

DIRETRIZES DA OCDE PARA EMPRESAS MULTINACIONAIS

Guia para Pontos de Contato Nacional sobre Confidencialidade e Campanha no Tratamento de Instâncias Específicas



Por favor cite esta publicação da seguinte maneira:

OCDE (2019), *Guia para Pontos de Contato Nacional sobre Confidencialidade e Campanha no Tratamento de Instâncias Específicas, Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais*

Este trabalho é publicado sob a responsabilidade do Secretário-Geral da OCDE. As opiniões expressas e os argumentos utilizados neste instrumento não refletem necessariamente as opiniões oficiais dos países membros da OCDE. Este documento e qualquer mapa nele incluído não prejudicam o status ou a soberania sobre qualquer território, a delimitação de fronteiras e limites internacionais e o nome de qualquer território, cidade ou área.

Índice

1. Introdução	4
2. Confidencialidade e Campanha na Orientação Procedimental	6
Transparência nos termos da Orientação Procedimental	6
Confidencialidade nos termos da Orientação Procedimental	8
Campanha em relação à Transparência e Confidencialidade na Orientação Procedimental	10
Campanha e comportamento de boa-fé nos termos da Orientação Procedimental	11
3. Confidencialidade e Campanha nas Regras Procedimentais e outros mecanismos dos PCNs..	13
Regras Procedimentais do PCN	13
Outros mecanismos	13
4. Confidencialidade e campanha em outros mecanismos de reclamação e plataformas de mediação.....	15
5. Perspectivas das partes interessadas sobre confidencialidade e campanha:	19
6. Boas práticas identificadas em relação à confidencialidade e à campanha em processos de instância específica	25
7. Conclusão	27
Anexo A. Questões a serem consideradas no desenvolvimento de disposições sobre confidencialidade e/ou campanhas.....	28
Anexo B. Referências à Confidencialidade e à Campanha nas Regras Procedimentais do PCN em janeiro de 2018.....	29

1. Introdução

Todos os governos que aderem à Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais da OCDE devem constituir um Ponto de Contato Nacional (PCN). Os PCNs têm a missão de promover a eficácia das Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais (“Diretrizes”) realizando atividades promocionais, tratando de consultas e contribuindo para a resolução de questões que surjam a respeito da implementação das Diretrizes em instâncias específicas. As Diretrizes não fornecem uma definição formal de “instâncias específicas”, no entanto, o termo é utilizado para descrever situações de suposta não observância das Diretrizes apresentadas aos PCNs.¹ Entre 2000 e 2016, mais de 400 instâncias específicas foram apresentadas aos PCNs. Durante esse período, a maioria dos PCNs desenvolveu regras procedimentais e continua a refinar seus processos de tratamento de instâncias específicas para enfrentar desafios e melhorar os resultados.

O procedimento de instância específica destina-se a fornecer um “espaço para discussão” consensual, não contraditório e visionário para questões que surjam em relação à implementação das Diretrizes.² A questão da confidencialidade e sua relação com a campanha durante instâncias específicas é um desafio contínuo para os PCNs no tratamento de instâncias específicas.

A Orientação Procedimental³ reconhece que a transparência é um dos quatro critérios fundamentais para a equivalência funcional dos PCNs.⁴ A Orientação Procedimental das Diretrizes também contém disposições que estabelecem como a confidencialidade é relevante para as instâncias específicas, todavia, ela é vista, em geral, como uma exceção à regra geral de transparência.

A questão da campanha se relaciona com a questão da confidencialidade durante as instâncias específicas. O termo “campanha” não é mencionado na Orientação Procedimental, mas foi descrito como “uma série de atividades coordenadas, como falas e demonstrações em público, planejadas para atingir um objetivo social, político ou comercial”.⁵ Na prática, a abrangência da campanha em relação à conduta empresarial pode ser bastante variada. Algumas campanhas podem se concentrar em boicotes ou não

¹ OCDE (2016) *Implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: The National Contact Points from 2000 to 2015*, <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-report-15-years-National-Contact-Points.pdf>

² *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (2011), *Procedural Guidance*, Seção I, parágrafo C

³ Os Procedimentos de Implementação das Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais são compostos: (i) pela Decisão do Conselho sobre as Diretrizes para as Empresas Multinacionais, conforme a alteração de 2011, (ii) pela Orientação Procedimental e (iii) pelos Comentários sobre os Procedimentos de Implementação. A Orientação Procedimental define o papel dos PCNs e o papel do Comitê de Investimento em relação aos PCNs.

