

QUANDO NEGÓCIOS NÃO SÃO

APENAS NEGÓCIOS

AS CORPORAÇÕES MULTINACIONAIS
E OS DIREITOS HUMANOS

JOHN GERARD RUGGIE

Tradução: Isabel Murray



São Paulo, 2014

Por razões parecidas, a questão das empresas e dos direitos humanos era grande demais para ser trabalhada apenas pelo sistema de direitos humanos da ONU. Muitas outras organizações internacionais haviam desenvolvido padrões de responsabilidade corporativa, de acordo com suas missões e seus mandatos específicos. Idealmente, os aspectos desses esforços que estivessem relacionados a direitos humanos seriam alinhados no Quadro Referencial da ONU, de forma convergente e cumulativa. Para isso, era necessário estabelecer relações com aquelas organizações e construir o marco como uma plataforma de normas essenciais e orientação de políticas que poderia ser desenvolvida por outras pessoas ou empresas de acordo com a realidade de cada um.

Além disso, como uma prioridade inicial, deliberadamente reforcei medidas preventivas e técnicas alternativas de resolução de disputas como forma de complementar – não substituir – medidas judiciais. Tais medidas técnicas podem ser adotadas mais rapidamente do que os regimes jurídicos podem ser desenvolvidos, e sistemas judiciais, reformados. E, se forem bem-sucedidas, podem diretamente reduzir a incidência de abusos. Além disso, Estados, empresas e organizações da sociedade civil podem desempenhar importantes papéis para estabelecer e apoiar mecanismos de denúncia extrajudiciais, mesmo durante o desenrolar de projetos de reforma judicial e o desenvolvimento de capacidade. Em minha opinião, um elemento central dessa estratégia seria o envolvimento mais profundo entre as empresas, as pessoas e comunidades afetadas por elas.

Havia mais uma exigência: para levar essa pauta adiante, governos teriam de endossar sua estrutura e os governos estariam mais propensos a fazer isso se eu conseguisse maior adesão dos *stakeholders*.

Essas eram as principais metas por trás do Quadro Referencial “Proteger, Respeitar e Remediar” e também para a implementação dos Princípios Orientadores, assunto que tratarei a seguir.

Capítulo 3

Proteger, Respeitar e Remediar

A comunidade internacional ainda está nos primeiros estágios de adaptação do regime de direitos humanos de forma a fornecer proteção mais efetiva a indivíduos e comunidades contra violações aos direitos humanos envolvendo empresas. O Capítulo 1 mostrou como lacunas de governança formam ambientes permissivos para atos abusivos por parte das empresas, mesmo quando não era essa a intenção, sem sanções punitivas nem remediação adequada. No Capítulo 2, expliquei por que nem o caminho dos tratados nem a abordagem da Responsabilidade Social Corporativa voluntária em si devem remediar suficientemente essas lacunas no futuro próximo. Cheguei à conclusão de que, para seguir adiante com êxito, seria preciso reconhecer, interligar melhor e promover as múltiplas esferas de governança que moldam a conduta das corporações multinacionais.

O Quadro Referencial “Proteger, Respeitar e Remediar” (Quadro) e os Princípios Orientadores (POs) para sua implementação têm o objetivo de estabelecer uma plataforma normativa comum mundial e uma orientação de política confiável como base para conseguir progresso cumulativo e gradual, sem eliminar nenhum outro acontecimento promissor a longo

prazo. O Quadro aborda o que deve ser feito; os Princípios Orientadores tratam de como fazer. O presente capítulo explica quais são suas características essenciais, qual a fundamentação deles e como foram recebidos pelos principais grupos de *stakeholders*: Estados, empresas e sociedade civil. Os POs incluem e baseiam-se no Quadro, mas, para ficar mais claro, este capítulo separa as considerações sobre as bases do Quadro da orientação operacional extra oferecida pelos POs. O Capítulo 4 faz um resumo analítico dos caminhos estratégicos pelos quais eles foram produzidos, endossados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, assimilados por outros órgãos normativos e aceitos diretamente por outros importantes agentes.

É importante lembrar que o Quadro e os POs são baseados em três pilares. O primeiro é a obrigação do Estado de proteger contra violações aos direitos humanos cometidas por terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas adequadas, regulamentação e adjudicação. O segundo é a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos, o que significa que as empresas devem agir com a auditoria para se abster de infringir os direitos humanos de terceiros e enfrentar os impactos negativos sobre os direitos humanos nos quais tenham algum envolvimento. O terceiro é a necessidade de que as vítimas tenham maior acesso a meios eficazes de mediação, judiciais ou extrajudiciais. Todos os pilares são componentes essenciais em um sistema interligado e dinâmico de medidas de prevenção e mediação: o dever do Estado de proteger, porque faz parte da essência do regime internacional de direitos humanos; a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos, porque é uma expectativa básica da sociedade; e o acesso a meios de mediação, porque nem mesmo uma grande combinação de esforços pode evitar todos os abusos.

Pelos motivos discutidos no capítulo anterior, minha conclusão do que deveria ser feito tinha a intenção de ser coerente com a legislação internacional existente, e não defender novos

padrões legais que iriam motivar um debate inconclusivo ou seriam totalmente ignorados – e, no meu julgamento, esses seriam os resultados inevitáveis. A novidade normativa era a maneira na qual os componentes do Quadro foram definidos e conectados dentro de um modelo único e coerente, compatível com os direitos humanos. Já os POs seguem uma direção tradicional, explicando como os compromissos existentes precisam, devem ou podem ser cumpridos.

1. O Quadro Referencial

O Quadro identifica os deveres jurídicos e a lógica de política relacionada aos Estados em relação ao tema empresas e direitos humanos; as responsabilidades sociais independentes das empresas, em particular corporações multinacionais, em relação aos direitos humanos – nas quais o termo “independentes” significa que elas existem, não importando se os Estados estão respeitando seus compromissos; e os mecanismos de remediação associados aos dois. O Quadro estabelece princípios fundamentais e também fixa sinalizadores para uma variedade de novos temas complexos e relativamente novos para o campo dos direitos humanos, que iriam exigir maior desenvolvimento e análise – vários deles foram depois absorvidos pelos POs.

O Dever do Estado de Proteger

No discurso internacional dos direitos humanos, as obrigações jurídicas dos Estados são diferenciadas de acordo com os preceitos de “respeitar, proteger e cumprir”, sendo que algumas pessoas ainda colocam “promover” nessa lista. Na categoria “proteger” está a proteção, por parte do Estado, contra violações aos direitos humanos cometidas por terceiros – ou seja, por agentes particulares. No passado, quando se falava de terceiros, o foco era em grupos rebeldes armados ou similares. Mas, por definição, empresas também são terceiros. Portanto, o dever do Estado de proteger contra violações aos direitos

humanos envolvendo empresas tornou-se o ponto de partida para o Quadro. O primeiro passo era fazer com que esse significado ficasse claro e depois identificar maneiras de os Estados cumprirem seu dever de forma mais eficiente.

A obrigação do Estado de proteger contra abusos cometidos por terceiros, incluindo empresas, está fundamentada no direito internacional de direitos humanos, no que se refere a leis baseadas em tratados e em leis consuetudinárias. A linguagem específica empregada nos principais tratados de direitos humanos da ONU pode variar, mas os documentos sempre incluem dois grupos de obrigações. Primeiro, os tratados fazem com que os Estados signatários se abstenham de violar os direitos das pessoas em suas respectivas jurisdições (“respeitar”). Segundo, os tratados exigem que os Estados “assegurem” (ou algum outro verbo equivalente) o gozo ou a realização daqueles direitos pelos titulares dos direitos.¹ Assegurar que os titulares dos direitos gozem desses direitos, por sua vez, exige a proteção por parte dos Estados contra outros agentes sociais, incluindo as empresas, cujas ações impedem ou negam esses direitos.

Em geral, existe consenso de que o dever do Estado de proteger é uma norma de conduta, não um resultado. O que isso significa em relação às atividades empresariais é que os Estados não são, por si, responsáveis quando uma empresa comete uma violação dos direitos humanos. Mas os Estados podem desrespeitar suas obrigações relativas à legislação internacional de direitos humanos se não adotarem medidas apropriadas para evitar tais abusos e para investigar, punir e compensar quando esses problemas acontecerem; ou quando os atos de uma empresa puderem ser diretamente atribuídos ao Estado, por exemplo, porque a empresa é usada como um agente do governo. Nesse sentido, os próprios Estados podem ter alguma responsabilidade pelos atos de empresas estatais. Dentro desses parâmetros, o direito internacional dá aos Estados o amplo poder de escolha sobre como cumprir seu dever de proteção. De

forma geral, os principais tratados de direitos humanos contemplam medidas legislativas, administrativas e judiciais.

A orientação atual dos órgãos da ONU encarregados de visoriar tratados de direitos humanos sugere que os Estados não precisam regulamentar as atividades extraterritoriais de empresas constituídas em sua jurisdição, mas eles também não estão proibidos de fazer isso, contanto que exista uma base de jurisdição reconhecida – por exemplo, quando abusos são cometidos por ou contra cidadãos daquele país. Vimos no Capítulo 2 que alguns órgãos de supervisão de tratados estão recomendando, cada vez mais, que os Estados adotem medidas para prevenir abusos no exterior por parte de corporações multinacionais domiciliadas em sua jurisdição. Ademais, existem fortes lógicas políticas para que os Estados de origem incentivem tais companhias a respeitar direitos no exterior. Esse é o caso, sobretudo quando o próprio Estado está envolvido no projeto empresarial – seja na condição de proprietário, seja na de investidor, segurador, facilitador ou simplesmente organizador. Ao encorajar que normas sejam cumpridas em outros países, os Estados de origem evitam uma posição insustentável, na qual o apoio a uma companhia envolvida em abusos poderia ser interpretado como contribuição indireta para violações cometidas no exterior. Também, a fiscalização feita pelos Estados de origem pode proporcionar o apoio necessário aos Estados anfitriões que não dispõem de capacidade para implementar, eles próprios, um ambiente regulatório eficaz.

Em 2008, no relatório no qual apresentei o Quadro Referencial, especifiquei essa formulação sobre o dever do Estado de proteger como um elemento fundamental do regime internacional de direitos humanos, conforme se aplica às empresas. O relatório dizia o seguinte:

A natureza geral do dever de proteger é bem compreendida pelos especialistas em direitos humanos dentro e além dos governos. O que ainda não foi bem assimilado é a

gama de domínios políticos pelos quais os Estados podem cumprir seu dever em relação às atividades empresariais, inclusive como fomentar uma cultura corporativa que respeite os direitos humanos em casa e no exterior. Isso deve ser visto como prioridade política urgente nos governos.²

Identifiquei quatro grupos de políticas focadas amplamente em medidas de prevenção; adjudicação e medidas punitivas são abordadas no pilar “remediar”, junto com outras formas de remediação não baseadas no Estado.

