

07
Vol. I

Cadernos de Pesquisa

eISSN 2595-5330

Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos



CENTRO DE
DIREITOS HUMANOS
E EMPRESAS



FORDFOUNDATION

Capa: edição e montagem de Gabriel Lima Miranda Gonçalves Fagundes

Cadernos de Pesquisa - Homa

Vol. 01, n. 07 (Dezembro de 2018)

Juiz de Fora: Homa, 2018. Semestral.

Direito – Periódicos

eISSN: 2595-5330

Universidade Federal de Juiz de Fora

Rua José Lourenço Kelmer, s/n – Campus Universitário

Bairro São Pedro – CEP: 36036-900 – Juiz de Fora – MG

CNPJ: 21.195.755/0001-69

HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas. Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos. In. Cadernos de Pesquisa Homa. vol. 1, n. 7, 2018.

COORDENAÇÃO

Prof^a Dr^a Manoela Carneiro Roland

DIAGRAMAÇÃO

Gabriel Lima Miranda Gonçalves Fagundes

1. COMENTÁRIOS SOBRE O DECRETO 9571/2018:

No contexto do aniversário de 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos, considerou-se necessária a elaboração de uma breve reflexão sobre a recente iniciativa brasileira que se enquadra na temática de Empresas e Direitos Humanos, ou seja, o Decreto 9571/2018¹, publicado em 21 de novembro deste ano, e que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Compreende-se que essa discussão se torna ainda mais importante num contexto de questionamento, e até criminalização, no país, do trabalho de diversos segmentos da sociedade civil, movimentos sociais, centros acadêmicos e ativistas em geral, essenciais na história dos Direitos Humanos pelo sucesso da luta por garantias fundamentais, responsáveis, por sua vez, pelo avanço no espectro de proteção dos Direitos Humanos, nacional e internacionalmente.

Como será demonstrado aqui, a busca por recursos normativos para prevenir possíveis violações de Direitos Humanos cometidas por empresas, especialmente transnacionais, ou a sua responsabilização no caso do cometimento de ditas violações, já se dá há mais de 40 anos no âmbito das Nações Unidas, e do ponto de vista do Homa - Centro de Direitos Humanos e Empresas, da Faculdade de Direito da UFJF², representa uma das grandes lacunas existentes no avanço histórico do sistema protetivo dos Direitos Humanos. É importante ressaltar que a atuação do Centro, reunindo projetos de pesquisa e extensão, não ocorre destacada do acompanhamento dos trabalhos desenvolvidos por diversas organizações da sociedade civil, movimentos sociais e outros Centros acadêmicos que produzem materiais sobre violações de Direitos Humanos por empresas há décadas. O Homa integra a Campanha Global para Reivindicar a Soberania dos Povos, Desmantelar o Poder Corporativo e Acabar com a Impunidade³; a Aliança para o Tratado⁴ (*Treaty Alliance*), ambas reunindo centenas de organizações no âmbito internacional, e também, nacionalmente, é membro do GT Corporações⁵.

¹ O Decreto pode ser acessado em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9571-21-novembro-2018-787332-publicacaooriginal-156734-pe.html>.

² Pode-se obter maiores informações sobre o trabalho do Homa, acessando seu website: www.homacdhe.com.

³ Acesse o trabalho da Campanha em: <https://www.stopcorporateimpunity.org/?lang=pt-br>.

⁴ Conheça o trabalho da Aliança em: <https://www.treatymovement.com/>.

⁵ O GT Corporações surgiu como rede em 2014, no contexto de crise política e de problematização da relação entre Estado e empresas.

O arcabouço de proteção, individual e coletivo, dos Direitos Humanos avançou desde o pós-Segunda Guerra Mundial orientado, em grande medida, pela percepção do Estado como principal violador desses Direitos, entretanto, identifica-se, especialmente a partir da década de 1970, a presença cada vez mais expressiva de empresas transnacionais em diversos territórios, com maior destaque para o chamado Sul Global, conduzindo empreendimentos que as envolvem reiteradamente em graves episódios de violações de direitos, de diferentes dimensões.