⁴ Os Procedimentos de Implementação das Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais são compostos: (i) pela Decisão do Conselho sobre as Diretrizes para as Empresas Multinacionais, conforme a alteração de 2011, (ii) pela Orientação Procedimental e (iii) pelos Comentários sobre os Procedimentos de Implementação. A Orientação Procedimental define o papel dos PCNs e o papel do Comitê de Investimento em relação aos PCNs.

⁵ *Campaigning*. Dictionary.com. *Online Etymology Dictionary*. Douglas Harper, Historian. <http://www.dictionary.com/browse/campaigning> (acessado em: 1º de junho de 2017).

envolvimento de determinados setores. Outras campanhas podem ser mais objetivas, exigindo medidas específicas de uma empresa, como melhores condições de trabalho, gestão ambiental ou outras mudanças no contexto de operações específicas. Alguns grupos de partes interessadas utilizam plataformas de defesa generalizadas, como a mídia de massa, para compartilhar sua mensagem com o público ou consumidores em geral, enquanto outros podem ser mais objetivos, envolvendo-se com investidores ou com formuladores de políticas relevantes.

Este documento busca abordar as seguintes questões:

1. O que a Orientação Procedimental fala sobre transparência, confidencialidade, campanha e participação de boa-fé?
2. Como os PCNs lidam com questões de confidencialidade e campanha por meio de suas próprias regras procedimentais e políticas?
3. Como outras plataformas de reclamação ou mediação abordaram questões de confidencialidade e campanha?
4. Quais são as diversas perspectivas das partes interessadas sobre confidencialidade e campanha?
5. Quais boas práticas os PCNs devem considerar no desenvolvimento de abordagens eficazes para equilibrar as questões de transparência e confidencialidade?

2. Confidencialidade e Campanha na Orientação Procedimental

Esta seção aborda as ligações entre os tópicos interrelacionados de transparência, confidencialidade, campanha e comportamento de boa-fé, conforme estabelecidos na Orientação Procedimental.

Transparência nos termos da Orientação Procedimental

A transparência é um dos quatro critérios fundamentais para a equivalência funcional dos PCNs e é explicada da seguinte forma nos Comentários à Orientação Procedimental:

“A transparência é um critério importante no que diz respeito à sua contribuição para a responsabilidade do PCN e para obter a confiança do público em geral. **Portanto, como um princípio de caráter geral, as atividades do PCN serão transparentes.** Não obstante, quando o PCN oferece seus “bons ofícios” na implementação das Diretrizes em instâncias específicas, será interessante para sua eficácia tomar medidas apropriadas para **estabelecer a confidencialidade dos procedimentos. Os resultados serão transparentes, a menos que a preservação da confidencialidade seja o melhor interesse da implementação efetiva das Diretrizes.**”⁶ (grifos nossos) (Veja o Quadro 1 que contém o texto integral das disposições de confidencialidade e transparência das Diretrizes).

Quando um processo de instância específica é encerrado, os PCNs devem disponibilizar os resultados ao público.⁷ Quando um PCN decide que uma apresentação não merece uma análise mais aprofundada, ele deve publicar uma declaração final e pode optar por divulgar ou não a identidade da parte na declaração. Se não houver acordo entre as partes, o PCN deve identificar na declaração final as partes interessadas, as questões envolvidas e a data em que as questões foram apresentadas ao PCN⁸. Conforme apropriado, a declaração também deve incluir recomendações do PCN e as razões pelas quais o procedimento não resultou em um acordo.⁹ No entanto, se um acordo for alcançado, os comentários à Orientação Procedimental não exigem que as partes sejam identificadas (ou seja, nomeadas) nas declarações finais.¹⁰ Na prática, em aproximadamente dois terços das instâncias específicas entre 2011 e 2015, os PCNs publicaram os nomes da empresa e do alegante em suas declarações finais ou iniciais.¹¹

⁶ Id. Comentários à Orientação Procedimental para os PCNs, parágrafo 9

⁷ Id. Orientação Procedimental, parágrafo C-3

⁸ Id. Comentários à Orientação Procedimental para os PCNs, parágrafo 35

⁹ Id.

¹⁰ Id. Orientação Procedimental, parágrafo C-3

¹¹ OCDE (2015), *Implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: The National Contact Points from 2000 to 2015*. Página 54.