O primeiro grupo de políticas diz respeito a acordos de investimento internacionais – o ponto de entrada para uma multinacional ingressar no mercado de um país anfitrião. Estão incluídos os tratados bilaterais de investimento (TBIs) de Estado para Estado que explicam as proteções acordadas pelo país que está importando capital para os investidores do país exportador de capital, e também contratos entre investidores e Estados para projetos específicos de investimento, como abastecimento de água ou concessões para exploração de petróleo ou mineração. Tais acordos protegem investidores estrangeiros contra atitudes arbitrárias por parte dos países receptores. Mas também representam dois problemas potenciais para o marco regulador de políticas do governo anfitrião. Um deles é que os acordos podem bloquear as exigências regulatórias domésticas existentes por toda a duração do projeto, o que permite ao investidor estrangeiro tentar conseguir isenções ou compensações do governo receptor adotando, digamos, uma nova lei trabalhista, mesmo que isso eleve os custos de todos os empreendimentos no país, sejam eles nacionais, sejam estrangeiros. Se o governo não obedecer, o investidor poderá mover um processo com base na arbitragem internacional de controvérsias, na qual um painel *ad hoc* de árbitros leva em consideração apenas o tratado ou o texto do contrato (“a lei aplicável”), e não considerações mais amplas sobre interesses públicos que possam estar em jogo. Pesquisas realizadas por minha equi-

me e por outros especialistas demonstraram que provisões para a proteção dos interesses de investidores estrangeiros e as decisões dos painéis de arbitragem tinham se tornado muito amplas com o passar do tempo, especialmente quando os governos receptores careciam de poder de negociação.³ Em alguns casos, até as definições de “investidor” e “investimento” haviam sido ampliadas para conceder proteções a futuros investidores (direitos preestabelecidos), intermediar companhias controladoras e acionistas minoritários – e, consequentemente, fortalecer várias outras formas de operações econômicas; “prevenção de vendas; participação no mercado por meio de comissões; acordos de empréstimo e contratos de construção; notas promissórias e outros instrumentos bancários; e até mesmo o estabelecimento de escritórios de advocacia”.⁴ Mesmo quando nenhuma queixa é feita contra o Estado, a possibilidade de um processo pode enfraquecer a vontade do governo anfitrião de adotar as regulamentações adequadas em benefício da própria população. O segundo problema resulta da vasta fragmentação dentro dos governos e da maior influência burocrática das políticas e agências de promoção de investimentos em comparação a entidades que trabalham em prol dos direitos humanos. Foi o que o governo da África do Sul descobriu no caso da Lei do Impedimento Econômico do Negro, que citei no Capítulo 2. Para compensar esses dois problemas, são necessários acordos de investimento mais equilibrados e alinhamento mais organizado entre as agências e as políticas dos países receptores.

O segundo grupo de políticas que requer maior atenção diz respeito ao direito empresarial corporativo e à regulamentação do mercado de valores mobiliários – exigências para constituição de empresa e listagem em bolsa, deveres dos conselheiros, exigências sobre apresentação de demonstrações financeiras e políticas pertinentes. Essas leis e regulamentações moldam diretamente o que as companhias fazem e como fazem, mas seus efeitos nos direitos humanos ainda são mal compreendi-

dos. Tradicionalmente, os dois são vistos como diferentes esferas legais e políticas, com distintas comunidades de prática. Como resultado, existe falta de clareza em quase todas as jurisdições, não apenas no que se refere ao que as companhias, seus conselheiros e diretores devem fazer no campo dos direitos humanos mas também, em muitos casos, até mesmo o que eles têm permissão de fazer sem ir contra as responsabilidades fiduciárias que devem aos acionistas. Além disso, quase não existe alinhamento entre os órgãos que regulamentam a conduta empresarial e aqueles encarregados de implementar obrigações relativas a direitos humanos. Antes de 2008, alguns poucos governos e bolsas de valores incentivavam e, ainda em menor proporção, exigiam que fosse apresentado algum tipo de relatório de Responsabilidade Social Corporativa. Outros anunciavam diretrizes voluntárias de RSC, mas poucas dessas políticas tinham a ver especificamente com direitos humanos. Portanto, em sua maioria, os governos não ofereciam às empresas nenhuma orientação significativa de como lidar com os riscos relacionados a direitos humanos, que aumentavam com rapidez.

O terceiro grupo de políticas que necessitava ser mais desenvolvido dizia respeito a operações de empresas em áreas afetadas por conflitos – pelo controle de território, de recursos ou pelo controle do governo em si. Algumas das mais graves violações aos direitos humanos, incluindo aquelas ligadas a empresas, ocorrem nessas áreas. Como vimos no Capítulo 1, pessoas na República Democrática do Congo foram amaldiçoadas pela riqueza de recursos naturais, acompanhada por uma governança pública fraca, e até mesmo inexistente em algumas áreas. Não se pode esperar que o regime internacional de direitos humanos funcione como planejado em tais situações. Aqui, os Estados de origem das multinacionais precisam desempenhar uma função mais importante. Mas, normalmente, os Estados de origem não dispõem das políticas necessárias,

suas embaixadas carecem de competência para aconselhar as companhias sobre como evitar seu envolvimento em violações aos direitos humanos nessas situações – e para advertir as empresas quando chegam muito perto desse envolvimento.

Quarto, a fragmentação da política interna transborda para a arena internacional quando os Estados participam de instituições multilaterais. Normas internacionais de direitos humanos são debatidas no Conselho de Direitos Humanos da ONU, políticas de comércio são assunto da Organização Mundial de Comércio e o financiamento para o desenvolvimento – incluindo investimento no setor privado – é discutido no Grupo Banco Mundial. O mesmo país pode – e acontece com frequência – buscar políticas em áreas incompatíveis entre si. Vi esse fenômeno de perto em 2011, quando alguns dos mesmos governos que tinham apoiado os Princípios Orientadores no Conselho de Direitos Humanos em Genebra não concordaram que o IFC fizesse avanços na mesma direção durante uma reunião em Washington. A explicação simples é a de que a política do Conselho de Direitos Humanos é estruturada basicamente por ministérios de relações exteriores e as políticas do Banco Mundial e do IFC são feitas por departamentos do Tesouro. Essa diferença pode refletir interesses e prioridades institucionais bem distintos.

Não fiz nenhuma recomendação específica sobre nenhum desses temas em 2008. Muitos deles faziam parte de um território totalmente novo para o Conselho de Direitos Humanos, e, para ter progressos, seriam necessários discussões mais amplas e maior alinhamento de políticas nacionais. Mas coloquei esses temas na agenda para uma análise mais aprofundada, acreditando que eles seriam essenciais para responder efetivamente aos desafios na área de empresas e direitos humanos.

Essa formulação breve sobre a lógica essencial dos princípios e políticas da legislação internacional de direitos humanos em relação ao dever do Estado de proteger foi alvo de algumas controvérsias. Representantes de vários Estados, incluindo

o Reino Unido, questionaram se eles tinham, de fato, obrigação geral de proteger contra violações aos direitos humanos cometidas por empresas.⁵ Eles argumentaram que esse dever é apenas baseado em tratados, e que os vários tratados existentes eram conflitantes nesse assunto. Por sua vez, os Estados Unidos questionaram meu uso do termo "jurisdição" para definir o âmbito geográfico do dever, insistindo na utilização da palavra "território".⁶ Suspeito que eles tivessem em mente a situação dos prisioneiros na base de Guantánamo – que não é território norte-americano, mas que está indubitavelmente sob jurisdição dos Estados Unidos. Em ambos os casos, modifiquei levemente a linguagem (fui mais rígido em resposta à primeira queixa e usei um termo desajeitado – "território e/ou jurisdição" – em resposta à segunda). Os ajustes foram suficientes para evitar objeções formais e mantinham a essência do que eu queria conseguir. Por sua vez, alguns grupos ativistas me acusaram de subestimar as obrigações extraterritoriais já existentes nos Estados de origem das multinacionais. Foi difícil convencê-los de que os Estados de origem que costumavam apoiar os direitos humanos estavam preparados para questionar até mesmo o âmbito interno de suas obrigações. Ao mesmo tempo, Estados, comunidades empresariais e a comunidade de ativista apoiaram a ênfase nas obrigações do Estado como a pedra fundamental da proteção contra abusos aos direitos humanos cometidos por empresas.

A Responsabilidade das Empresas de Respeitar

Como as empresas se encaixam nesse cenário? Empresas têm deveres jurídicos em relação aos direitos humanos. Elas sabem que devem obedecer a todas as leis aplicáveis para obter ou manter sua licença de funcionamento. Para multinacionais, isso inclui as leis tanto do Estado de origem quanto do país anfitrião. Vimos que isso também pode incluir certas normas do direito internacional que condenam condutas graves e cujo

cumprimento é garantido em alguns tribunais nacionais. Mas as normas do direito internacional abarcam apenas algumas formas de conduta; nem todos os Estados ratificaram todos os tratados internacionais de direitos humanos; e os países têm diferentes atitudes no que diz respeito à capacidade e à vontade de fazer cumprir as obrigações assumidas. É aí que entra a responsabilidade independente das empresas de respeitar os direitos humanos. Entre os três pilares do Quadro Referencial, esse foi o que exigiu o mais significativo afastamento conceitual do discurso-padrão de direitos humanos, mas acabou se tornando a peça central do Quadro e dos Princípios Orientadores.

Os esforços feitos antes para estabelecer os padrões que regem a conduta corporativa em relação aos direitos humanos, como as Normas, tentavam identificar uma lista restrita de direitos pelos quais as empresas poderiam assumir responsabilidades. Como de costume, juntaram a essa lista mais uma série imprecisa e extensa de deveres corporativos (no caso das Normas, "para promover, garantir o cumprimento de, respeitar, assegurar o respeito a e proteger"). Ao fazer isso, costumavam ficar confusas as diferenças entre normas jurídicas, normas sociais e princípios morais, tentando fazer com que cada uma delas fosse igualmente obrigatória mediante o direito internacional. O Quadro Referencial "Proteger, Respeitar e Remediar" é diferente em todas as dimensões. Começo com a segunda delas.

Dentro do Quadro, a especificação de que as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos começa com a observação de que tal responsabilidade já existe como norma social bem estabelecida. A maneira como utilizei o termo "responsabilidade" tinha o objetivo de deixar claro que eu estava falando de algo diferente de obrigações legais. Normas sociais existem, assim como o cumprimento das leis e regulamentações. E, obviamente, algumas normas sociais se tornam leis com o passar do tempo; em muitos países já havia normas sociais contra o preconceito racial no trabalho, por exemplo, ou

contra o fumo em restaurantes, muito antes de as leis haverem proibido tais práticas. As normas sociais existem independentemente da capacidade ou da vontade dos Estados de cumprir seus deveres. No caso das empresas, o descumprimento das normas sociais pode afetar a licença social de operação da empresa: lembrando o caso contado no Capítulo 1, a Shell perdeu sua licença social para operar no território Ogoni, na Nigéria, de forma irrecuperável, mais de dez anos antes de a licença legal ser anulada pelo governo. Portanto, empresas estão sujeitas a dois sistemas distintos de governança externa: o do direito e da autoridade pública e o sistema social e civil, fora do controle do Estado, baseado nas relações entre corporações e seus *stakeholders* externos. O sistema de governança corporativa reflete as exigências não apenas do primeiro mas também do segundo – em graus variados, para se ter certeza, dependendo das circunstâncias. O que faltava e o que o Quadro quis proporcionar foi uma definição mais precisa e comumente aceita da responsabilidade das empresas de respeitar direitos humanos, quais medidas específicas fazem parte dessa responsabilidade e como ela pode ser ligada de forma mais efetiva à construção do direito público de direitos reconhecidos internacionalmente.

