A devida diligência nos instrumentos da OCDE e alguns desafios para sua implementação na América Latina

By:

Danielle Anne Pamplona

July 11, 2020

A devida diligência nos instrumentos da OCDE e alguns desafios para sua implementação na América Latina

Due Diligence on OECD documents and challenges for its implementation in Latin America

English Summary

This contribution delivers an overview of OECD documents that tackle Responsible Business Conduct in general and Due Diligence in particular, sharing some of the author's views on challenges for implementation of due diligence in Latin America.

Keywords:

Diretrizes OCDE para empresas multinacionais/ empresas e direitos humanos/ devida diligência

Introdução

Esse texto surge de contribuição em Webinar que discutiu a devida diligência sob diferentes aspectos. Nas minhas mãos ficou o encargo de avaliar o instrumento a partir dos documentos da OCDE e seus limites e possibilidades de aplicação na América Latina. Minhas considerações seguem a seguinte lógica: uma introdução aos instrumentos relevantes para o assunto e a apresentação de alguns desafios para a região.

A OCDE se preocupa há tempos com as condutas empresarias em relação aos direitos humanos, tendo cunhado o termo Conduta Empresarial Responsável (CER). Estabelecida há mais de sessenta anos, seus Princípios para o Governo das Sociedades (1999) já mencionavam a necessidade dos membros dos órgãos de administração das empresas agir com devida diligência no melhor interesse da empresa e dos seus acionistas.

O conceito de CER foi exposto nas Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais e consolida o conhecimento de todas as condições que fomentam as práticas empresariais descritas nos instrumentos da OCDE e indica que já há uma convergência global sobre isso.

Diretrizes da OCDE e a devida diligência

Em 2011, com a aprovação pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU dos Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos (POs), as Diretrizes passaram por uma revisão para preencher o conteúdo do conceito de CER e para introduzir o conceito de devida diligência, de acordo com os POs. Na atual redação, a CER engloba padrões como os dos POs, dos Padrões de desempenho da Corporação Financeira Internacional (IFC), dos Princípios do Pacto Global e da ISO26000 sobre Responsabilidade Social.

As Diretrizes expõem recomendações dos governos para as multinacionais ou

seja, as expectativas dos governos em relação a conduta de todas as suas unidades. A dicção do texto é sempre no sentido de buscar as contribuições positivas das empresas para a sociedade e de evitar a ocorrência de possíveis impactos negativos. Na sua ocorrência, espera-se que as empresas estejam preparadas para enfrenta-los. As políticas gerais das Diretrizes afirmam que as empresas devem respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos e realizar devida diligência com base no risco para identificar, evitar e mitigar os impactos adversos reais e potenciais, e, ainda, explicar como esses impactos são tratados.

Perceba-se que a explicação do que é a devida diligência implica no reconhecimento de que ela se funda no risco para a empresa, ou seja, está vinculada à possibilidade de que a ocorrência destes impactos negativos possa gerar alguma perda para a atividade econômica. Os comentários ao texto indicam que a devida diligência é um processo que integra o processo de tomada de decisão da empresa com seus sistemas de gerenciamento de riscos financeiros, de mercado ou operacional. Assim, fica claro que a devida diligência serve para munir o administrador com dados sobre os riscos a que está sujeito, para que tome uma decisão informada.

No capítulo que dispõe especificamente sobre direitos humanos, as Diretrizes, na mesma medida dos POs, alertam para o fato de que o processo de devida diligência deve ser adequado à dimensão, natureza e âmbito das operações da empresa e da gravidade dos riscos de efeitos adversos aos direitos humanos. É preciso anotar que o processo de devida diligência aí estabelecido não serve, tão somente, para antever riscos da operação para os direitos humanos, mas também dirige-se, por exemplo, ao tema de combate à corrupção e de respeito às normas que regem as relações de trabalho.

Desafios para o cumprimento da devida diligência do Guia da OCDE para a Conduta Empresarial Responsável

A devida diligência já era um processo conhecido das empresas na medida em que, há muito, é utilizada em processos de fusões e aquisições. Mas hoje ela se faz necessária em diferentes contextos, o que demanda que seu conteúdo e procedimento sejam esclarecidos e tratados em um documento específico, o

que refletiu na elaboração e adoção, em 2018, pela OCDE, do Guia de Devida Diligência para a Conduta Empresarial Responsável.