Quadro 1. Disposições sobre Confidencialidade na Orientação Procedimental

Orientação Procedimental, parágrafo I C (4):

“A fim de facilitar a resolução das questões levantadas, [o PCN] tomará as medidas apropriadas para proteger negócios e outras informações confidenciais e os interesses de outras partes interessadas envolvidas na instância específica. Enquanto os procedimentos previstos no parágrafo 2 estiverem em andamento, a confidencialidade deles será mantida. Mediante a conclusão dos procedimentos, se as partes envolvidas não tiverem chegado a um acordo sobre uma solução para as questões levantadas, elas terão liberdade para se comunicar e discutir essas questões. No entanto, as informações e opiniões fornecidas durante os procedimentos por outra parte envolvida continuarão sendo confidenciais, a menos que essa outra parte concorde com a sua divulgação ou isso seja contrário às disposições da legislação nacional.” (grifos nossos)

Comentários, para. 9:

“A transparência é um critério importante no que diz respeito à sua contribuição para a responsabilidade do PCN e para obter a confiança do público em geral. Portanto, como um princípio de caráter geral, as atividades do PCN serão transparentes. Não obstante, quando o PCN oferece seus “bons ofícios” na implementação das Diretrizes em instâncias específicas, será interessante para sua eficácia tomar medidas apropriadas para estabelecer a confidencialidade dos procedimentos. Os resultados serão transparentes, a menos que a preservação da confidencialidade seja o melhor interesse da implementação efetiva das Diretrizes.”

Comentários, para. 30:

“Ao oferecer seus bons ofícios, os PCNs podem tomar medidas para proteger a identidade das partes envolvidas quando houver fortes motivos para acreditar que a divulgação dessas informações seria prejudicial para uma ou mais partes. Isso pode incluir circunstâncias em que pode haver a necessidade de resguardar a identidade de uma parte ou partes da empresa envolvida. (grifos nossos)

Comentários, para. 32:

“Se o PCN, após ter realizado sua avaliação inicial, decidir que as questões apresentadas na instância específica não merecem uma análise mais aprofundada [...] um PCN acreditar que, com base nos resultados de sua avaliação inicial, seria injusto identificar publicamente uma parte em uma declaração sobre a sua decisão; ele poderá redigir a declaração de modo a proteger a identidade da parte.”

Comentários, para. 33:

“O PCN também pode disponibilizar ao público sua decisão de que as questões levantadas merecem uma análise mais aprofundada e sua oferta de bons ofícios às partes envolvidas”.

Comentários, para. 34:

“Se as partes envolvidas chegarem a um acordo sobre as questões apresentadas, elas devem incluir em seu acordo como e em que medida o conteúdo do acordo será disponibilizado ao público. O PCN, em consulta com as partes, disponibilizará publicamente um relatório com os resultados dos procedimentos”.

Comentário 35:

“Se as partes envolvidas não chegarem a um acordo sobre as questões levantadas ou se o PCN considerar que uma ou mais das partes da instância específica não estão dispostas a se envolver ou participar de boa-fé, o PCN emitirá uma declaração e fará recomendações, conforme apropriado, sobre a implementação das Diretrizes. Esse procedimento deixa claro que um PCN emitirá uma declaração, mesmo quando acreditar que uma recomendação específica não é necessária. A declaração deve identificar as partes interessadas, as questões envolvidas, a data em que as questões foram levantadas perante o PCN, quaisquer recomendações do PCN e quaisquer observações que o PCN considere adequado incluir sobre as razões pelas quais os procedimentos não produziram um acordo.”

Comentários, para. 38:

“A transparência é reconhecida como um princípio geral para a conduta dos PCNs em suas relações com o público (ver parágrafo 9 na seção “Critérios Fundamentais”, acima). No entanto, o parágrafo C-4 da Orientação Procedimental reconhece que há circunstâncias específicas em que a confidencialidade é importante. O PCN tomará medidas apropriadas para proteger as informações comerciais confidenciais. Da mesma forma, outras informações, como a identidade de pessoas físicas envolvidas nos procedimentos, devem ser mantidas em sigilo no interesse da implementação eficaz das Diretrizes. Fica acordado que os procedimentos incluem os fatos e argumentos apresentados pelas partes. No entanto, continua sendo importante encontrar um equilíbrio entre transparência e confidencialidade para se construir a confiança nos procedimentos das Diretrizes e promover sua implementação efetiva. Dessa forma, embora o parágrafo C-4 descreva de forma ampla que os procedimentos associados à implementação serão geralmente confidenciais, os resultados serão geralmente transparentes.”

Confidencialidade nos termos da Orientação Procedimental

As disposições de confidencialidade nos termos da Orientação Procedimental variam de acordo com a fase da instância específica. Embora as disposições de confidencialidade da Orientação Procedimental sejam direcionadas ao PCN, elas também podem se estender às partes de um processo de instância específica, uma vez que o PCN pode tomar medidas para proteger certas informações (descritas com mais detalhes abaixo).