Mas exatamente o que é uma norma social e como sabemos que uma dessas normas existe e como ela funciona? Uma norma social expressa um sentido coletivo de “dever” em relação à conduta esperada de agentes sociais, diferenciando entre atos admissíveis e inadmissíveis em certas circunstâncias; e ela é acompanhada por alguma possibilidade de que desvios da norma receberão sanção social, mesmo que seja apenas uma condenação pública generalizada.⁷ Contudo, pessoas e países diferentes podem ter expectativas distintas da conduta corporativa em relação aos direitos humanos. Mas uma norma social conseguiu reconhecimento quase universal na esfera social na qual as multinacionais atuam: a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos.

Por “reconhecimento quase universal” quero dizer duas

coisas. Primeiro, a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos é amplamente reconhecida pelas próprias empresas. No início de meu mandato, pedi que as três maiores associações empresariais internacionais consultassem seus membros sobre a questão de quais padrões deveriam ser aplicados às operações empresariais em países em que as leis de direitos humanos não são cumpridas de forma adequada ou simplesmente não existem. Recebi de volta um informe oficial de políticas afirmando que “espera-se que as companhias obedeam à lei, mesmo que ela não seja aplicada, e que respeitem os princípios dos instrumentos internacionais relevantes quando não houver legislação nacional sobre os temas discutidos”.⁸ Ademais, quase todas as iniciativas de RSC de empresas e setores reconhecem a responsabilidade das empresas de respeitar direitos humanos. Para citar apenas um exemplo, no Dia dos Direitos Humanos em 2008, aniversário de 60 anos da adoção da Declaração Universal, a ExxonMobil publicou um informe publicitário de um quarto de página no jornal *The New York Times*, no qual destacava o Quadro e afirmava que o respeito aos direitos humanos era “uma responsabilidade que mais de 80 mil funcionários da ExxonMobil em todo o mundo trabalhavam para manter todos os dias”.⁹ A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos é um dos compromissos que as companhias assumem quando se filiam ao Pacto Global da ONU, o que é expresso em uma carta do CEO da empresa ao secretário-geral da ONU. Essa responsabilidade é consagrada em instrumentos não vinculantes, incluindo declarações da Organização Internacional do Trabalho e as Diretrizes da Ocd para Empresas Multinacionais. E está se tornando cada vez mais presente nas diretrizes de RSC, inclusive em um crescente número de países em desenvolvimento e mercados emergentes.

Segundo, dentre as muitas expectativas que diversos públicos possam ter do respeito aos direitos humanos por parte

de empresas, na esfera global, quando elas deixam de cumprir essa responsabilidade é bem provável que essa falha seja socialmente confirmada. E é assim que as normas sociais são “aplicadas”. As acusações contra as companhias que foram mapeadas no Capítulo 1 eram sobre o desrespeito aos direitos humanos. Ativistas em várias partes do mundo também acusam empresas de não respeitar os direitos humanos. Denúncias contra multinacionais por desrespeito aos direitos humanos são apresentadas aos Pontos Nacionais de Contato, conforme o estabelecido pelas Diretrizes da Ocd. O fundo de pensões do governo da Noruega – avaliado em US\$ 525 bilhões – retirou investimentos de grandes companhias, e até se desfez de ações da Walmart, devido a violações aos direitos humanos; por motivos similares, o fundo de pensões dos servidores públicos da Holanda também deixou de investir na PetroChina. Fundos de investimentos socialmente responsáveis investigam as companhias em busca de provas de que os direitos humanos estão sendo respeitados.

Ademais, o rápido aumento das iniciativas de RSC, qualquer que sejam seus limites, demonstra que as companhias reconhecem a necessidade de desenvolver a habilidade para responder a esses mecanismos de conformidade social. De fato, minha pesquisa com as empresas listadas na Fortune Global 500, resumida no Capítulo 2, indicou que praticamente metade dos respondentes que haviam incorporado elementos em prol dos direitos humanos a suas políticas de RSC fez isso mesmo sem ter enfrentado nenhum problema sério nessa área, e provavelmente tinha aprendido dos erros de outros. Em algumas companhias, uma equipe da RSC se reporta ao diretor executivo de conformidades. E, em algumas poucas companhias, integrantes do conselho de administração fazem parte dos comitês de RSC, aumentando sua influência. Entre elas estão grandes mineradoras internacionais, mas nenhuma delas é conhecida do grande público. Ou seja, esses esforços não podem ser inter-

pretados como meras ações para atrair a atenção do consumidor para a marca, pois elas não precisam disso. Tais medidas empurram a responsabilidade de fiscalização interna a níveis mais altos da governança corporativa.

É verdade que esses mecanismos de conformidade social se aplicam de forma desigual entre e dentro dos países e setores da indústria – mas isso não os diferencia radicalmente dos mecanismos jurídicos de conformidades em muitas jurisdições. Mesmo assim, a função deles é maior precisamente em relação a multinacionais que atuam em países com ambientes regulatórios fracos. Originalmente, isso se devia ao fato de que os mecanismos transnacionais de conformidade social – pressão por parte das organizações da sociedade civil, entidades organizadas de trabalhadores, investidores socialmente responsáveis e outros – estavam enraizados nos países de origem das multinacionais ocidentais, em que marca, reputação e acesso ao capital poderiam ser afetados. No entanto, nos últimos anos, companhias chinesas em atuação, digamos, no Peru, África do Sul ou Zâmbia começaram a enfrentar resistência das comunidades locais e de outros *stakeholders* que estão habilitados e mobilizados pelas mesmas normas sociais que se solidificaram em torno de empresas europeias e norte-americanas, com frequência amparadas por redes internacionais de ativistas e outros agentes de conformidade social.¹⁰ Portanto, certas normas sociais essenciais, relacionadas à conduta corporativa, estão se enraizando na esfera econômica transnacional que-as próprias multinacionais criaram.

Em resumo, a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos é uma norma social amplamente reconhecida e relativamente bem institucionalizada, sobretudo no que diz respeito a corporações multinacionais. Mas suas implicações sobre o que as companhias precisam fazer no cumprimento de suas responsabilidades nunca foram explicadas de forma correta. E isso se tornou minha próxima missão. Baseado nessa

estrutura, adaptei a definição-padrão de direitos humanos do "respeitar", elaborada no conteúdo material e no âmbito da responsabilidade corporativa de respeitar, e estipulei os meios para que as companhias cumpram essa responsabilidade.

Como vimos no caso do dever do Estado, no discurso de direitos humanos, "respeitar" direitos significa não violá-los, não facilitar ou não se envolver em sua violação. A palavra também pressupõe uma responsabilidade correlativa de lidar com os problemas que surgirem. O Quadro parafraseia essa definição em termos simples e intuitivos: enquanto as empresas realizam seus negócios, os direitos humanos dos outros não devem ser violados. Em algumas situações, pode ser que peçam às companhias, ou elas mesmas podem se voluntariar, a fazer mais do que "respeitar" os direitos humanos. Mas a não violação dos direitos dos outros é a norma de referência mais aceita em todo o mundo. Além disso, no campo dos direitos humanos, não existe nenhuma ação equivalente à compra de créditos de carbono: boas ações filantrópicas não compensam o desrespeito aos direitos humanos.

A próxima pergunta é: a responsabilidade de respeitar os direitos humanos se aplica a quais desses direitos? A missão de determinar uma lista delimitada de direitos que fossem relevantes a empresas era uma preocupação antiga, inclusive para os redatores das Normas. Mas tais esforços inevitavelmente deparavam com o fato de que as companhias têm o poder de afetar todo o espectro de direitos reconhecidos internacionalmente – que são mais de 30 – como vimos no Capítulo 1. Portanto, qualquer lista desse tipo seria uma orientação inadequada, e, por questão de princípios, a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos deve incluir todos os direitos reconhecidos internacionalmente. Na prática, alguns direitos enfrentarão maior risco que outros em setores específicos ou em contextos operacionais, e, por isso, deverão ser tratados com maior atenção. Provedoras de serviços de internet prova-

velmente representam maior risco aos direitos de privacidade e liberdade de expressão que outros ramos de negócios; companhias extrativistas podem ter problemas com questões de assentamentos de moradores; e fábricas de calçados esportivos correm riscos relativos aos direitos trabalhistas. Da mesma forma, uma companhia que atue na região leste da República Democrática do Congo tem mais probabilidade de se envolver em vários impactos negativos nos direitos humanos do que outra que atue na Dinamarca, por exemplo. Mas, como esses direitos não podem ser descartados previamente por nenhuma empresa em lugar nenhum do mundo, todos os direitos devem ser levados em consideração.

Ademais, uma "lista" legítima de direitos internacionalmente reconhecidos já existe e não precisa ser reinventada. Sua essência faz parte da Carta Internacional dos Direitos Humanos (a Declaração Universal e seus dois Pactos), junto com a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, e todos esses documentos são amplamente endossados pela comunidade internacional. Dependendo das circunstâncias, empresas podem ter de usar outros padrões além desses: como aqueles que fazem parte do direito humanitário internacional quando elas atuam em zonas de conflito; ou os direitos dos povos indígenas quando esses são prejudicados; ou os direitos de trabalhadores migrantes, mulheres e crianças nos casos em que exigam uma atenção especial – os direitos de todos esses grupos estão explicados em instrumentos internacionais. Resumindo, já existe uma lista legítima dos direitos humanos que deve ser respeitada pelas empresas.

Um debate teórico discute, há muito tempo, se esses instrumentos internacionais, ou quais termos deles, se aplicam diretamente a empresas na forma de obrigações legais. Burleï essa discussão usando o termo específico "a lista". O ponto é controverso quando a questão é onde as companhias devem buscar uma listagem confiável não das leis de direitos humanos

que podem ser aplicadas a elas, mas sim dos *direitos* que elas devem respeitar. Para fins de conformidade social, “a lista” fornece parâmetros confiáveis. Vários esforços úteis “traduziram” a lista dos direitos reconhecidos internacionalmente para ser compreendida de acordo com a terminologia e as funções empresariais. Um desses projetos é um guia feito por um grupo de importantes multinacionais que fazem parte da iniciativa dos Líderes Empresariais sobre Direitos Humanos.¹¹

Após ter definido quais direitos humanos as corporações devem respeitar, foi necessário esclarecer ainda mais o âmbito da responsabilidade que elas têm. Quais atos ou características das companhias estão englobados na responsabilidade, e até que ponto? Antes de meu mandato, foi discutido se o conceito de “esfera corporativa de influência” era delimitação apropriada de abrangência; por isso, a resolução que estabeleceu meu mandato pedia especificamente que eu esclarecesse o significado desse termo. Essencialmente, o conceito de esfera de influência foi concebido de forma funcional – uma extensão de espaço na qual as companhias exercem influência. Pelas razões explicadas no Capítulo 2, achei que essa formulação era extremamente problemática. Entre outras coisas, responsabilizaria empresas por coisas não relacionadas a seus negócios, mas que, de alguma forma, poderiam estar em sua capacidade de influenciar; e ao mesmo tempo possivelmente retirando a responsabilidade delas por impactos negativos quando elas pudessem mostrar que não tinham influência suficiente. Mais que isso, encorajaria discussões infundáveis entre Estados e empresas sobre quem era responsável pelo quê, em cada situação.