O fator complicador desta equação é que não existem mecanismos disponíveis para a prevenção, ou reparação à altura da magnitude e constância com que vêm ocorrendo as violações, chamando atenção o fato das empresas transnacionais ostentarem, muitas vezes, poder econômico, político e uma influência nos meios sociais onde se inserem superior ao dos Estados que as recebem. Desta forma, constata-se um ambiente marcado pela impunidade estrutural da qual desfrutam tais corporações. Pode-se mencionar, só a título de exemplo, os desastres de Bhopal, na Índia, em 1984; Texaco/Chevron, na Amazônia equatoriana, há mais de 20 anos sem uma solução adequada aos atingidos e atingidas; os desabamentos no complexo de Rana Plaza, em Bangladesh, em 2013, e o recente rompimento da Barragem de Fundão, em Minas Gerais, em 2015.

Será apresentada aqui uma síntese de iniciativas no âmbito das Nações Unidas que buscaram e ainda tentam responder a esse cenário, mas que ainda não obtiveram grande êxito, com destaque para os *Guiding Principles*, ou Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos.⁶ Os Princípios foram elaborados num contexto muito específico, em que a Organização das Nações Unidas (ONU) buscava dar uma resposta ao pleito de Estados, mas também de diversos grupos, movimentos sociais e organizações da sociedade civil que representavam interesses de atingidos e atingidas por violações de Direitos Humanos, e que sofriam com a falta de um aparato de proteção suficiente para enfrentar o poder das empresas transnacionais em seus países. A existência de relações consideradas até promiscuas entre empresas e Estados, que tornavam os últimos muitas vezes coniventes com as corporações, cria um “espaço de exceção”, propício às violações de direitos das populações locais.

É importante salientar que essa dinâmica relacional não é mera “falha” dos Estados, mas uma lógica característica do capital transnacional que leva à associação

⁶ Pode-se ter acesso aos Princípios em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

entre empresas e Estados a fim de gerar maior vantagens para os investimentos transfronteiriços. Hoje já se reconhece como uma das expressões desta “associação” a chamada *race to the bottom*, ou “corrida para o fundo do poço”, que define uma tendência dos Estados, especialmente do Sul Global, de concederem certos incentivos às empresas transnacionais para se instalarem em seus territórios, como uma forma de obterem vantagens competitivas nas disputas por investimentos internacionais, ou seja, concedem desde isenções tributárias, até fontes de financiamento vantajosas, os quais, em grande medida, estão ligadas ao enfraquecimento de instrumentos para o exercício do papel de monitoramento do Estado sobre o desempenho da atividade empresarial e também à flexibilização direta de *standards* de proteção de Direitos Humanos. As empresas, por sua vez, sentem-se mais atraídas por localidades onde o lucro será maior, mas também o risco de serem responsabilizadas por violações de Direitos Humanos será menor.

A forma como a ONU responde a esse clamor, uma vez que é uma organização que também depende de aportes de empresas, o que inclusive não se dá de forma muito transparente na publicação de informações sobre a estrutura do financiamento da Organização, é mitigatório. Nomeia um Representante Especial para a temática de Empresas e Direitos Humanos, o então professor de Harvard, John Ruggie, consultor empresarial, e que já havia participado da redação do Pacto Global, em 1999, e, o mais importante, assegura a elaboração de um documento compatível com os anseios empresariais e pouco “ameaçador” à lógica de seus investimentos.

Não é à toa que os Estados, na tradução e interpretação dos Princípios Orientadores, permanecem como os principais responsáveis por protegerem os Direitos Humanos, cabendo aos mesmos, independentemente de suas fragilidades e das condicionantes do capital global internacional, garantirem que as empresas respeitem os Direitos Humanos; consagram o papel da empresas como entes com uma vocação natural ao bem coletivo, orientadas pela lógica e quase racionalidade neutra e científica do “desenvolvimento”, o qual, no máximo, apresentaria “riscos” que deveriam ser suportados em prol do avanço das sociedades aonde os empreendimentos se instalariam. Observa-se, portanto, que o fato de os Princípios serem voluntários não é o único problema. Porém, o mais grave se configura mediante todo um arcabouço lógico que se estabelece a partir deles.