Disposições gerais de confidencialidade

Os Comentários à Orientação Procedimental estabelecem que “O PCN tomará medidas apropriadas para proteger as informações comerciais confidenciais. Da mesma forma, outras informações, como a identidade de pessoas físicas envolvidas nos procedimentos, devem ser mantidas em sigilo”.¹² As disposições de confidencialidade para estas duas categorias de informações não são específicas para uma determinada fase do procedimento de instância específica, elas são aplicáveis de modo geral. Aqui, o termo *pessoas físicas* é usado em oposição ao termo *partes*, uma vez que a identidade das partes deve ser tornada pública em determinadas circunstâncias.

¹² Comentários à Orientação Procedimental para os PCNs, parágrafo 38

Fase de apresentação

A Orientação Procedimental não fala sobre as circunstâncias da apresentação de uma instância específica e quaisquer atividades que possam preceder a apresentação.

Fase de avaliação inicial

A confidencialidade não é explicitamente mencionada na Orientação Procedimental em relação à fase antes de um PCN chegar a uma conclusão sobre se uma apresentação merece uma análise mais aprofundada.

Fase de bons ofícios

A confidencialidade é mencionada em várias disposições no contexto da fase de bons ofícios de um processo de instância específica.

Um princípio geral na Orientação Procedimental afirma o seguinte, “Enquanto os procedimentos previstos no parágrafo 2 abaixo estiverem em andamento... a confidencialidade dos procedimentos será mantida.”¹³

- O parágrafo 2 refere-se a situações “em que as questões levantadas mereceram uma análise mais aprofundada [e o PCN irá] oferecer bons ofícios para resolver as questões”.¹⁴
- O termo “Procedimentos” é definido nos Comentários para incluir os “atos e argumentos apresentados pelas partes”.¹⁵
- Os comentários à Orientação Procedimental que estabelecem os critérios fundamentais de transparência refletem essa disposição afirmando que “[q]uando o PCN oferece seus “bons ofícios” [...] será do interesse de sua eficácia tomar as medidas apropriadas para estabelecer a confidencialidade dos procedimentos.”¹⁶

Além disso, os comentários afirmam que “[ao] oferecer seus bons ofícios, os PCNs podem tomar medidas para proteger a identidade das partes envolvidas quando houver fortes motivos para acreditar que a divulgação dessas informações seria prejudicial para uma ou mais partes”.¹⁷ No contexto da fase de bons ofícios do procedimento, a *identidade das partes* é usada em oposição à identidade de *pessoas físicas* para uma instância específica, que deve ser mantida em sigilo independentemente da fase do procedimento.

Fase de conclusão

A Orientação Procedimental estabelece a confidencialidade durante a conclusão do processo de instância específica com variações de acordo com o resultado. Processos de instância específica podem ser concluídos após a fase de avaliação inicial ou após a oferta de bons ofícios.

Para instâncias específicas concluídas na fase de avaliação inicial, se tiver sido constatado que elas não merecem uma análise mais aprofundada, os Comentários afirmam: “[o PCN]

¹³ *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (2011), *Procedural Guidance*, parágrafo C-4

¹⁴ Id., Orientação Procedimental, parágrafo C-2

¹⁵ Id. Comentários à Orientação Procedimental, para. 38

¹⁶ Id. Comentários à Orientação Procedimental, para. 9

¹⁷ Id. Comentários à Orientação Procedimental, para. 30

fará uma declaração disponível ao público. [...] Se o PCN acreditar que [...] seria injusto identificar publicamente uma parte em uma declaração sobre sua decisão, ele poderá redigir a declaração de modo a proteger a identidade da parte".¹⁸

Para processos concluídos após a oferta de bons ofícios, o PCN "disponibilizará os resultados dos procedimentos ao público, levando em consideração a necessidade de proteger informações comerciais confidenciais e outras informações de partes interessadas."¹⁹

Para todos os processos concluídos "[m]ediante a conclusão dos procedimentos [...] as informações e opiniões fornecidas durante os procedimentos por outra parte envolvida continuarão sendo confidenciais, a menos que essa outra parte concorde com a sua divulgação ou isso seja contrário às disposições da legislação nacional".²⁰

Campanha em relação à Transparência e Confidencialidade na Orientação Procedimental

Com frequência, uma instância específica é apresentada em virtude de um longo histórico de questões relacionadas à CER ou como parte de uma campanha em andamento para uma empresa em particular. Consequentemente, muitas informações relacionadas às questões podem já estar em domínio público e uma campanha pública pode já estar em andamento há algum tempo antes da apresentação de uma instância específica.