Em vez disso, esbocei o âmbito da responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos com base na própria definição da palavra respeito: a não violação dos direitos dos outros. Portanto, o Quadro define a abrangência em termos dos impactos negativos nos direitos humanos, reais e potenciais, causados pelas próprias atividades de um empreendimento

comercial e pelos relacionamentos com terceiros associados a essas atividades. No caso de corporações multinacionais, o “empreendimento” inclui todo o grupo corporativo, independentemente da forma em que for estruturado. E, por relações comerciais, entende-se a inclusão de parceiros de negócios, outras entidades e a cadeia de valor do empreendimento, além de qualquer outra entidade estatal, ou não, diretamente ligada a seu negócio. Como diria o cartaz na loja de cristais, SE VOCÊ QUEBRAR ALGUM PRODUTO, OU CONTRIBUIR PARA QUEBRÁ-LO, TEM DE PAGAR. Vimos como a resposta inicial da Nike às acusações sobre suas fábricas terceirizadas na Indonésia – de que o problema não era seu, já que ela não era dona das fábricas – foi uma atitude socialmente insustentável.

A cumplicidade das empresas em violações aos direitos humanos pode sair do campo das relações comerciais. Esse foi outro conceito que meu mandato ficou incumbido de esclarecer, e sobre o qual apresentei um relatório em 2008.¹² A cumplicidade pode ser do tipo jurídica ou extrajurídica, e as duas podem causar problemas para as companhias. O termo refere-se ao envolvimento indireto das companhias em abusos aos direitos humanos – quando a violação em si é cometida por outra parte, podendo ser agentes estatais ou não estatais, mas que a companhia tenha contribuído para tal. O significado legal de “cumplicidade” foi explicado de maneira mais clara na área de atos de incitamento e encorajamento que podem se agravar até se tornar crimes reconhecidos internacionalmente: proporcionar deliberadamente assistência prática ou incentivo que tenha efeitos importantes no cometimento de um crime – por exemplo, quando a Chiquita Brands foi acusada de recrutar forças paramilitares de direita na Colômbia para proteger suas instalações ou quando esses grupos foram acusados de matar guerrilheiros de direita e sindicalistas. Mas, mesmo quando nenhuma lei é violada, a cumplicidade das empresas – contribuindo para danos aos direitos humanos, como fez a

Apple quando forçou a aceleração da linha de montagem na Foxconn – é importante referencial para outros membros da sociedade. A cumplicidade pode impor custos à reputação e até mesmo levar à fuga dos investidores, a exemplo do que aconteceu com os fundos de pensão citados anteriormente.

Agora chegamos ao ponto que considero o mais importante. Como as companhias podem assegurar o cumprimento de sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos? Normalmente, elas afirmam que tudo vai bem nessa área, mas minha pergunta é: vocês dispõem de sistemas que permitam comprovar suas afirmações, com algum grau de confiança? Antes de demonstrar para outras pessoas, vocês podem demonstrar para si mesmas que cumprem suas responsabilidades? Na verdade, a maioria das companhias não tinha e ainda não tem nenhum sistema desse tipo. E, mesmo as que têm, frequentemente apresentam os problemas descritos no capítulo anterior.

Para cumprir a responsabilidade de respeitar os direitos humanos, as companhias precisam desenvolver a capacidade institucional de saber e demonstrar que elas não violam os direitos dos outros. Para fins de orientação, pesquisei os sistemas que as companhias já utilizam para satisfazer as próprias necessidades em outros terrenos sujeitos a riscos. A realização de auditoria de operações já acontece há tempos para assegurar que um plano de fusão ou aquisição, por exemplo, não tenha riscos ocultos. A partir da década de 1990, as empresas começaram a acrescentar controles internos para a gestão, tanto para a companhia quanto para os *stakeholders* que poderiam ser prejudicados pela conduta da empresa – por exemplo, para evitar discriminação no trabalho, para cumprir compromissos ambientais ou para evitar infrações criminais por parte de funcionários. Apoiado nessas bases estabelecidas, apresentei o conceito de auditoria em matéria de direitos humanos como um meio para que as companhias possam identificar, prevenir, mitigar e abordar seu impacto nos direitos humanos.

A auditoria em matéria de direitos humanos deve refletir o que é único aos direitos humanos. Como o objetivo é fazer com que as companhias abordem sua responsabilidade de respeitar os direitos, essa auditoria não pode se limitar a identificar e administrar riscos importantes para a própria empresa; ela deve incluir os direitos dos indivíduos e comunidades afetadas. Além disso, a auditoria em matéria de direitos humanos não é simplesmente cálculo de probabilidades, pois o assunto envolve os detentores dos direitos. A auditoria deve ter a participação significativa desses indivíduos e de outras que os representam de forma legítima. E como situações podem mudar – normalmente apenas pela presença da companhia no local –, a auditoria em matéria de direitos humanos não é tarefa pontual, para ser feita uma única vez. Ela deve ser realizada de forma periódica, durante o ciclo de vida do projeto em questão.

Dentro do Quadro, reconheço que há uma justaposição entre o cumprimento das exigências legais nacionais e a responsabilidade empresarial de respeitar os direitos humanos, o que pode representar um dilema para corporações multinacionais em algumas situações, porque as duas categorias podem ser conflitantes. Um país anfitrião pode impor sérias restrições à liberdade de associação, igualdade de gênero e direitos de privacidade, por exemplo. Quando isso ocorrer, o Quadro recomenda que a companhia honre ao máximo os princípios dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, e que possa demonstrar que agiu dessa forma. Ao mesmo tempo, o risco de se tornar cúmplice em abusos flagrantes aos direitos humanos, cometidos por outras partes, incluindo agentes do governo anfitrião, deve ser tratado como um assunto de conformidade jurídica, e a companhia deve pensar em acabar com o relacionamento comercial nos locais em que os riscos forem muito altos.

Permitam-me resumir como conceitualizei a responsabilidade empresarial de respeitar os direitos humanos. Tal respon-

sabilidade existe de forma independente do dever do Estado de proteger esses direitos; mesmo assim, a responsabilidade complementa o dever. Ela é definida em termos do significado do clássico de respeito: a não violação dos direitos dos outros e a necessidade de lidar com as violações quando elas acontecem. Seu conteúdo material é formado pelos direitos humanos reconhecidos internacionalmente e seu âmbito é definido em termos dos impactos negativos nos direitos humanos, reais e potenciais, causados pelas próprias atividades de um empreendimento ou pelos relacionamentos comerciais associados a essas atividades. Essa formulação fornece maior clareza e previsibilidade a todos os interessados, incluindo as empresas, do que o uso da ideia geral de que direitos humanos são reivindicações morais, padrões “caseiros” impostos pelas próprias empresas ou uma noção indefinida e flexível de “influência” corporativa como base na atribuição de responsabilidades de direitos humanos a empreendimentos comerciais. Essa formulação foi amplamente aprovada, apesar de algumas associações empresariais e alguns representantes de governos terem expressado preocupação com as empresas de pequeno e médio porte, apontando que a auditoria em matéria de direitos humanos não pode aumentar as responsabilidades ou impor encargos indevidos sobre elas.

Grupos ativistas criticaram o fato de que a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos não propõe nenhuma exigência legal. E, mesmo assim, essa especificação é rigorosa. Na verdade, é bastante rigorosa. Em primeiro lugar, foi exatamente essa característica que possibilitou que Estados e empresas aceitassem ligar o conteúdo da responsabilidade pelo respeito, especificamente, a instrumentos internacionais de direitos humanos – apesar de nem todos os Estados terem ratificado todos os tratados relevantes ou votado a favor de todas as declarações pertinentes e, ainda, apesar de esses instrumentos, em geral, não se aplicarem diretamente às companhias,

em termos legais. Em segundo lugar, essa especificação tornou claro que, a menos que uma companhia possa saber e demonstrar que respeita os direitos humanos, as afirmações de que age dessa forma são apenas afirmações – não um fato. Em terceiro, o conceito de auditoria em matéria de direitos humanos levou o tema de identificação e abordagem dos impactos negativos nos direitos a uma estrutura conhecida deles, baseada em riscos. E também forneceu a base de um padrão de processo que pode ser adotado pelas próprias companhias, defendido pelos *stakeholders* e exigido pelos governos – fato que, como discutido a seguir, começou a acontecer quase imediatamente. Em quarto lugar, a auditoria realizada por companhias tem o potencial de reduzir a incidência de violações aos direitos humanos envolvendo empresas, o que beneficia os indivíduos e as comunidades afetadas ao mesmo tempo que reduz os encargos de outros, mais difíceis de ser criados, componentes do regime. Por fim, o êxito dessa especificação pela ONU e outros órgãos normativos internacionais deu a ela reconhecimento oficial no sistema da governança pública, começando a extrapolar o terreno das “expectativas sociais” de onde ela surgiu.

Acesso à Remediação

Mesmo nas circunstâncias mais favoráveis, violações dos direitos humanos relacionadas a atividades empresariais podem acontecer. Como parte do dever de proteger, nos termos do Direito Internacional sobre Direitos Humanos, os Estados devem adotar medidas para investigar, punir e corrigir violações dos direitos de indivíduos, que tenham envolvido empresas, quando elas acontecem em seu território e/ou jurisdição – resumindo, devem fornecer acesso à remediação. Sem tais medidas, o dever de proteger pode ser interpretado como fraco ou mesmo insignificante. Essas medidas podem ser adotadas por meios judiciais, administrativos, legislativos ou outros. Da mesma forma, mediante a responsabilidade empresarial de res-

peitar os direitos humanos, empresas deverão estabelecer ou participar de mecanismos de denúncia eficazes para atender a indivíduos e comunidades que possam ser afetados negativamente, sem prejuízo dos recursos legais. O Quadro diferencia entre três tipos de mecanismo de denúncia pelos quais se pode pedir remediação: judicial, extrajudicial estatal e não estatal.

Normalmente, os Estados apontam para a existência de seus sistemas de direito penal e civil para demonstrar que estão cumprindo as obrigações internacionais. Mas esses sistemas frequentemente são mais fracos no momento em que mais se precisa deles. O Quadro afirma que os Estados devem assegurar o acesso à remediação judicial efetiva dos abusos aos direitos humanos cometidos em seu território e/ou jurisdição e que eles devem considerar maneiras para reduzir barreiras legais e práticas que poderiam levar à negação desses direitos. Hoje em dia, um demandante que queira processar um multinacional já tem maior acesso aos tribunais nos países de origem, mas a prática ainda é contestada no terreno de empresas e direitos humanos. As empresas opõem-se com veemência; Estados de origem temem prejudicar “suas” corporações; e os Estados anfitriões costumam resistir, baseados no princípio de que não devem interferir em assuntos internos de outro país. Casos de jurisdição extraterritorial normalmente também encontram obstáculos baseados em princípios legais. Uma das questões é como a responsabilização deve ser atribuída entre os vários membros de um grupo corporativo, o que pode ser difícil de resolver mesmo em uma situação puramente doméstica; outra questão é a do procedimento, a de quem tem legitimidade para processar uma empresa. E essa especificação abrange sérios custos financeiros a todos os envolvidos, acima de tudo aos autores das denúncias e às agências que investigam e processam os supostos atos que aconteceram no exterior. O Capítulo 4 discute como tentei lidar com alguns desses obstáculos.