Em uma síntese arriscada podem-se apontar alguns problemas: depositam nos Estados, e nas condicionantes “locais”, independe de uma análise das disputas de

poder em jogo, inclusive internacionalmente, as responsabilidades pelas violações de Direitos Humanos; consagram as empresas como vetores do “desenvolvimento”, necessárias para os Estados onde se localizam, fortalecendo a sua imagem de confiabilidade, imparcialidade, honestidade e competência, o que dificulta inclusive um debate mais aprofundado sobre o papel das mesmas na ocorrência de violações estruturais de Direitos Humanos, nos territórios onde atuam; ao serem alçadas a agentes promovedores do “desenvolvimento” serão capazes de orientar o processo de implementação da atividade empresarial e de todo o empreendimento, sem dependerem do consentimento ou não das comunidades locais⁷, e o mais grave, as normas de Direitos Humanos não se apresentam como condicionantes prévias obrigatórias à atividade, mas de cumprimento facultativo, caso adaptáveis à viabilização dos interesses empresariais; essa orientação pela aceitação de um “risco inevitável”, além do fortalecimento da imagem positiva das empresas, cria um ambiente favorável aos acordos, onde os Direitos Humanos de atingidos e atingidas por violações poderão ser negociados, sob a liderança das próprias empresas, evitando-se maiores “conflitos” representados por ações judiciais.

O Decreto 9571/2018, segunda a análise aqui conduzida, se coaduna perfeitamente com o projeto inaugurado pelos Princípios e que as empresas, assim como governos comprometidos com os interesses das mesmas, visam preservar. Os principais aspectos que ajudam a reforçar tal afirmação seriam:

1. A elaboração do Decreto não fez parte de um processo transparente ou de consulta à sociedade civil e aos atingidos e atingidas por violações de Direitos Humanos cometidas por empresas, assim como ignorou, e ajudou a invisibilizar, todo um debate já em curso na sociedade brasileira. Ignorou a criação de um GT sobre Empresas e Direitos Humanos na Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), sob a coordenação do Procurador Federal Marlon Weichert. Este GT, junto com o GT Corporações, existente desde 2014, composto por membros da sociedade civil, organizou a 1ª Audiência Pública brasileira sobre Empresas e Direitos Humanos, em novembro de 2017, em ocasião do segundo Seminário de Balanço do desastre do Rio Doce, na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). A Nota Técnica da PFDC sobre

⁷ Consentimento é a faculdade de participar até do planejamento da atividade e de dizer não, que vai além da regulamentação da “consulta prévia e informada”, segundo a Convenção 169 da OIT, o que vem sido problematizado pela sociedade civil e movimentos sociais em vários países.

o tema que pode ser acessada no próprio *website* da PFDC parece ter sido ignorada.⁸ Este debate se aprofundou, e foi realizado, mediante uma parceria entre a Fundação Friedrich Ebert e Oxfam Brasil, um Seminário sobre o tema, em Brasília, com a presença de representantes do poder/função Executiva, como o Ministério das Relações Exteriores, Ministério dos Direitos Humanos (MDH), além da PFDC, dentre outros, no final de agosto deste ano, em Brasília. Ou seja, ao mesmo tempo em que a agenda internacional levava a um aprofundamento da discussão em nível nacional da temática, a sociedade civil brasileira respondia e se qualificava para o enfrentamento do tema, com o conhecimento de instâncias governamentais competentes. Entretanto, todo esse acúmulo da sociedade parece ter sido subestimado, ou ignorado no momento da confecção do Decreto governamental, o que não se harmoniza com as orientações referentes aos processos de elaboração de normas de proteção dos Direitos Humanos;

2. Um outro ponto importante, e este é um esforço que se destaca também no processo para o avanço da Agenda de Empresas e Direitos Humanos internacionalmente, e se faz essencial nacionalmente. O principal desafio que se coloca é o de se condicionar a lógica empresarial às diretrizes de Direitos Humanos, e não ao contrário. Essa preocupação foi expressa inclusive pelo Prof. Olivier De Schutter, *expert* durante a 4ª sessão de negociação do Tratado Internacional sobre Empresas e Direitos Humanos, na qual o Homa estava presente, em outubro deste ano, em Genebra, no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. O Prof. De Schutter chamou a atenção para o fato de que aquele espaço do Conselho deveria ser “um espaço para a primazia dos Direitos Humanos e não uma Câmara de Comércio Internacional”. O Decreto 9571/2018, não estabelece claramente a supremacia dos Direitos Humanos sobre acordos de comércio e investimentos, ou qualquer projeto de empreendimento empresarial. A própria terminologia “impacto”, ou “abuso”, atribuído às empresas, cujo uso, ao invés de “violações”, o jurista, Robert Mc Corquodale, do *Inclusive Law*, que também figurou como *expert* durante a 4ª sessão de negociação do Tratado, condenou, é mantida, e parece que se busca encontrar uma harmonização entre os interesses empresariais e o espectro de proteção dos Direitos Humanos e não inaugurar uma lógica de supremacia dos últimos;

⁸ O Homa, Centro de Direitos Humanos e Empresas da UFJF, como parte do GT Corporações estava presente na Audiência e também realizou um relatório, disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/08/Cadernos-de-Pesquisa-Homa-Audi%C3%Aancia.pdf>.