A comunicação sobre uma instância específica em andamento em um contexto de campanha pode variar consideravelmente em termos de detalhes e conteúdo. Por exemplo, ela pode incluir:

- Comunicações sobre processos:
 - a apresentação de uma instância específica envolvendo uma empresa identificada.
 - os resultados de uma avaliação inicial de uma instância específica envolvendo uma empresa identificada.
 - os resultados da fase de bons ofícios envolvendo uma empresa identificada.
- Comunicação sobre as questões:
 - os fatos ou reivindicações subjacentes feitas pelo alegante da instância específica com base em informações disponíveis ao público.
 - conteúdo da apresentação de uma instância específica.
 - informações fornecidas pela empresa durante a fase de bons ofícios do processo.

Conforme observado acima, conforme a Orientação Procedimental, as informações sujeitas a disposições de confidencialidade variam de acordo com a fase em questão do processo de instância específica. De acordo com a Orientação Procedimental, não há recomendações explícitas sobre confidencialidade acerca da fase de apresentação da instância específica ou durante a fase de avaliação inicial, antes que um PCN chegue a uma conclusão sobre se a apresentação merece uma análise mais aprofundada. No entanto, de acordo com as

¹⁸ Id. Comentários à Orientação Procedimental, para. 32

¹⁹ Id., Orientação Procedimental, parágrafo C-3

²⁰ Id., Orientação Procedimental, parágrafo C-4

Orientação Procedimental/Comentários, a identidade das *peças físicas* para o processo e/ou informações sensíveis sobre a empresa não devem ser divulgadas em nenhuma fase.

Mediante a conclusão do procedimento de avaliação inicial, diversas disposições de confidencialidade se aplicam. O mais importante no contexto da campanha são as disposições que estabelecem que a identidade das partes pode ser protegida quando bons ofícios são oferecidos ou quando a instância específica não é aceita para uma análise mais aprofundada. Esta disposição é relevante “quando há fortes motivos para acreditar que a divulgação dessas informações seria prejudicial para uma ou mais partes”.²¹ O texto da Orientação Procedimental dá um exemplo de proteção da identidade de um alegante de uma reclamação contra uma empresa (ou seja, para protegê-lo contra retaliação ou para proteger denunciante), mas não está limitado a esse contexto.

As disposições de confidencialidade da Orientação Procedimental estabelecem que, uma vez que uma apresentação tenha sido aceita para análise mais aprofundada e bons ofícios tenham sido oferecidos, os fatos e argumentos apresentados *pelos partes* não devem ser divulgados, seja durante o andamento dos bons ofícios ou quando do encerramento dos procedimentos. Entretanto, a Orientação Procedimental não inclui restrições sobre fatos ou informações sobre as questões apresentadas em uma instância específica que estejam disponíveis ao público, independentemente da fase do processo de instância específica. Além disso, mediante o encerramento do processo, as partes estarão livres para se comunicar e discutir as questões apresentadas na instância específica sobre as quais não chegaram a um acordo.²²

Campanha e comportamento de boa-fé nos termos da Orientação Procedimental

Além das disposições de confidencialidade, questões acerca de campanha podem estar relacionadas ao comportamento de boa-fé, bem como à promoção da natureza consensual do processo de instância específica. Conforme estabelecido na Orientação Procedimental, os PCNs irão “oferecer e, com o acordo das partes envolvidas, facilitar o acesso a meios consensuais e não contraditórios, como conciliação ou mediação, para auxiliar as partes a tratar das questões”.²³

O processo de instância específica foi concebido para ser construtivo e centrado na construção de consenso. Os PCNs podem fazer recomendações às empresas e o processo pode contribuir para gerar um engajamento construtivo e de longo prazo entre empresas e partes interessadas. A Orientação Procedimental também estabelece que “[a] eficácia do procedimento de instâncias específicas depende do comportamento de boa-fé de todas as partes envolvidas nele. Nesse contexto, comportamento de boa-fé significa:

- responder em tempo hábil,
- manter a confidencialidade quando apropriado,
- não distorcer o processo e não ameaçar ou praticar represálias contra as partes envolvidas no procedimento, e

²¹ Id. Comentários à Orientação Procedimental, para. 30

²² Id., Orientação Procedimental, parágrafo C-4

²³ Id., Orientação Procedimental, C-2 e Comentários ao parágrafo 29 da Orientação Procedimental.

- envolver-se verdadeiramente nos procedimentos com o objetivo de encontrar uma solução para as questões apresentadas de acordo com as Diretrizes.” [*marcadores adicionados*]²⁴

A Orientação Procedimental não inclui nenhuma menção explícita de campanha.