Na área de empresas e direitos humanos, o potencial de

mecanismos estatais extrajudiciais, assim como dos judiciais, normalmente é negligenciado. Eles podem desempenhar uma função de tratamento de reclamações e também outras utilidades essenciais, incluindo a promoção dos direitos humanos, oferecendo orientação e fornecendo apoio a companhias e *stakeholders*. Instituições nacionais em prol dos direitos humanos são um veículo promissor. Elas são entidades administradas, estabelecidas constitucionalmente ou por estatuto, para monitorar e fazer recomendações relacionadas à situação de direitos humanos em seus respectivos países. Cerca de 70 delas, em todos os continentes, são totalmente credenciadas pelo cumprimento das Normas da ONU por ser independentes de instituições governamentais, apesar de ter acesso a elas. Mas muitas dessas instituições não têm mandato para lidar com denúncias de violações aos direitos humanos envolvendo empresas ou só têm autorização para fazer isso quando as empresas desempenham funções públicas ou afetam certos direitos. Recomendei que aqueles mandatos fossem expandidos. Os Pontos Nacionais de Contato, que funcionam de acordo com as Diretrizes da Ocde para Empresas Multinacionais, também têm potencial para fornecer remediação efetiva. Mas, antes de 2011, as Diretrizes não tinham nenhum capítulo dedicado aos direitos humanos; elas simplesmente pediam um “nexo de investimentos”, expressão que alguns Pontos de Contato Nacionais interpretaram como a exclusão de relações contratuais, como entre uma marca e seus parceiros na cadeia de fornecimento, e também instituições de empréstimos; e, ainda, se uma denúncia fosse comprovada, isso não implica em consequências oficiais. Como discutirei mais tarde, colaborei de forma exaustiva com a Ocde na atualização de suas Diretrizes.

Mecanismos de denúncia em nível operacional de uma empresa formam o componente menos desenvolvido dos sistemas de remediação no terreno de empresas e direitos humanos. Esse tipo de mecanismo pode ser administrado diretamente pela

companhia, por meio de arranjos de colaboração com outros *stakeholders* ou tornando disponíveis os recursos para um especialista ou órgão externo, aceito por todas as partes. Como já citado, minha própria pesquisa indicou que confrontos sérios relacionados a direitos humanos, entre companhias e indivíduos ou comunidades, frequentemente, começaram como queixas menores, ignoradas ou rejeitadas, que depois cresceram. Esse tem sido o caso no setor extrativista, como vimos nos exemplos da Shell na Nigéria e da mina de ouro em Cajamarca, no Peru. O mesmo padrão é evidente em muitas disputas trabalhistas e em outros setores da indústria. Para possibilitar que as empresas se ocupem das queixas de forma precoce e reparem os problemas diretamente, o Quadro recomenda que elas estabeleçam ou participem de mecanismos de denúncia em nível operacional, sob a condição de que busquem atingir soluções negociadas por meio do diálogo ou que utilizem mediação de terceiros para evitar que as companhias julguem as próprias ações.

Reações

O Quadro Referencial “Proteger, Respeitar e Remediar” era deliberadamente heterodoxo porque o repertório usual de respostas não tinha sido bem-sucedido na tentativa de estabelecer uma base comum na reflexão a respeito dos desafios na área de empresas e direitos humanos, e muito menos uma plataforma comum na qual trabalhar. Essas fundações seriam o principal legado que eu esperava deixar mesmo se o mandato acabasse naquele momento. Mas, em junho de 2008, o Conselho de Direitos Humanos da ONU “deu as boas-vindas” ao Quadro por unanimidade, e prorrogou meu mandato por mais três anos. Além disso, fui incumbido de desenvolver uma orientação mais concreta para sua implementação. Como e por que o Quadro foi tão bem recebido em 2008? O Capítulo 4 mostra os caminhos estratégicos que percorri durante o mandato; agora deixo representantes de vários *stakeholders* explicar suas reações.

A alta comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Navi Pillay, descreveu esse Quadro como “um importante marco”.¹³ Um informe técnico do governo norueguês chamou-o de “revolucionário” e baseou-se nele para avaliar as próprias políticas nacionais dessa área.¹⁴ Em um comunicado conjunto, as principais associações empresariais internacionais disseram que ele apresenta “uma maneira clara, prática e objetiva de lidar com um conjunto de temas muito complexos”.¹⁵ De acordo com a Iniciativa dos Líderes Empresariais sobre Direitos Humanos, o Quadro “avança significativamente o debate da questão de empresas e direitos humanos, estabelecendo as principais responsabilidades das empresas em relação aos direitos humanos que elas podem afetar e ressaltando que os governos devem fazer mais para fomentar culturas corporativas que respeitem direitos e solucionem as lacunas de governança”.¹⁶ Quarenta fundos de investimento socialmente responsáveis enviaram uma carta conjunta ao Conselho de Direitos Humanos, na qual afirmam que o Quadro ajuda o trabalho deles porque promove maior divulgação dos impactos negativos das empresas nos direitos humanos e também informa quais são as medidas apropriadas de mitigação. Uma declaração conjunta divulgada por importantes ONGs de direitos humanos afirmava que o Quadro era “válido e merecia maior atenção”.¹⁷ Outra declaração, a da Anistia Internacional, disse que o Quadro “tem o potencial de fazer importante contribuição para a proteção dos direitos humanos”.¹⁸ O Quadro começou a ser usado em campanhas de ONGs e organizações internacionais de trabalhadores, em avaliações de políticas de governos e em análises de lacunas internas de companhias. Pouco tempo depois, o Ponto de Contato Nacional do Reino Unido, controlado pelas Diretrizes da Ocede, divulgou acusações contra a Afrimex, uma companhia exportadora de minerais baseada no Reino Unido, por não ter realizado auditoria adequada em matéria de direitos humanos em sua cadeia

de fornecimento na República Democrática do Congo, e pediu que a empresa prestasse atenção aos elementos essenciais de uma política corporativa socialmente responsável, como explicado no Quadro.¹⁹

Os Princípios Orientadores foram desenvolvidos nessa base.

II. Princípios Orientadores

Essas reações positivas ao Quadro indicavam que os principais agentes da área de empresas e direitos humanos o consideraram inovador e útil. As diferenças entre eles eram mantidas, mas as divisões e os discursos descontraídos registrados na década anterior tinham resultado em um diálogo comum. Como enfatizei que o Quadro não criava obrigações legais inéditas, isso sem dúvida contribuiu para que fosse aceito por governos e pela comunidade empresarial, apesar de limitar o entusiasmo de alguns grupos ativistas. No entanto, a nova fase seria mais complicada, porque tinha o objetivo de ser mais regulamentadora. Ao desenvolver essa etapa, implicitamente tomei como base uma distinção analítica do estudo acadêmico das Normas: entre “a lógica de consequências” e “a lógica da adequação”. A primeira refere-se à conduta baseada em ganhos e perdas esperadas. Por outro lado, na lógica de adequação, “noções de dever, responsabilidade, identidade e obrigações [também] podem motivar o comportamento”.²⁰ Uma reflexão dessa distinção sugeriu as seguintes perguntas para a próxima fase: levando em conta os compromissos amplamente apoiados, que estão incluídos no Quadro, quais são as medidas “adequadas” necessárias para que eles se tornem realidade? Quais outras ações concretas são indicadas por esses compromissos? Os Princípios Orientadores discorreram sobre essas implicações.

No entanto, devo acrescentar que esse não seria um exercício de pura lógica – o que alguns de meus amigos no mundo acadêmico não aprovaram quando perceberam que eu não tinha preparado nenhuma sólida teoria moral ou um esque-

ma completo de atribuição de responsabilidade jurídica para dar sustentação ao Quadro. A razão é simples: para otimizar a chance de que Estados, empresas e outros agentes relevantes adotassem e agissem de acordo com os POs, eu teria de voltar ao Conselho de Direitos Humanos e submeter o texto à votação para que fosse endossado. E, provavelmente, os membros do Conselho e outras pessoas buscando influenciar suas decisões iriam obedecer não apenas à “lógica da adequação” mas iriam também aplicar a “lógica de consequências” ao julgar minhas propostas – cálculos de como eles seriam especificamente afetados. Da mesma forma, os Princípios Orientadores precisavam ser ajustados com cuidado. Era preciso desafiar os limites, mas não ficar fora de alcance.

Os POs e seus respectivos Comentários são extensos e complexos; e ainda vieram acompanhados de um relatório complementar e quatro anexos ainda mais longos, com informações adicionais e orientações sobre elementos específicos. O resumo a seguir pode fazer mais do que destacar os principais termos de cada um dos três pilares. Cito partes do texto dos Princípios Orientadores para transmitir uma ideia da linguagem real que o Conselho de Direitos Humanos e os outros *stakeholders* tinham diante deles quando tomaram suas decisões.

O Dever do Estado de Proteger

Os Princípios Orientadores reafirmam os elementos básicos do dever do Estado de proteger, conforme descrito anteriormente neste capítulo. Depois, é estipulada uma série de medidas regulatórias e políticas a serem consideradas pelos Estados no cumprimento desse dever; também é ressaltada a necessidade de conseguir melhor alinhamento interno entre relevantes domínios políticos nacionais (e internacionais) e as instituições; é introduzida a ideia de que, em certas circunstâncias, os Estados devem exigir que as companhias realizem a auditoria em matéria de direitos humanos. Esse conjunto de princípios

pode ser dividido em duas grandes categorias: aqueles que são aplicáveis, de maneira geral, em qualquer situação e outras provisões para tipos específicos de situação.

Os Princípios Orientadores relembram os Estados da necessidade de fazer cumprir as leis que já regulam o respeito empresarial aos direitos humanos (por exemplo, direito trabalhista, leis contra discriminação e direito penal) e pedem que avaliem se tais leis fornecem a cobertura necessária frente a circunstâncias em evolução (PO 3a). Mas sabemos que a conduta empresarial é moldada diretamente pelas áreas de direito e política, que costumam ser silentes em matéria de direitos humanos. Portanto, os POs também estipulam que os Estados devem:

- Assegurar que outras leis e diretrizes políticas que regem a criação e as atividades das empresas, como o direito empresarial, não restrinjam, mas sim que propiciem o respeito aos direitos humanos pelas empresas (PO 3b).

Mas fazer isso exige melhor alinhamento entre as entidades estatais relevantes. Portanto:

- Os Estados devem assegurar que departamentos governamentais, agências e outras instituições estatais que orientam as práticas empresariais sejam conscientes das obrigações relativas aos direitos humanos por parte do Estado e as respeitem no desempenho de seus respectivos mandatos, oferecendo informações relevantes, capacitação e apoio [PO 8].

Para esse melhor alinhamento, “os Estados devem manter um marco normativo nacional adequado para assegurar o cumprimento de suas obrigações de direitos humanos quando estiverem em busca de objetivos comerciais com outros Estados ou empresas, por exemplo, por meio de tratados ou contratos de investimento” (PO 9). Essa cláusula trata da necessidade de que os governos anfitriões evitem assinar acordos de

investimento bastante restritivos, que limitem sua capacidade de adoção de legislação e regulamentação de interesse público legítimo, inclusive para a proteção dos direitos humanos, sob a ameaça de serem processados por investidores estrangeiros porque as medidas alteram o equilíbrio econômico assumido em um acordo de investimento.