3. O ponto de partida do Decreto é o paradigma dos Princípios Orientadores, e, como consequência imediata, as Diretrizes propostas tornam-se facultativas às empresas, ignorando todas as críticas que já floresceram no âmbito da sociedade civil e em encontros de atingidos e atingidas por violações de Direitos Humanos, como, por exemplo, na 1ª Audiência Pública sobre o tema, aonde críticas a mecanismos voluntários e a *práxis* empresarial compensatória, e favorável também à realização de acordos na solução de conflitos, foi muito criticada. Além disso, a relação entre Estado e empresas não parece muito claro, pairando a dúvida se cabe ao Estado impor às empresas essas condicionantes e a real viabilidade dele realizar tal tarefa. Outros aspectos como o acesso à justiça, inversão do ônus da prova; recortes de gênero, raça dentre outros; necessidade de redefinição do instituto da *due diligence* no âmbito da cadeia produtiva; relativização da confiabilidade empresarial no seu automonitoramento ou fornecimento de informações; existência de mecanismos de proteção a defensores de Direitos Humanos; direito ao consentimento, ou a dizer “não” ao empreendimento, dentre outros; como ainda, a participação das empresas em órgãos de monitoramento e tomadas de decisão e regulamentação, não correspondem ao avanço do debate e à complexidade da discussão por parte da sociedade civil, tanto nacional, quanto internacionalmente, sobre a temática de Empresas e Direitos Humanos;

4. Um aspecto torna-se especialmente preocupante, trata-se do disposto no art 17,I, do Decreto que estabelece a tarefa do Comitê de Acompanhamento e Monitoramento das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, de elaborar um plano de ação anual, “com vistas a concretizar as Diretrizes, que será editado em ato do Ministro de Estado dos Direitos Humanos”; assim como, o inciso II, que fala sobre a possibilidade de elaboração de “estudos” e adoção de planos destinados à proteção e à a promoção do respeito aos direitos humanos por empresas”. Espera-se que este não seja um subterfúgio para a elaboração de um Plano de Ação Nacional brasileiro em matéria de Empresas e Direitos Humanos, o qual também tem sido problematizado há algum tempo pela sociedade civil. Tal preocupação aumenta uma vez que o Comitê, na sua composição, coloca, num conjunto, como todos integrantes da sociedade civil, em pé de igualdade, “terceiro setor”, não se fala em atingidos e atingidas por violações de Direitos Humanos; instituições acadêmicas; setor privado e sindicatos.

2. A AGENDA DE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS NAS NAÇÕES UNIDAS E O PORQUÊ DE IRMOS ALÉM DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS:

A narrativa a seguir exposta também pode ser encontrada em outros documentos e artigos de autoria de pesquisadores do Homa, e tem como principal objetivo demonstrar que o apelo por instrumentos normativos capazes de prevenir violações de Direitos Humanos cometidas por empresas, além da responsabilização mais eficaz das mesmas já se faz presente há mais de 40 anos nas Nações Unidas e permanece, a despeito da adoção “por consenso” dos Princípios Orientadores, em razão justamente da sua incompletude e lógica pró-empresarial, mencionadas anteriormente.

Em 1972, após o discurso do então presidente Salvador Allende na Assembleia Geral das Nações Unidas, e sua morte após um golpe de Estado no Chile, em 1973, o qual contou com o envolvimento comprovado de empresas transnacionais, a ONU incorpora a aqui chamada agenda de Empresas e Direitos Humanos, dando início aos debates para a criação da Comissão sobre Empresas Transnacionais, submetida ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e a partir deste momento contrapõem-se duas perspectivas: uma que vê a necessidade de se regular internacionalmente de maneira “vinculante” as empresas transnacionais e de se criar mecanismos de responsabilização destes atores por violações a Direitos Humanos; e outra que se alinha com a vertente da Responsabilidade Social Corporativa, baseada em pactos de adesão voluntária, geradoras de marketing positivo para as empresas e comparável à finalidades filantrópicas.

Em última instância, a ONU resistiria a uma normatização, via responsabilização das empresas que fosse mais eficaz, respondendo mediante normas mais brandas e voluntárias, ao passo que, principalmente em razão da pressão da sociedade civil global, brechas são forçadas e instrumentos vinculantes são considerados.