²⁴ Id., Orientação Procedimental, Comentários ao parágrafo 21 da Orientação Procedimental.

3. Confidencialidade e Campanha nas Regras Procedimentais e outros mecanismos dos PCNs

Regras Procedimentais do PCN

Conforme a Orientação Procedimental “Os PCNs devem fornecer informações sobre os procedimentos que as partes devem seguir ao apresentar ou responder a uma instância específica [...] incluindo confidencialidade.”²⁵

A maioria dos PCNs desenvolveu regras procedimentais ou políticas a respeito da confidencialidade em instâncias específicas. (Ver Tabela no Anexo B). Dos 33 PCNs com regras procedimentais disponíveis ao público, 30 incluíram disposições sobre confidencialidade.²⁶ Sete regras procedimentais dos PCNs incluem uma disposição no sentido de que se suas disposições de confidencialidade forem violadas, o processo de instância específica poderá ser suspenso.²⁷ Em entrevistas, outros PCNs observaram que, embora possam não suspender o processo devido a violações de confidencialidade, eles podem comentar sobre o envolvimento de boa-fé (ou falta dele) das partes em suas declarações finais da instância específica.

Muitas das disposições de confidencialidade das regras procedimentais dos PCNs refletem a redação da Orientação Procedimental e algumas vão além para abordar outros contextos. Por exemplo, algumas regras procedimentais dos PCNs incluem disposições sobre confidencialidade durante a apresentação de uma instância específica e antes da conclusão da avaliação inicial. Algumas incluem restrições gerais acerca de campanhas públicas.

As regras procedimentais de seis PCNs incluem referências a campanhas.²⁸ Dentre eles, três pedem às partes de uma instância específica que se não façam ou interrompam a campanha contra a outra parte durante um processo de instância específica.²⁹ Dois pedem às partes que considerem os impactos de declarações públicas sobre o sucesso do resultado de um processo de instância específica, mas não restringem explicitamente as atividades de campanha.³⁰ Um afirma que o PCN não pode aconselhar as partes sobre declarações públicas relacionadas às informações que elas fornecem.³¹

Outros mecanismos

Além da inclusão explícita de critérios para campanhas nas regras procedimentais, alguns PCNs têm políticas ou posições internas inéditas sobre essa questão. Por exemplo, alguns

²⁵ Id. Comentários à Orientação Procedimental, parágrafo 15

²⁶ Os três PCNs que não têm disposições sobre confidencialidade são os PCNs do Chile, da Colômbia e da Dinamarca.

²⁷ Essas são as regras procedimentais do Canadá, Alemanha, Japão, Noruega, Espanha, Suíça e Estados Unidos.

²⁸ Essas são as regras procedimentais do Canadá, Alemanha, Japão, Países Baixos, Reino Unido e Estados Unidos.

²⁹ Essas são as regras procedimentais do Canadá, Alemanha e Estados Unidos.

³⁰ Essas são as regras procedimentais dos Países Baixos e do Japão.

³¹ Essas são as regras procedimentais do Reino Unido.

PCNs têm a prática de proibir campanhas como condição para a mediação durante uma instância específica.

Além disso, as condições de confidencialidade e campanha podem ser acordadas antecipadamente pelas partes de um processo de instância específica por meio de acordos de mediação. Esses acordos estabelecem as regras básicas e a conduta que as partes deverão seguir durante a mediação.³² Os PCNs do Canadá, da Dinamarca, dos Países Baixos, da Noruega, da Suíça e dos Estados Unidos incluem disposições de confidencialidade nos termos de referência para mediação. Alguns PCNs criaram acordos de mediação modelo, enquanto outros negociam termos de mediação caso a caso. (Consulte o Anexo B para ver a lista completa).

As expectativas em torno da comunicação com a mídia e o público podem ser definidas desde o princípio por meio desses processos. Elas podem incluir procedimentos de revisão e aprovação de materiais de informação pública e declarações públicas.³³

³² Veja Consensus Building Institute (CBI), *NCP Mediation Manual* (fevereiro de 2012), página 46

³³ Id., página 47

4. Confidencialidade e campanha em outros mecanismos de reclamação e plataformas de mediação

O mecanismo do PCN existe dentro de um cenário de muitos outros mecanismos de reclamação não judiciais, incluindo: mecanismos de reclamação de âmbito operacional ou da empresa; outros mecanismos de reclamação de âmbito nacional, como as Instituições Nacionais de Direitos Humanos (INDHs), mecanismos ligados a instituições financeiras ou de desenvolvimento ou mecanismos específicos de determinadas iniciativas.³⁴ Compreender a política e o procedimento de confidencialidade e campanha de alguns desses diferentes mecanismos pode ajudar a fazer uma comparação útil com os processos no âmbito dos PCNs. Os exemplos abaixo destinam-se a ser ilustrativos em vez de abrangentes e servem de inspiração para os PCNs que desejam adaptar suas políticas de confidencialidade.