Nas cláusulas aplicáveis a todas as empresas, mas que são relevantes em especial para corporações multinacionais, os Princípios Orientadores estipulam que:

- Os Estados devem estabelecer com clareza a expectativa de que todas as empresas domiciliadas em seu território e/ou jurisdição respeitem os direitos humanos em todas suas operações (PO 2); [e eles devem] fornecer orientação eficaz às empresas de como respeitar os direitos humanos em suas atividades (PO 3c).

O Comentário resume uma distinção que fiz em meu relatório de 2010 e em outros documentos, entre medidas de política interna que surtem efeitos extraterritoriais e o julgamento de conduta nos próprios tribunais estabelecidos em outra jurisdição, ressaltando que os dois tipos apresentam diferentes desafios em termos de jurisdição. Por exemplo, uma autoridade de regulamentação do mercado de valores mobiliários tem o direito de impor normas de divulgação nas companhias listadas em bolsa de valores dentro de sua jurisdição, nacionais ou estrangeiras, exigindo que elas informem certos tipos de magnitude de risco na totalidade de suas operações em todo o mundo. Essa exigência é fundamentada na necessidade que os investidores internos têm de ser informados de tais riscos e protegidos contra eles, independentemente de onde eles possam ocorrer. Essa parte do Comentário teve a intenção de incentivar os Estados a explorar o uso de tais medidas em relação a riscos importantes relacionados aos direitos humanos enfrentados pelas companhias durante suas operações.

Além desses termos gerais, os POs também abordam dois tipos de variante de situação: um em que o próprio Estado está envolvido em um empreendimento comercial e o outro no qual as operações empresariais acontecem em áreas afetadas por conflitos.

O Comentário observa que, segundo a legislação internacional de direitos humanos, os Estados, de forma conjunta, são responsáveis primários pelos deveres. De forma conjunta, eles são os administradores do regime internacional de direitos humanos. Ademais, quando os atos de uma empresa puderem ser atribuídos ao Estado, o abuso dos direitos humanos pela empresa pode representar uma violação às próprias obrigações jurídicas internacionais do Estado. Portanto:

- Os Estados devem adotar medidas adicionais de proteção contra as violações de direitos humanos cometidas por empresas de sua propriedade ou sob seu controle ou que recebem significativos apoios e serviços de agências estatais, tais como agências oficiais de crédito à exportação e agências oficiais de seguros ou de garantia dos investimentos, exigindo, quando necessário, a realização de auditoria em matéria de direitos humanos (PO 4).

O Comentário deixa claro que a expressão “quando necessário” aplica-se a situações “nas quais a natureza das operações ou os contextos operacionais representam um risco significativo aos direitos humanos”. O PO também acrescenta que os Estados não renunciam a suas obrigações internacionais de direitos humanos quando terceirizam a prestação de serviços que podem afetar o gozo dos direitos humanos (PO 5) – por exemplo, quando privatizam presídios ou serviços de fornecimento de água –, mas que os Estados devem exercer supervisão contínua; e que os Estados “devem promover o respeito aos direitos humanos por parte das empresas com as quais mantêm relações comerciais” (PO 6), por meio de contratos públicos, por exemplo

Desde o início do mandato, defendi que operações comerciais em zonas de conflito exigem atenção especial por parte dos Estados e das empresas. Um extenso Princípio Orientador trata das medidas preventivas que deveriam ser adotados pelos Estados (mais uma vez, os recursos judiciais são abordados na parte de “remediação”). Apesar de a cláusula se aplicar a todos os Estados, ela é de especial relevância a países de origem de corporações multinacionais, tanto na capital quanto nas embai-xadas localizadas em países receptores e nos serviços consulares:

- Tendo em vista que o risco de graves violações aos direitos humanos é maior em regiões afetadas por conflitos, os Estados devem tratar de assegurar que as empresas que atuam em tais contextos não se envolvam em tais abusos, adotando, entre outras, as seguintes medidas:
 - a) Colaborar o mais cedo possível com as empresas para ajudá-las a identificar, prevenir e mitigar os riscos aos direitos humanos causados por suas atividades e relações empresariais;
 - b) Prestar assistência adequada às empresas para avaliar e tratar os principais riscos de abusos, prestando especial atenção na violência tanto de gênero quanto na sexual;
 - c) Negar o acesso ao apoio e aos serviços públicos de toda empresa que esteja envolvida em graves violações dos direitos humanos e que se recuse a colaborar para resolver a situação;
 - d) Assegurar a eficácia de políticas, leis, regulamentações e medidas coercitivas vigentes para prevenir o risco de que as empresas se envolvam em graves abusos aos direitos humanos (PO 7).

Como uma complementação aos Princípios Orientadores, anexeï um relatório separado, mais detalhado, sobre o tema de empresas e direitos humanos em regiões afetadas por conflitos.

A Responsabilidade da Empresa de Respeitar

Em fins de 2010, pouco tempo depois de divulgar um esboço dos Princípios Orientadores, antecipei a mensagem essencial contida neles sobre a responsabilidade das empresas de respeitar. Isso aconteceu durante minhas observações anuais perante a Assembleia-Geral da ONU. “A era da Responsabilidade Social Corporativa declarativa acabou”, afirmei. “A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos não pode ser cumprida apenas com palavras: ela requer medidas específicas pelas quais as companhias possam ‘saber e mostrar’ que elas respeitam os direitos”.²¹ Ao todo, 14 dos 31 Princípios Orientadores são direcionados às empresas. Eles reafirmam conceitos e elementos fundamentais do Quadro Referencial, e especificam medidas para solucionar as questões. Essas medidas estão divididas em três partes principais: um compromisso político das empresas para cumprir a responsabilidade de respeitar os direitos humanos; um processo de auditoria em matéria de direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas sobre a maneira como tratam seus impactos nos direitos humanos; e processos para permitir a remediação de qualquer impacto negativo nos direitos humanos que elas causem ou para as quais contribuam (PO 15). Os POs realçam a necessidade de engajar, de maneira significativa, os indivíduos e as comunidades afetadas em vários estágios durante o processo, reforçando assim elos entre as empresas e seus trabalhadores, bem como entre as empresas e as comunidades nas quais elas atuam.

Um compromisso político explícito se faz necessário para que a responsabilidade de respeitar os direitos humanos se torne parte das atividades normais das empresas. De acordo com os POs, essa política deve estabelecer as expectativas da empresa em relação aos direitos humanos por parte de seu pessoal, parceiros de negócios e outras partes diretamente ligadas

a suas operações, seus produtos ou serviços; deve ser aprovada no mais alto nível de direção da empresa; basear as informações em assessoria especializada interna e externa; ser divulgada a todas as partes relevantes; e estar refletida nas políticas e nos procedimentos operacionais da companhia (PO 16).

A realização da auditoria em matéria de direitos humanos é a maneira de as empresas “saberem e mostrarem” que respeitaram os direitos: “O processo deve incluir avaliação dos impactos reais e potenciais nos direitos humanos, integração das conclusões e formas de resposta, acompanhamento das respostas e comunicação de como os impactos são abordados” (PO 17). Impactos negativos potenciais devem ser evitados ou minimizados. Os impactos reais, aqueles que já aconteceram, devem ser objeto de remediação. “A auditoria em matéria de direitos humanos pode ser incorporada a sistemas mais amplos de gestão de riscos da empresa, contanto que não se limitem a identificar e administrar riscos importantes para a própria empresa, mas que incluam riscos enfrentados pelos titulares de direitos” (PO 17, Comentário).

E, ainda, a auditoria em matéria de direitos humanos:

- a) Deve abranger os impactos negativos nos direitos humanos que as empresas possam causar ou tenham contribuído para causar por meio das próprias atividades ou que tenham relação direta com suas operações, seus produtos ou serviços prestados por seus parceiros comerciais;
- b) Irá variar em termos de complexidade dependendo do tamanho da empresa, do risco de sérios impactos negativos nos direitos humanos e da natureza e do contexto de suas operações;
- c) Deve ser um processo contínuo, reconhecendo que os riscos aos direitos humanos podem mudar com o passar do tempo, em função da evolução das operações e do contexto operacional das empresas (PO 17).

Logo, a exigência da realização de auditoria não se aplica apenas às atividades da companhia mas também aos relacionamentos comerciais ligados a tais atividades – por exemplo, sua cadeia de fornecimento, forças de segurança que protejam ativos da empresa e sócios em empreendimentos conjuntos. O Comentário diz que, quando uma empresa causa ou contribui para gerar algum impacto negativo, ela deve tomar as medidas necessárias para pôr fim ou prevenir essa situação. Se uma empresa não tiver causado e tampouco contribuído para os impactos negativos, mas suas operações, produtos ou serviços estiverem diretamente ligados ao impacto por meio de outra entidade com a qual mantém relações comerciais – por exemplo, um fornecedor que faça uso de trabalho forçado, sem que a companhia saiba e em desobediência aos termos do contrato –, a companhia deverá usar a influência que tiver sobre aquela entidade para prevenir ou mitigar o impacto. Se os esforços não surtirem efeito, a empresa deve examinar as possibilidades de romper o relacionamento com a entidade em questão (PO 19, Comentário).²²

O Comentário também indica que a auditoria em pequenas empresas será normalmente feita de maneira informal. Já em empresas com um grande número de entidades em sua cadeia de valor, seria muito difícil realizar essa auditoria contínua em todas as partes. Por isso, o processo deve identificar as áreas nas quais é maior o risco de impactos negativos nos direitos humanos, quer seja pelo contexto operacional, quer seja pela natureza do produto ou serviços, e priorizar a análise dessas áreas.

Cada um dos componentes da auditoria em matéria de direitos humanos – da avaliação dos impactos até a comunicação dos resultados – é explicado em um Princípio Orientador e em um Comentário separado, dos quais destaco alguns pontos aqui. Avaliação significa “compreender os impactos específicos em pessoas específicas, em um contexto

específico de operações” (PO 18, Comentário). Dependendo do tamanho da empresa e da natureza e do contexto de suas operações, as avaliações devem incluir o envolvimento significativo com pessoas e grupos afetados em potencial (PO 18). Quando isso não for possível, devido a problemas legais ou logísticos, outros *stakeholders* pertinentes ou especialistas independentes devem ser consultados. Responsabilidades específicas devem ser atribuídas entre as várias funções e os níveis hierárquicos da empresa para que ela possa integrar e reagir às conclusões das avaliações de impacto. Para isso, é preciso que alocações orçamentárias internas sejam adequadas, além da adoção de sistemas de incentivos e processos de supervisão (PO 19).

A realização de diligência adequada e devida, em matéria de direitos humanos, deveria reduzir o risco de ações judiciais contra as empresas, pois lhes permite demonstrar que foram tomadas todas as medidas razoáveis para evitar qualquer participação em uma suposta violação dos direitos humanos. Porém, as empresas que conduzem tais auditorias não devem supor que dessa maneira ficarão automaticamente isentas da responsabilidade por causar ou contribuir para os abusos contra os direitos humanos (PO 17, Comentário).

Mesmo empregando as melhores políticas e práticas, uma empresa pode provocar ou contribuir para um impacto negativo nos direitos humanos que não tenha previsto ou que tenha sido incapaz de evitar. Logo:

- Se as empresas constatam que provocaram ou contribuíram para provocar impactos negativos, elas devem contribuir ou cooperar para a remediação dessas consequências utilizando processos legítimos (PO 22).

