras que regem a gerência de cadeias de fornecimento responsáveis, em particular, no que diz respeito a minerais de conflito. As empresas internacionais estão expostas a regulamentação da SEC norte-americana (Seção 1502 de Dodd-Frank) e a UE está considerando regras semelhantes. A eficácia da abordagem de devida diligência desenvolvida pela OCDE para a região dos Grandes Lagos da África devem ser avaliadas, e as lições devem ser aplicadas ao desenho das políticas e das leis que regem todas as mercadorias (*commodities*) que ajudam a sustentar a violação dos direitos humanos em conflitos armados.
* Integrar a devida diligência em direitos humanos aos regimes de licenciamento de exportações. Na esteira do acordo do Tratado sobre o comércio de armas (2013) existe uma base sólida para a coordenação das políticas dos Estados sobre os regimes de licenciamento para a exportação de armas. Hoje, alguns regimes de licenciamento de exportações apresentam cláusulas de direitos humanos, mas nenhum parece exigir que os exportadores de armas mostrem a implementação de sistemas de devida diligência em direitos humanos eficazes. Em antecipação à entrada em vigor do Tratado, os Estados devem tomar medidas para garantir que a devida diligência em direitos humanos pelos requerentes de certificados de exportação para as exportações de armas seja parte integrante do processo de solicitação.
* Aconselhar e apoiar empresas que se veem de repente envolvidas em guerras e ditaduras. Como descrito acima, os Princípios Orientadores (PO 7) e seu relatório anexo criam uma escala de respostas do Estado a empresas em zonas de conflito, desde o envolvimento com as empresas interessadas em fazer a coisa certa até a desvinculação das não cooperativas. Os Estados devem tomar medidas para garantir que as suas políticas e práticas estejam de acordo com esta abordagem.
* Certificar-se de que recursos judiciais estão disponíveis para o julgamento de empresas que cometem ou contribuem com graves violações dos direitos humanos. Por ex., em Novembro de 2013, procuradores federais suíços confirmaram ter iniciado uma investigação da Argor-Heraeus SA em resposta a uma queixa apresentada pela ONG, TRIAL, alegando que a empresa sabia que o ouro que movimentou em 2004 e 2005 tinha sido pilhado da República Democrática do Congo (RDC) durante um conflito armado. A empresa rejeitou firmemente as acusações.
* Garantir a coerência das abordagens governamentais através da coordenação de políticas internacionais. Em suas *recomendações para o próximo mandato,* o professor John Ruggie, representante especial do secretário-geral da ONU (*UN SRSG*), constatou que "as jurisdições nacionais têm interpretações divergentes da aplicabilidade de normas internacionais a empresas proibindo abusos graves dos direitos humanos, potencialmente chegando ao nível de crimes internacionais", e sugeriu que mais clareza seria necessária, talvez através de um instrumento internacional. Os Estados devem começar o diálogo multilateral para reduzir os obstáculos à justiça para as vítimas de graves violações dos direitos humanos.

## **Integrar a devida diligência às relações dos Estados com as empresas**

**A segunda área que parece um candidato óbvio para a ação governamental é a relação de negócios em que o Estado é um ator econômico vital. Requerer devida diligência como um limiar mínimo para fazer negócios com o Estado envia uma mensagem poderosa aos mercados e ajuda a elevar os padrões de responsabilidade social empresarial. É também um dever do Estado fazê-lo no âmbito das suas obrigações quanto aos tratados internacionais dos direitos humanos. Os Estados devem exigir que as empresas realizem a devida diligência em direitos humanos como parte de suas relações comerciais com os organismos governamentais. Isso se aplica a empresas estatais (EEs), fundos de investimentos (pensões), o desembolso de ajuda ao desenvolvimento em países estrangeiros (*overseas development assistance* - ODA), crédito/seguro à exportação e contratação pública.**

## **Consolidar o alcance da devida diligência**

Os Estados devem assegurar que, ao encorajar ou exigir devida diligência por parte das empresas, não prejudiquem as regras estabelecidas que regem o alcance da devida diligência. O sentido exato e a intenção dos Princípios Orientadores, e dos instrumentos nacionais e internacionais baseados nos Princípios Orientadores, é evitar que as empresas evadam suas responsabilidades terceirizando atividades potencialmente prejudiciais a outros através de suas relações comerciais.

Um dos problemas centrais enfrentados pela agenda de responsabilidade social empresarial é o enfraquecimento da responsabilidade e do respeito pelas normas legais, como proteção do meio ambiente ou direitos trabalhistas, através da utilização criativa de relações comerciais, diversas formas de entidades empresariais e organização ou estrutura dos grupos de empresas em todas as jurisdições. A abordagem dos Princípios Orientadores e instrumentos relacionados é definir a responsabilidade das empresas, de forma a reconhecer os limites formais da entidade jurídica estabelecida pela legislação societária na maioria das jurisdições, ao mesmo tempo evitando que a escolha da forma de organização atue como um obstáculo para lidar com os possíveis danos ou violações decorrentes das atividades comerciais dessa entidade ou de seus parceiros.

A análise realizada para o relatório HRDD (2012) sugere que a devida diligência é usada por diferentes regimes jurídicos de uma maneira similar. A devida diligência em jurisdições nacionais é usada para superar os obstáculos à regulação efetiva, os quais são impostos por estruturas corporativas complexas ou atividades transjurisdicionais. Em sistemas jurídicos nacionais, a responsabilidade das empresas para realizar a devida diligência não termina no limite legal da empresa individual. A devida diligência se estende por todo o grupo de empresas e, em alguns casos, a todas as relações de negócios em nível mundial. Isto é verdade para as legislações nacionais e internacionais que regem a anticorrupção (Reino Unido), a segurança no local de trabalho (China), os minerais de conflito (EUA), a antidiscriminação contra pessoas com deficiência (EUA) e com relação a ações civis (Regulamento Bruxelas I da UE).

O propósito do conceito de devida diligência é requerer que uma empresa identifique, previna ou mitigue, e que se responsabilize por danos ou violações causados. Ao atuar desta forma através de relacionamentos de negócios globais da empresa, o âmbito de devida diligência é projetado para superar outros limites legais, tais como a realidade da personalidade jurídica individual ou jurisdições distintas. O seu âmbito é, por isso, muitas vezes determinado em primeiro lugar, pela natureza do dano a ser evitado.

## **Divulgação de devida diligência**

**A quarta e última área que necessita de uma solução de política pública é a área de divulgação de devida diligência pelas empresas. Está na natureza da devida diligência procurar os riscos que a empresa deve evitar, sendo que a devida diligência está à procura de riscos de danos para as pessoas. Poucas empresas estão voluntariamente divulgando ou publicando informações que identificam tais riscos.**

**As políticas e legislações públicas precisam criar um ambiente em que a informação de devida diligência** - **os riscos e o que tem sido feito para resolvê-los** - **possa ser publicada. As leis de relatório geral de RSE são parte da resposta, mas como estão no momento não requerem divulgação suficiente. Processos envolvendo múltiplos atores podem ajudar, mas o quanto são capazes de facilitar a transparência da devida diligência depende, em parte, da natureza da estrutura jurídica aplicável a um determinado setor ou que protege um determinado conjunto de direitos. Será necessária uma combinação de requisitos de comunicação e divulgação, incluindo requisitos obrigatórios como relatórios sobre minerais de conflito.**