O professor Surya Deva (2013)⁹, resume em três etapas os principais ciclos de busca de normatização da atividade de empresas transnacionais no âmbito das Nações Unidas:

A primeira fase, como já mencionado, inicia-se em 1972 (discurso de Salvador Allende) com os primeiros passos para a criação da Comissão sobre Empresas Transnacionais, (Comissão sobre Investimento Internacional e Empresas Transnacionais) submetida ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e vai até 1990, com a apresentação do draft do Código de Conduta para Empresas Transnacionais;

A segunda fase instaura-se em 1997-1998 com o estabelecimento de um grupo de trabalho na Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, subordinada ao Conselho de Direitos Humanos da ONU (anteriormente chamada de Comissão de Direitos Humanos), para analisar os métodos de trabalho e atividades das empresas transnacionais e apresentar um documento normativo ao final do trabalho. Em meados de 2003, o grupo de trabalho ligado à Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos apresentou o draft das Normas sobre Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outros Negócios com Relação a Direitos Humanos, conhecidas como “Normas”, que não obteve aceitação por parte do Conselho de Direitos Humanos;

Em concorrência ao trabalho deste grupo, o então Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, no ano 1999, lançou o Pacto Global (Global Compact).

A terceira fase se inicia em 2005, com a nomeação do professor de Harvard, John Ruggie, que já havia participado do processo de formulação do Pacto Global, como Representante Especial do Secretário Geral para a temática Direitos Humanos e Empresas Transnacionais. Seu mandato foi prorrogado até 2011, quando este apresentou ao Conselho de Direitos Humanos da ONU os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, resultado final de seu trabalho. Os Princípios, por sua vez, sistematizam o paradigma *protect, respect and remedy* (proteger, respeitar e remediar), divulgado ao final do primeiro mandato do prof. Ruggie, em 2008.

De maneira geral, os Princípios reforçam a condição do Estado como grande responsável por prevenir, respeitar e até reparar violações de Direitos

⁹ DEVA, S. Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles. In. In BILCHITZ, D, DEVA, S. Human rights obligations of business. Cambridge: Cambridge University Press, 2013

Humanos, uma vez que cabe a ele proteger os Direitos Humanos, assim como garantir que as empresas respeitem os mesmos em seu território. Observa-se, em decorrência desta lógica, em grande medida, a existência de diversas obrigações para os Estados, e um espectro ainda débil e genérico relacionado à atividade empresarial. Muitos analistas e doutrinadores consideram essa uma boa solução, uma vez que temem a previsão de obrigações para as empresas no âmbito internacional, como uma forma de levá-las a serem consideradas também sujeitos de Direito Internacional, ocupando, assim, maior espaço formal em diferentes âmbitos institucionais. O Homa já enfrentou essa discussão em textos anteriores¹⁰, refletindo sobre a categoria e empresas transnacionais como “sujeito de deveres”. Soma-se o argumento sobre a possibilidade de se inserir um ente em um Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos, sem necessariamente conceder-lhe a condição plena de sujeito de Direito Internacional. Tal situação reflete o *status* dos próprios seres humanos no âmbito dos Sistemas Internacionais.

Tendo em vista, ainda, a luta dos movimentos e organizações da sociedade civil reforça-se o sentido de urgência do combate à “arquitetura da impunidade”, que além de conceder prioridade aos interesse corporativos em detrimento dos Direitos Humanos, sustenta-se sobre um conjunto normativo e institucional, nacional e internacional, que garante a defesa desses interesses, a chamada *Lex Mercatoria*, e fundamentalmente, a sua impunidade quando da violação de Direitos Humanos. Pode-se afirmar de antemão que os postulados constitutivos dos Princípios Orientadores não atuam na centralidade desses interesses. A “arquitetura da impunidade” pode ser melhor definida pelo professor Juan Hernández Zubizarreta (2017:15)¹¹:

¹⁰ Como exemplo, leia o texto: <http://homacde.com/wp-content/uploads/2015/11/Artigo-Tratado-sobre-Direitos-Humanos-e-Empresas-Duas-Quest%C3%B5es-Principais.pdf>

¹¹ ZUBIZARRETA, J.H. El tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales. Una análisis desde la sociología jurídica. Madrid: Paz con Dignidad y OMAL, 2017.