E mais:

- Quando for necessário dar prioridade a ações para enfrentar impactos negativos nos direitos humanos, reais e

potenciais, primeiro as empresas devem tentar prevenir e mitigar as consequências mais sérias ou aquelas que possam se tornar irremediáveis, caso não recebam resposta imediata (PO 24).

O conceito de “gravidade” é definido em termos de escala, âmbito e caráter irremediável dos impactos provocados (PO 14, Comentário); e não tem a intenção de ser conceito absoluto, e sim utilizado em comparação a outros impactos nos direitos humanos que a companhia tenha identificado (PO 24, Comentário).

Os *stakeholders* afetados devem estar envolvidos na verificação do tratamento dos impactos negativos (PO 20). Além disso, as companhias devem proporcionar informações suficientes que permitam avaliar se a resposta dada aos impactos negativos, particularmente quando as preocupações forem levantadas pelos *stakeholders* afetados ou em nome deles, é apropriada. Por fim: “Espera-se que as empresas apresentem relatórios oficiais quando enfrentarem riscos de graves impactos nos direitos humanos, devido à natureza das operações comerciais ou a seus contextos operacionais” (PO 21, Comentário).

Acesso à Remediação

Em um mundo ideal, mecanismos judiciais estatais e extrajudiciais formariam a base de um sistema mais amplo de remediação para abusos aos direitos humanos envolvendo empresas. Dentro desse sistema, mecanismos de denúncia fornecidos pela própria empresa iriam proporcionar recursos nos primeiros estágios e a possível resolução em pelo menos alguns casos. Ações conjuntas, por iniciativa dos setores ou dos *multistakeholders*, iriam contribuir de maneira semelhante. Entretanto, “para a formação de um sistema como esse, a realidade deixa muito a desejar” conclui em meu relatório ao conselho em 2010.

O dever do Estado de proteger requer que os governos forneçam acesso à remediação, e os Princípios Orientadores

reafirmam essa obrigação. Os POs também instigam os listados a “não enguer barreiras que impeçam casos legítimos de serem levados aos tribunais, em situações nas quais a via judicial é parte imprescindível do acesso à remediação” (PO 26, Comentário). O texto discorre sobre várias importantes barreiras jurídicas e práticas que citei no Quadro Referencial, utilizando extensas pesquisas e também trabalhos em colaboração com organizações em prol dos direitos humanos.²³ O desafio era identificar as barreiras específicas e particularmente problemáticas no terreno de empresas e direitos humanos. Obviamente, não era possível promover respostas homogêneas a certas questões – como provisões para o pagamento de indenizações em ações coletivas –, tendo em conta a absoluta diversidade de sistemas jurídicos nacionais, além das implicações geradas por qualquer recomendação do tipo em muitas outras áreas do direito, além dos direitos humanos. Contudo, a experiência dos ativistas e minha própria pesquisa identificaram várias barreiras que precisavam ser enfrentadas.

Por exemplo, destaquei situações “nas quais os autores das queixas depararam com uma negação de justiça no Estado anfitrião, e não podem acessar os tribunais do Estado de origem, independentemente dos méritos da denúncia” (PO 26, Comentário) porque esse Estado anfitrião não concorda com decisões extraterritoriais. Mesmo assim, após examinar esse desafio demoradamente e com um amplo espectro de governos, outros *stakeholders* e consultores jurídicos, cheguei à conclusão de que não seria possível chegar a nenhum consenso entre os governos naquele momento, e que avançar com uma recomendação altamente regulamentadora nos POs colocaria em perigo toda a iniciativa, pois o processo do Conselho de Direitos Humanos dizia que os Estados deveriam apoiar ou rejeitar os POs em sua totalidade. Por isso, em uma nota à parte que apresentei ao conselho, em que oferecia sugestões ao processo de continuidade de meu mandato, propus que

os governos considerassem a possibilidade de “um processo intergovernamental esboçar um novo instrumento jurídico internacional” a fim de estabelecer com clareza “o cumprimento, por parte das empresas, de normas internacionais que proibam violações graves aos direitos humanos, que tenham o potencial de chegar ao nível de crimes internacionais” e – igualmente importante – também elucidar quem pode assumir a jurisdição mediante quais condições.²⁴ Volto a essa iniciativa no Capítulo 5.

Fora do âmbito jurídico, pude-me inspirar em vários anos de pesquisas e projetos piloto realizados pelo mandato para especificar um conjunto de critérios de eficácia para mecanismos de denúncia. Independentemente de ser estatais ou não estatais, tais mecanismos deverão ser:

- a) Legítimos: estabelecer uma relação de confiança com os grupos de interesse aos quais estão destinados e prestar contas sobre a correta execução dos processos de denúncia;
- b) Acessíveis: ser conhecidos por todos os grupos interessados aos quais estão destinados e prestar assistência adequada aos que possam enfrentar dificuldades específicas para acessá-los;
- c) Previsíveis: dispor de um procedimento claro e conhecido, com um prazo indicativo para cada estágio, e esclarecer os tipos de processos e resultados disponíveis, bem como os meios para monitorar a implementação;
- d) Equitativos: tratar de assegurar que as partes lesadas tenham acesso razoável a fontes de informações, assessoria e perícia necessárias para que a realização do processo de denúncia seja feita em termos de justiça, informação e respeito;
- e) Transparentes: manter as partes num processo de denúncia informadas sobre sua evolução e oferecer informações suficientes sobre o desempenho do mecanismo

para incentivar a confiança em sua eficácia e atender o interesse público que estiver em jogo;

- f) Compatíveis com os direitos: assegurar que os resultados e as remediações estejam de acordo com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos;
- g) Uma fonte de contínuo aprendizado: basear-se nas medidas pertinentes para identificar experiências que levem ao aperfeiçoamento do mecanismo e prevenir denúncias e danos futuros.

Os mecanismos de nível operacional também deverão:

- h) Basear-se na participação e no diálogo: consultar os grupos interessados para os quais esses mecanismos estão destinados a respeito de sua concepção e seu desempenho, concentrando-se no diálogo como meio de abordar e resolver denúncias (PO 31).

Reações

Após ter realizado 47 consultas formais em todo o mundo, feito inúmeras visitas a importantes capitais e mantido estreito contato informal com governos, seus representantes no Conselho de Direitos Humanos da ONU e outros *stakeholders* durante os seis anos de mandato, eu estava confiante de que o conselho iria apoiar os Princípios Orientadores. As principais dúvidas eram se a votação seria dividida – e, se o caso fosse esse, quais seriam o número e a importância relativa dos votos negativos – e qual verbo o conselho iria utilizar para expressar seu apoio. Nas resoluções da ONU, os verbos são essenciais para fins de legitimidade. O Quadro tinha sido “bem recebido”, o que é interpretado como grande elogio. Uma resposta relativamente boa é “registrar com interesse”. Apenas “registrar” significa que o esforço pode ter sido em vão. Qualquer coisa menos que isso significa rejeição total, como o que aconteceu com a iniciativa das Normas discutida no capítulo anterior. Para estabelecer a fundação mais

forte possível, propus o verbo “endossar” aos patrocinadores de meu mandato, apesar de o termo nunca ter sido usado antes em relação a um texto que não havia sido negociado pelos próprios governos. A Noruega foi o primeiro país a promover a ideia, e os patrocinadores, persuasivos: a decisão do conselho foi unânime, e o verbo usado, “endossar”.

Em junho de 2011, na época da votação do conselho, declarações de apoio haviam sido divulgadas por associações empresariais, companhias individuais, escritórios de direito empresarial, fundos de investimento socialmente responsáveis, fundos de pensão e organizações de trabalhadores – dos Estados Unidos e do Canadá, de vários países europeus e latino-americanos, Hong Kong, Índia, Malásia, Rússia e África do Sul, entre outros.²⁵ Por exemplo, a declaração da GE dizia que os Princípios Orientadores “irão ajudar ainda mais as entidades empresariais e os governos a operacionalizar suas respectivas abordagens em relação aos direitos humanos em um contexto comercial, bem como responder à necessidade de remediação se, mesmo assim, os abusos ocorrerem”. Clifford Chance, o maior escritório de advocacia do mundo especializado em direito empresarial, disse que os Princípios Orientadores “proporcionam orientação imediata e útil à comunidade empresarial e aos profissionais do direito sobre as medidas que as empresas (e seus consultores) devem adotar para cumprir sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos”. O CEO da empresa russa Sakhalin Energy escreveu: “Tenho a sincera esperança de que o Conselho de Direitos Humanos endosse os Princípios Orientadores [...] ajudando a firmá-los como o ponto de referência legítima para Estados, companhias e sociedade civil”. A Confederação Sindical Internacional acrescentou: “O Quadro Referencial ‘Proteger, Respeitar e Remediar’, adotado em 2008, mudou toda a discussão sobre direitos humanos e empresas de forma positiva. Enxergamos os Princípios Orientadores como o próximo importante passo em nível internacional”.

Alguns ONGs internacionais de direitos humanos mostraram menos entusiasmo. Em uma declaração conjunta divulgada na época de minha apresentação final ao conselho, vários grupos ativistas importantes reconheceram que os POs “abordam uma gama de tópicos de maneira útil; porém, alguns assuntos importantes que merecem atenção não estão refletidos ou tratados de maneira adequada”, e o principal deles seria um instrumento jurídico internacional capaz de abranger empresas e direitos humanos. Algumas ONGs também demonstraram cautela quanto aos mecanismos de denúncia em nível operacional, argumentando que eles iriam refletir o desequilíbrio de poder entre as empresas e os detentores dos direitos. Também havia o temor de que esses mecanismos pudessem se tornar substitutos para processos jurídicos – apesar de esses dois pontos serem tratados especificamente nos termos dos POs que explicam como tais processos deverão ser estruturados. Um grupo de ONGs contra a globalização e contra as corporações chegou a pedir ao conselho que rejeitasse os Princípios Orientadores, em função de suas “deficiências”.

A adoção dos POs por outros órgãos normativos internacionais foi rápida; o Capítulo 4 descreve em detalhes como isso aconteceu. A Organização Internacional de Normalização (ISO, na sigla em inglês) havia adotado uma norma de responsabilidade social no fim de 2010, aprovada por 93% de seus órgãos participantes nacionais, incluindo a China. De forma clara, essa norma baseia-se e está alinhada ao segundo pilar do Quadro Referencial: a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos – usando os mesmos conceitos, definições e etapas exigidas para cumprir a responsabilidade. A relevância dos padrões da ISO é que eles têm um apelo particular na Ásia devido ao histórico da região em dar ênfase a sistemas de gestão de qualidade desenvolvidos com base na experiência do Japão de se tornar

uma potência industrial; e eles utilizam uma rede de consultoria mundial para fornecer serviços de assessoria sobre conformidades às companhias.

Como mencionei antes, as Diretrizes da Ocdé para as Empresas Multinacionais foram atualizadas em 2011. Presidindo a reunião ministerial na qual essa decisão foi tomada, Hillary Clinton, secretária de Estado americana, disse: "A presente atualização é particularmente notável por ter incorporado um novo capítulo sobre direitos humanos, baseado nos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, desenvolvidos por John Ruggie, representante especial da ONU para a área de empresas e direitos humanos, e por ter incorporado uma orientação no exercício da auditoria no contexto dos relacionamentos com a cadeia de fornecedores".²⁶ A contribuição singular da Ocdé encontra-se na exigência de que os 42 governos signatários mantenham um escritório designado no qual reclamações sobre o descumprimento das regras poderão ser apresentadas contra multinacionais domiciliadas nesses países, independentemente de onde elas atuem. O novo capítulo sobre direitos humanos dos Princípios, exigências de auditoria e uma ampliação explícita para incluir cadeias de fornecimento, com base nos POs, aumenta o âmbito desse mecanismo.