Esse guia trata a devida diligência como um processo dinâmico, contínuo e preventivo que deve ser adotado para acessar riscos nas diversas áreas de atuação da OCDE (direitos humanos, combate à corrupção, relações trabalhistas, meio ambiente, entre outros), que envolve diferentes procedimentos mais ou menos complexos, de acordo com o risco de maior probabilidade de ocorrência e maior severidade, o que, por fim, implica na possibilidade de priorização daquelas situações mais gravosas e urgentes. É importante ressaltar que no guia, esse processo refere-se ao risco como a probabilidade das empresas causarem impactos adversos sobre as pessoas e o meio ambiente. Em outras palavras, trata-se de uma abordagem de risco voltada para o exterior da empresa, e não somente, para o risco à própria atividade, diferentemente do que faziam as Diretrizes.

Apesar da existência do Guia, é possível prever alguns desafios para a sua implementação. A aplicação da devida diligência na cadeia de produção de uma empresa pode encontrar algumas dificuldades. Uma delas é o acesso à informações fidedignas. Cumprir com os requisitos de devida diligência nestes casos implica em conhecer e avaliar os riscos de todos os fornecedores da empresa e, para além disso, certificar-se de que eles conheçam esses riscos e adotem condutas que reduzam as chances de ocorrência de impactos adversos. Pois bem, isso pode não ser tão fácil na prática.

Por exemplo, um estudo da Universidade de Cornell demonstra que mais da metade de 31 mil auditorias analisadas, em vários anos, na cadeia produtiva da moda em Bangladesh e Índia apresentam dados imprecisos. Diversas podem ser as causas: falta de compreensão de significados, ausência de processos que distribuam a mesma informação em toda a cadeia ou falta de adesão. Todas elas passíveis de ocorrer na América Latina e, portanto, merecedoras de atenção na implementação do processo.

Um outro desafio vem da fragilidade dos processos existentes, já adotados por algumas empresas. É o que demonstra pesquisa da Alliance for Corporate Transparency. Das empresas respondentes à pesquisa, somente 7% se

comprometeram em políticas internas e publicadas a remediar seus impactos negativos, e menos de 4% descrevem indicadores específicos para tratar dos riscos mais relevantes para a sua atividade. Esse é um importante indicador de que é possível que a existência de legislação compulsória pode ter um impacto positivo e faça com que os padrões que já estão expressos em alguns mecanismos – como o da OCDE aqui examinado – sejam de adoção obrigatória.

Um outro desafio tem íntimo respeito com esse, afinal, a devida diligência não é obrigatória. A falta de legislação leva à baixa adesão seja pela falta de sanção, pela falta de incentivos processuais ou pela ausência de parâmetros seguros acerca do modo em que ela deve ser realizada.

Outro desafio é implementar este processo em uma região marcada pela ausência de reconhecimento da voz dos *stakeholders*. A região é pródiga em abafar as vozes que vem do território, como se as empresas atuassem em um vácuo. Seria interessante se os processos na região pudessem prever e garantir a sua participação. A julgar pelo exemplo analisado pela Universidade de Cornell, há um ganho na implementação de processos quando é garantida a participação de *stakeholders*. Essa preocupação está no Guia da OCDE para devida diligência, quando menciona a necessidade do engajamento efetivo das partes interessadas. Falta, mais uma vez, transformar os textos em realidade.

Conclusões

Por fim, é preciso mencionar que há uma real possibilidade de que processos de devida diligência sejam utilizados para atenuar as responsabilidades das empresas, como já acontece com os casos de programas de integridade previstos em legislações anticorrupção. Há uma linha tênue que reconhece o esforço das empresas por um lado e que impede o acesso à justiça pelas vítimas, de outro.

É possível, portanto, antever algumas dificuldades que precisam ser enfrentadas em documentos que possam explicitar melhor o conteúdo da devida diligência, especialmente se forem produtos de legislativos nacionais. *

Diretora da Clínica de Direitos Humanos e professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Twitter: @DaniAPamplona

View online: A devida diligência nos instrumentos da OCDE e alguns desafios para sua implementação na América Latina

Provided by Afronomicslaw