“Así, la existencia de agentes y organizaciones económico-financieras supraestatales (las empresas transnacionales, la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Monetario y Internacional (FMI), el Banco Mundial y el G8) está generando un entramado institucional de perfiles propios que utiliza categorías y principios jurídicos estatales y de Derecho Internacional (Faria, 2001:145), junto a prácticas privadas que regulan el comercio internacional por medio de una hiperinflación normativa difícil de conocer y controlar, dotada de *imperium* y con plena eficacia jurídica y sancionadora, adecuada a sistemas arbitrales de resolución de conflictos (Castillo, 2001:229-241). Además, los controles democráticos, apesar de contar con reglas formales, se encuentran sometidos a los poderes económicos y a las prácticas de los grandes bufetes de abogados que los representan..”

E além disso:

“Tal es así que las normas internacionales de comercio e inversiones formalizadas en la OMC, los tratados y acuerdos regionales y bilaterales, el FMI y el Banco Mundial conforman un Derecho Corporativo Global, jerárquicamente superior a los ordenamientos nacionales, sobre todo de los Estados periféricos. Estas normas, junto a los contratos de inversión de las empresas transnacionales y las prácticas privadas van formalizando de hecho situaciones de pseudo-pluralismo jurídico, más cercano a un monismo jurídico en favor de las grandes corporaciones que a una visión plural e inclusiva del derecho” (Zubizarreta, 2017:15).

A possibilidade de se ampliar o alcance das obrigações de Direitos Humanos assumidas pelas empresas também é defendida pelo professor David Bilchitz (2013)¹², que explicita as razões pelas quais as corporações são obrigadas, tanto quanto os Estados, a observar os *standards* internacionais de Direitos Humanos. Todavia, antes de apresentar o seu argumento, o autor analisa o posicionamento adotado por John Ruggie. A abordagem dos Princípios Orientadores, como conclui o autor, considera que as corporações não possuem nenhuma obrigação vinculante em relação aos Direitos Humanos, de modo que quaisquer responsabilidades a elas imputadas neste sentido são, na verdade, derivadas da expectativa social e não da própria lei.

Ademais, John Ruggie defenderia que a responsabilidade das corporações em relação aos Direitos Humanos é distinta da obrigação dos Estados: as corporações

¹² BILCHITZ, D. A chasm between “is” and “ought”? A critique of the normative foundations of the SRSG’s Framework and the Guiding Principles. In BILCHITZ, D, DEVA. S. Human rights obligations of business. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. O professor Bilchitz também atuou como expert a convite do governo do Equador durante a última sessão de negociação do tratado, em outubro, no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

devem evitar a violação de Direitos Humanos, mas não são obrigadas a isso da mesma forma que os Estados (Bilchitz, 2013). Bilchitz argumenta, a partir da fundamentação moral dos Direitos Humanos, que há sim obrigações vinculantes para as corporações e que estas derivam do quadro normativo – e não das expectativas sociais, como foi alegado. Ele tenta demonstrar que a concepção de Ruggie se funda em um entendimento equivocado do papel social das empresas e da legitimidade democrática.

Além disso, o autor sugere que uma visão mais adequada inclui uma noção colaborativa entre empresas e Estados no que diz respeito aos Direitos Humanos, ou seja, ambos devem trabalhar de forma conjunta na realização dos Direitos Humanos, sendo que restringir a obrigação apenas aos Estados não ajuda neste aspecto (Bilchitz, 2013). Não há dúvida de que os tratados de Direitos Humanos impõem uma obrigação vinculante aos Estados de garantir o respeito a estes direitos. Como consequência, para que seja possível realizar este dever de forma plena, os Estados devem garantir que os Direitos Humanos não sejam violados por terceiros – o que inclui as corporações. Conclui-se, portanto, que os terceiros são, por sua vez, eles mesmos obrigados a cumprir com este dever. Se assim não fosse, não haveria razão para que o Estado fosse obrigado pelo direito internacional a oferecer garantias neste sentido (Bilchitz, 2013).

Como enfatiza também o professor Surya Deva (2013), os Direitos Humanos não admitem hierarquia: são, além de indivisíveis, interdependentes e correlacionados. Além disso, o autor destaca que não há possibilidade de negociação neste sentido, ou seja, a proteção internacional dos Direitos Humanos não deve depender do consentimento ou da boa vontade das empresas, e nem serem objeto de acordos, com o protagonismo das próprias empresas, ditando aquilo que poderia ou não lhe ser atribuído

Em última instância, negar que existam obrigações de Direitos Humanos para as empresas, e torná-las vinculantes, é retroceder o progresso do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao invés de incorporar de forma mais efetiva o tratamento adequado a uma questão já consolidada. Além disso, afirmar que a responsabilidade das corporações deriva das expectativas sociais – e não de um dever moral ou normativo – é problemático em um mundo marcado por ideologias e interesses diversos. Quer dizer, esta interpretação enfraquece gravemente a concretização dos

Direitos Humanos, uma vez que dificulta a delimitação de obrigações específicas diante de uma grande variedade de expectativas sociais (Bilchitz, 2013).