O IFC adotou uma nova "política de sustentabilidade" em meados de 2011 que, pela primeira vez, reconhece a responsabilidade de respeitar os direitos humanos. Mais uma vez, os conceitos essenciais são idênticos aos POs: a responsabilidade existe independentemente dos deveres dos Estados; "respeitar" significa evitar a violação dos direitos dos outros; e a "listar" de direitos humanos é fornecida pela Carta Internacional de Direitos Humanos e pelas oito convenções fundamentais estabelecidas pela OIT.²⁷ Entre os padrões de desempenho exigidos, o IFC requiere que seus clientes mantenham sistemas adequados de auditoria para avaliação e gestão de riscos sociais e ambientais, e que tais sistemas sejam acompanhados

por mais de 70 instituições financeiras do setor privado e por várias agências de financiamento de desenvolvimento regional e agências oficiais de crédito à exportação. Logo, a importância desse acontecimento está no fato de que ele pode afetar a capacidade das empresas de ter acesso a capital.

Em outubro de 2011, a Comissão Europeia divulgou o comunicado "Uma Estratégia Renovada da União Europeia para o Período 2011–2014 na Área de Responsabilidade Social Corporativa".²⁸ De acordo com o texto, a nova direttriz da União Europeia abandona a antiga divisão entre abordagens obrigatória e voluntária para a responsabilidade corporativa, que eu já havia criticado em um discurso no Parlamento europeu.²⁹ A estratégia também propõe a "auditoria baseada em riscos" para empresas, "inclusive por meio de suas cadeias de fornecimento", citando as Diretrizes atualizadas da Ocdé, os Princípios Orientadores da ONU, e a ISO 26000, entre as fontes de "orientação competentes". O documento de estratégia deve ser usado como a base para o trabalho da Comissão Europeia nessa área durante a próxima fase, incluindo quaisquer novas propostas regulatórias possíveis.

Particularmente, o conceito de auditoria em matéria de direitos humanos tem repercutido bastante. Mark Taylor, do instituto norueguês de pesquisas Fafo, escreveu que "organizações multilaterais, associações empresariais, governos e ONGs abraçaram o conceito de auditoria como a solução de um dos assuntos mais preocupantes da responsabilidade empresarial: o tema das companhias que extraem metais e minerais de zonas de conflito em que se alastram sérios abusos aos direitos humanos e conflitos armados".³⁰ Ele traça um caminho desde que meu mandato apresentou e especificou o conceito até o trabalho da Ocdé sobre cadeias de fornecimento responsável de minerais, trabalho que foi endossado depois por 11 Estados-membros da Conferência Internacional na Região dos Grandes Lagos, na África Central; e que depois

foi usado nas Resoluções do Conselho de Segurança da ONU sobre a exploração de minerais na República Democrática do Congo; e finalmente o conceito foi levado ao artigo 1502 da chamada Lei Dodd-Frank para a Reforma de Wall Street, que exige que esse tipo de auditoria seja feito pelas empresas listadas em bolsas de valores nos Estados Unidos e que utilizam minérios de regiões de conflito no Congo. A Global Witness, uma ONG britânica que se concentra na conexão entre recursos naturais, conflitos e corrupção, desempenhou importante papel nesse trabalho. Mark Taylor conclui: "Portanto, mesmo antes de os Princípios Orientadores terem sido abordados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em junho de 2011, elementos essenciais da responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos já estavam sendo incorporados à legislação nacional e internacional".³¹

III. Conclusão

Final de contas, o que são esses Princípios Orientadores? O que eles fazem? E como espera-se que alcancem seus objetivos? Evidentemente, os Princípios Orientadores não são nenhum tratado internacional, apesar de incluírem elementos vinculantes e não vinculantes. Tampouco têm a intenção de ser caixa de ferramentas, com seus componentes sendo simplesmente retirados da prateleira e ligados, mas têm a finalidade de orientar políticas e práticas. Os Princípios Orientadores formam uma plataforma normativa e recomendações para políticas de alto nível para o fortalecimento da proteção dos direitos humanos frente a violações que envolvam empresas. Eles fornecem uma estrutura para a expansão do regime internacional de direitos humanos, de forma que possa englobar não apenas países e indivíduos, mas também empresas. Ao fazer isso, eles abraçam o valor moral e a força intrínseca da ideia de direitos humanos como também reconhecem que, no contexto da economia global, os direitos humanos nas empresas só podem se tornar realidade por meio

da promoção dos múltiplos sistemas de governança que regem a conduta das corporações multinacionais: pública, civil e corporativa. Contudo, uma plataforma comum é necessária para maximizar sua influência conjunta, com base na qual podem ser criados esforços de consolidação e mudança cumulativa. Os Princípios Orientadores proporcionam essa plataforma comum.

E, ainda assim, é essencial que essa plataforma comum seja sustentada por pilares claramente diferenciados – ou bases de obrigação. A responsabilidade das empresas de respeitar direitos humanos existe independentemente da vontade ou da capacidade do Estado de exercer seu dever de proteger os direitos humanos. Da mesma forma, o dever do Estado de proteger existe de forma independente de qualquer influência que as corporações possam escolher ou que sejam capazes de exercer no Estado. Por razões similares, também é importante diferenciar entre medidas preventivas e remediação. E, no campo da remediação, é preciso distinguir entre as formas jurídicas e extrajurídicas. Proporcionar a remediação judicial é dever do Estado. O acesso à remediação judicial é prerrogativa dos titulares dos direitos humanos. Além disso, Estados, empresas e sociedade civil têm papéis a desempenhar em relação a medidas preventivas e remediação extrajudicial, inclusive nos mecanismos de denúncia em nível operacional, nos quais as companhias podem participar para fornecer os meios desde os primeiros estágios. Todos podem ter motivos diferentes para fazer isso, e esses motivos precisam ser mobilizados para que o esforço conjunto tenha êxito. Em resumo, os Princípios Orientadores são baseados em pilares distintos, porém complementares, formando uma plataforma de ação, que funciona de maneira integrada, com coerência lógica e abrangente.

Os Princípios Orientadores nos levam além do impasse induzido pela separação entre ações obrigatórias e ações voluntárias. Eles reafirmam que o dever do Estado de proteger

os direitos humanos inclui a criação de regras juridicamente vinculantes e também o provimento de remediação judicial efetivo. De acordo com os Princípios, a responsabilidade empresarial de respeitar os direitos humanos deve ser estruturada na auditoria baseada na avaliação de riscos, que é um território familiar para os negócios, mas que também incorpora seu conteúdo e âmbito nas definições clássicas de direitos humanos estabelecidas na área de governança pública internacional. A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos e as maneiras de cumprir essa responsabilidade foi endossada pelos Estados, dando reconhecimento oficial a uma norma que antes estava baseada apenas no terreno das expectativas sociais. E as companhias que adotam os Princípios Orientadores se tornam reguladores por meio dos próprios sistemas internos de gestão e contratos com fornecedores e prestadores de serviços. Instrumentos jurídicos internacionais devem e irão desempenhar uma função na evolução contínua do regime de empresas e direitos humanos, mas, como eu disse em um artigo publicado em 2007, “como ferramentas de precisão elaboradas com cuidado para complementar e aperfeiçoar as capacidades institucionais existentes”.³²

Os termos fundamentais do pilar da responsabilidade corporativa sobre o respeito aos direitos humanos – o que isso significa e como deve ser posto em prática – foram adotados de maneira rápida e abrangente pelos órgãos normativos internacionais, o que gerou uma convergência internacional inédita nesse terreno. Não estamos mais em uma situação em que vários padrões conflitantes estão disputando atenção nessa área, e isso contribui para a criação de condições mais equitativas nas companhias. Foi esclarecido o que se espera delas em relação aos direitos humanos e também foi indicado onde e como devem concentrar suas energias em reação às questões. Os Princípios Orientadores também conferem um maior papel e uma orientação mais focada aos indivíduos

às comunidades afetadas, além de outros *stakeholders*, para determinar se companhias, especialmente aquelas em setores e contextos operacionais complexos, dispõem de sistemas adequados para administrar riscos ligados a direitos humanos. Também são fornecidos parâmetros estabelecidos pelos quais as empresas e a sociedade civil podem aferir o desempenho dos Estados. O fato de que elementos da responsabilidade empresarial de respeitar os direitos humanos já tenham sido incorporados a exigências políticas e legislações soma pontos à discussão. Além disso, com a adoção dos Princípios Orientadores, existe agora uma dinâmica construída para a mudança cumulativa. Cada entidade que adotou variantes dos Princípios Orientadores tem mecanismos próprios de implementação e efeitos multiplicadores, e todas serão instigadas pelas próprias decisões internas e pressões externas para que essas exigências sejam mais detalhadas e para que o desempenho da empresa melhore.

Encerrei minha apresentação final ao Conselho de Direitos Humanos com as seguintes palavras: “Não tenho a ilusão de que a conclusão de meu mandato irá solucionar todos os desafios na área de empresas e direitos humanos. Mas o endosso do conselho aos Princípios Orientadores irá marcar o fim do começo”.³³ O que eu quis dizer era isso. Os Princípios Orientadores, como o nome sugere, fornece uma orientação baseada em princípios a Estados e empresas. Um trabalho mais detalhado será necessário para que governos, empresas e outros *stakeholders* transformem os POs em regras e ferramentas dos setores e contextos operacionais específicos, diferentes escalas de operações, várias formas de intermediários financeiros e assim por diante. Mas, pela primeira vez, tais esforços terão uma plataforma comum na qual se desenvolver e um conjunto de parâmetros confiáveis a ser usado nas avaliações.

Antes de falar das demais etapas dessa jornada no capítulo final, ofereço algumas reflexões de como chegamos “de lá até

aqui” – os caminhos estratégicos que levaram à adoção e à absorção do Quadro Referencial e dos Princípios Orientadores, que podem ajudar na elaboração de esforços similares para abordar outras lacunas globais de governança.

Capítulo 4

Caminhos Estratégicos

Meu mandato começou de forma modesta, com a missão inicial de “identificar e esclarecer” elementos, entre debates controvérsos e profundas divisões que refletiam os diferentes interesses e preferências dos principais agentes: Estados, empresas e sociedade civil. O mandato acabou seis anos depois, com o endosso unânime por parte do Conselho de Direitos Humanos e a ampla adoção de um instrumento basicamente não vinculante que usufruiu de grande apoio por parte de todos esses agentes. Não havia roteiro, tampouco manual de instruções a ser seguido, porque nunca antes havia existido um mandato da ONU como aquele. Então, como saímos daquele ponto e chegamos até aqui? E quais lições dessa minha jornada específica, caso existam, podem ser usadas para solucionar lacunas de governança criadas pela globalização?

Todos os casos têm características únicas, e esse não foi exceção à regra. Pode ser que não seja possível – ou necessário – que futuras iniciativas do gênero tenham de percorrer os mesmos caminhos. Mesmo assim, recordar essa jornada pode servir para fornecer sinalizadores a outras pessoas e ajudar a separar os fatores idiossincráticos das características mais gerais de