Câmara de Comércio Internacional

A Câmara de Comércio Internacional (ICC - *International Chamber of Commerce*) é um foro global para resolução de controvérsias de forma alternativa, que oferece diferentes processos para a resolução de controvérsias, incluindo arbitragem, mediação e o uso de *dispute boards* que acompanham a execução de um contrato.³⁵

Em relação à mediação, que é o processo de natureza mais semelhante ao dos PCNs, a ICC tem as seguintes regras sobre confidencialmente:³⁶

“Inexistindo acordo em contrário entre as partes e salvo se vedado pela lei aplicável:

- a. Procedimento, *mas não o fato deste estar a ocorrer*, ter ocorrido ou vir a ocorrer, é privado e confidencial; (grifos nossos)
- b. qualquer acordo entre as partes deverá ser mantido em sigilo, exceto se uma parte tiver o direito de revelá-lo, na medida em que essa revelação seja exigida pela lei aplicável ou seja necessária para efeitos da sua implementação ou execução.”

E “salvo por exigência da lei aplicável e na ausência de acordo em contrário das partes, nenhuma delas poderá, de modo algum, utilizar como prova em qualquer processo judicial, arbitral ou similar:

- a. quaisquer documentos, manifestações ou comunicações que sejam apresentados por outra parte ou pelo Mediador no ou para o Procedimento, exceto se os mesmos puderem ser obtidos de forma independente pela parte que deseja apresentá-los no processo judicial, arbitral ou similar;” (grifos nossos)
- b. “b. quaisquer opiniões expressadas ou sugestões feitas por qualquer das partes no âmbito do Procedimento em relação à disputa ou com vista à sua possível solução;
- c. qualquer tipo de reconhecimento feito por outra parte no âmbito do Procedimento;

³⁴ Consulte ACCESS, *Database of Grievance Mechanisms*, para um banco de dados completo <http://accessfacility.org/database-grievance-mechanisms>, acessado pela última vez em março de 2017.

³⁵ ICC, “Dispute Boards” <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/>

³⁶ ICC (2014), *Mediation Rules*, Artigo 9. https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/#Article_9

- d. quaisquer opiniões ou propostas apresentadas pelo Mediador no âmbito do Procedimento; ou
- e. o fato de qualquer das partes ter manifestado, no âmbito do Procedimento, a sua disposição em aceitar uma proposta de solução de acordo.”

Em suma, embora as disposições de confidencialidade para a mediação liderada pela ICC abrangem as informações trocadas durante o procedimento de mediação, elas não abrangem o fato de que a mediação está ocorrendo nem as informações disponíveis publicamente. As regras de mediação não mencionam questões de campanha.

Compliance and Advisor Ombudsman

Outro mecanismo comparável aos PCNs é o *Compliance and Advisor Ombudsman* (CAO), um mecanismo independente de reclamações da Corporação Financeira Internacional (IFC) e da MIGA (Agência Multilateral de Garantia de Investimentos). O CAO fornece diversos serviços diferentes no que diz respeito às atividades apoiadas pela IFC e pela MIGA, incluindo resolução de controvérsias para as partes afetadas por essas atividades, análises de conformidade e um mecanismo de consultoria.

De acordo com as disposições de confidencialidade do Ombudsman do CAO, o “CAO está vinculado às políticas de transparência da IFC e da MIGA que exigem que a confidencialidade de certas informações comerciais seja respeitada [...] Além disso, embora os relatórios do CAO a respeito de um caso possam ser divulgados ao público, o CAO não pode publicar informações recebidas das partes no decorrer do caso se a divulgação desse material for restrita nos termos das políticas de transparência da IFC ou da MIGA [...] O CAO respeitará o pedido de confidencialidade de uma parte, incluindo a confidencialidade de identidades. O CAO indicará publicamente quando restringir a divulgação de informações em resposta ao pedido de uma parte.”³⁷

Em suma, de acordo com as diretrizes do CAO, os relatórios relacionados a um caso podem ser divulgados publicamente, contanto que informações comerciais confidenciais sejam protegidas e, em determinadas circunstâncias, a identidade dos indivíduos também pode ser resguardada. O CAO não tem disposições específicas sobre campanha ou se as partes envolvidas na resolução de controvérsia que está em andamento podem comunicar ao público o fato de que o processo está ocorrendo. O CAO também publica sistematicamente visões gerais completas de casos abertos e encerrados, descrevendo as questões apresentadas, detalhes sobre os projetos em questão e visões gerais da situação do caso e dos resultados, quando disponíveis.³⁸