Os professores David Bilchitz e Surya Deva, assim como outros autores mais críticos aos Princípios Orientadores, entendem que os mesmos refletem um “pragmatismo principiológico” que não se propõe efetivamente a desafiar o controle que as empresas, especialmente as transnacionais, normalmente exercem sobre todo o seu processo de responsabilização. Na verdade, a empresa figura sempre como um importante ator interessado, reforçando a dinâmica dos *multistakeholders* a qual orienta as normas voluntárias sobre Empresas e Direitos Humanos de forma geral, devendo ser ouvidas e, muitas vezes, destacando-se como parte mais importante no processo de tomada de decisões com relação às diretrizes de prevenção e responsabilização que devem ser aplicadas às mesmas nos territórios aonde atuam.

Não surpreende que tal arcabouço normativo tão favorável aos interesses empresariais tenha sido adotado por consenso nas Nações Unidas. Vale ressaltar, entretanto, que a adoção por “consenso” é uma *práxis* do Conselho, e é importante frisar que os Princípios não foram produzidos a partir de negociações entre Estados, mas produto de um esforço de *experts* e consultores empresariais, sob a liderança do Professor John Ruggie. É inegável, todavia, tendo em vista os interesses que representa, que o marketing envolvido na difusão dos mesmos mostra-se, até hoje, muito eficiente.

Inclusive, já em setembro de 2013, o “consenso” em torno dos Princípios Orientadores mostrava-se frágil, quando um grupo de países fez uma declaração durante a 24ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos. A declaração foi feita em nome de um grupo de países africanos, de um grupo de países árabes, do Paquistão, Sri Lanka, Quirguistão, Cuba, Nicarágua, Bolívia, Venezuela, Peru e Equador. E deixaram claro que sem buscar um marco juridicamente vinculante, o endosso dado aos Princípios Orientadores pelos Estados em 2011 no Conselho de Direitos Humanos, e que mecanismos de *soft law* como os Princípios de Ruggie não eram suficientes para garantir a reparação e a devida proteção às vítimas de violações de Direitos Humanos por empresas, principalmente transnacionais, não sendo suficiente para preencher o “gap” jurídico existente para responsabilização de empresas, especialmente no que tange às obrigações extraterritoriais.

Essa declaração foi reforçada por mais de 140 organizações da sociedade civil, que também emitiram uma declaração conjunta reclamando um instrumento vinculante

que tratasse das violações de Direitos Humanos cometidas por empresas. Sem dúvida alguma, esse movimento ajudou a impulsionar a decisão do Equador e África do Sul de apresentarem a Resolução 26/9¹³.

Em 2014, a Resolução 26/9 obteve 20 votos a favor, 13 abstenções e 14 votos contrários. Deve-se destacar que a Resolução contou com grandes aliados em seu início, como atestam Adoración Guamán e Gabriel Moreno (2017)¹⁴, tendo votado a favor China, Rússia, Índia e Venezuela, enquanto todos os países da União Europeia presentes, como Alemanha, França, Itália, Irlanda e a República Tcheca, junto com Estados Unidos, dentre outros, se posicionaram contra. No que tange à América Latina, tirando Brasil, que se absteve na votação, assim como Chile, México e Peru, ia se formando um bloco de apoio importante, formado por Bolívia, Cuba, Venezuela, El Salvador e Nicarágua.

Este Grupo de Negociação Intergovernamental já promoveu quatro sessões, a primeira em 2015, e as seguintes em 2016, 2017 e 2018, tendo apresentado para a terceira sessão, em 2017, os chamados “elementos”¹⁵, documento inicial que serviria como ponto de partida para discussão de um possível escopo para o futuro tratado. Ao final desta sessão ficou estabelecido que após a realização de consultas regionais, o Equador que detém a Presidência do Grupo deveria apresentar um rascunho efetivo do tratado, o chamado *zero draft*, até junho de 2018, quatro meses antes da realização da 4ª sessão, em outubro. O *Draft*¹⁶ foi apresentado em agosto de 2018, e já foi objeto de discussão durante a quarta sessão, em outubro.

A aprovação desta Resolução foi considerada uma grande vitória para grande parte da sociedade civil global e certos Estados que vinham, desde a década de 70, pleiteando o reconhecimento de normas que dispusessem sobre obrigações diretas e

¹³ Resolução A/HRC/RES/26/9: Elaboração de um Instrumento Internacional Juridicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionais e Outros Negócios com relação aos Direitos Humanos: adotada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 26 de junho de 2014. Disponível em: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>.

¹⁴ GUAMÁN, A. MORENO, G. El fin de la impunidad. La lucha por un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos. Ulzama: Icaria editorial, 2017.

¹⁵ Para os propósitos deste trabalho, os OEIGWG Draft “Elements for a Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights” será chamado de “Elementos” e pode ser encontrado em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx>.

¹⁶ Para os propósitos deste trabalho o Zero Draft, ou OEIGWG Draft on the “Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business enterprises” será chamado de Zero Draft e pode ser encontrado em: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/DraftLBI.pdf>.

vinculantes para as empresas, e que, principalmente, a partir de 2011, após a publicação dos Princípios Orientadores, pudessem romper com a lógica “pró-empresas” representada pelos mesmos, assim como suprir as lacunas deixadas por eles, e que seriam essenciais para uma efetiva responsabilização de empresas no caso de violações de Direitos Humanos, como, por exemplo, a previsão de obrigações diretas extraterritoriais. Mas, acima de tudo, pleiteia-se, hoje, uma grande mudança paradigmática representada pelo desafio de se colocar o Direito Internacional dos Direitos Humanos acima de tratados de investimento e outros acordos comerciais.

Outro aspecto a ser considerado e que influenciou a constituição de agenda de Empresas e Direitos Humanos, podendo inclusive afetar o debate sobre Empresas e Direitos Humanos, tanto a nível regional, quanto nacional, foi a constituição do Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos, em 2012, estimulando os Estados a elaborarem Planos de Ação Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, que tivessem como principal inspiração os Princípios Orientadores.

Considera-se importantíssimo o aprimoramento de legislações nacionais que possam tornar mais eficazes os mecanismos de responsabilização de empresas por violações de Direitos Humanos. Entretanto, os Planos de Ação Nacionais, tanto os europeus, quanto os latino-americanos, analisados até agora pelo Homa¹⁷, não respondem à altura deste desafio. Ao reproduzirem a sistemática dos *Guiding Principles*, acabam mantendo suas lacunas o que não contribui para o aprimoramento daqueles mecanismos.

As principais falhas encontradas, e que poderiam ser ressaltadas, pois se apresentam tanto nos europeus quanto latino-americanos, seriam: Dificuldades de manejar a dinâmica metodológica de encontros entre os diferentes atores, como Estado, empresas e sociedade civil; déficit democrático, ou seja, pouca participação de atingidos e atingidas por violações, além de pouca transparência sobre os processos de consultas; fraca previsão normativa em matéria de Direitos Humanos; linguagem vaga e imprecisa; expressiva valorização apenas dos princípios da OCDE; não são mencionadas medidas concretas de responsabilização, na maioria dos casos, e inexistência de um prazo claro para efetivação das existentes, além de ausência de previsão de mecanismos de extraterritorialidade, na maior parte dos Planos.

¹⁷ Pode-se ter acesso a dois estudos sobre Planos de Ação Nacionais no website do Homa, um europeu, e outro latino-americano: <http://homacdh.com/index.php/pt/documentos/>

Assim, um esforço nacional que inove em matéria de prevenção e responsabilização de empresas por violações de Direitos Humanos é bem-vindo, mas desde que traga verdadeiros avanços e não retrocessos. Um bom exemplo de documento que expressa esse debate é a Nota Técnica sobre proteção e reparação de Direitos Humanos no âmbito das atividades empresariais, lançada pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, em agosto deste ano. Indaga-se também a respeito da necessidade de implementação do PNDH3 que estabelecerá uma lógica muito mais coadunada com os Direitos Humanos do que os *Guiding Principles*. De qualquer forma, espera-se um debate amplo, com participação consistente da sociedade civil, e em especial atingidos e atingidas por violações de Direitos Humanos, com respeito aos acúmulos já obtidos, para a elaboração de um instrumento normativo legítimo sobre Empresas e Direitos Humanos.



CENTRO DE
DIREITOS HUMANOS
E EMPRESAS



FORDFOUNDATION

homacdhe.com