Instituições Nacionais de Direitos Humanos

As Instituições Nacionais de Direitos Humanos (INDHs) trabalham para promover os direitos humanos em âmbito nacional e, em alguns casos, oferecem mecanismos de resolução de controvérsias. Semelhantes aos PCNs, as INDHs têm flexibilidade na forma como são estruturadas e cada INDH que oferece serviços de resolução de controvérsias tem suas próprias regras procedimentais para disciplinar o processo. Embora as INDHs variem na oferta de serviços de resolução de controvérsias e nos procedimentos que aplicam nesses processos, todas funcionam conforme a estrutura dos Princípios relativos ao Estatuto das

³⁷ Compliance Advisory Ombudsman (CAO) (2007), *Operational Guidelines* <http://www.caoombudsman.org/about/whoweare/documents/EnglishCAOGuidelines06.08.07Web.pdf>.

³⁸ Acesse <http://www.cao-ombudsman.org/cases/>

Instituições Nacionais de Direitos Humanos (Princípios de Paris). Os Princípios de Paris foram adotados pela Resolução nº 48/134 da Assembleia Geral da ONU de 20 de dezembro de 1993, para fornecer uma estrutura de alto nível para a organização das INDHs. No que diz respeito à confidencialidade, eles observam que “[uma] instituição nacional pode estar autorizada a admitir e analisar reclamações e petições relacionadas a situações individuais. [...] As funções que lhes são confiadas podem se basear nos seguintes princípios: (a) Procurar uma solução amigável por meio da conciliação, ou, dentro dos limites estabelecidos pela lei, por meio de decisões vinculativas, ou, quando necessário, com base na confidencialidade.”³⁹ Considerando-se que os Princípios de Paris são princípios de alto nível, eles não fornecem orientações detalhadas sobre a extensão da confidencialidade, porém, conforme mencionado, sugerem que a confidencialidade dos procedimentos é uma expectativa que é reconhecida “quando necessário”.⁴⁰

Apenas algumas INDHs fornecem serviços de resolução de controvérsias, e as que os oferecem interpretaram este princípio de várias maneiras. Por exemplo, a Instituição Nacional de Direitos Humanos da Austrália estabelece que “A conciliação é um processo confidencial [...] [O] alegante e a alegada concordarão em manter em confidencialidade as discussões e negociações da conciliação. A Instituição pedirá a ambas as partes que concordem com esse requisito de boa-fé. Isso significa que as partes concordam em não utilizar o que for dito e feito no processo de conciliação em nenhum outro procedimento se a reclamação não for resolvida. Concordam ainda em não tornar as informações públicas de qualquer outra forma.”⁴¹

A Instituição Nacional de Direitos Humanos da Austrália também observa que “[se] a reclamação não for resolvida ou for abandonada por algum outro motivo, o Presidente da Instituição decidirá se houve uma violação dos direitos humanos”. Esse parecer será disponibilizado em um documento público ao final do processo.⁴²

Com base nas regras descritas, fica claro que, como na Orientação Procedimental, os fatos e argumentos apresentados em um processo não devem ser compartilhados publicamente nem utilizados em procedimentos futuros entre as partes. Nos casos em que a reclamação não for resolvida, a Instituição Nacional de Direitos Humanos da Austrália compromete-se a fazer uma determinação sobre as questões e a disponibilizá-la ao público. Não está claro se a existência da conciliação também deve ser mantida sob confidencialidade enquanto estiver em andamento.

A Instituição de Direitos Humanos do Canadá simplesmente estabelece que “[O] processo de mediação é voluntário e confidencial”.⁴³

³⁹ Princípios relativos ao Estatuto das Instituições Nacionais de Direitos Humanos (Princípios de Paris) Adotados pela Resolução nº 48/134 da Assembleia Geral, de 20 de dezembro de 1993

⁴⁰ Id.

⁴¹ *Australian Human Rights Commission: Understanding and preparing for conciliation - Human rights and ILO* <https://www.humanrights.gov.au/understanding-and-preparing-conciliation-humanrights-and-ilo#Heading31> acessado em 23 de maio de 2017]

⁴² <https://www.humanrights.gov.au/australian-human-rights-commission-s-complaint-processcomplaints-about-breaches-human-rights>

⁴³ *Canada National Human Rights Commission: What can I expect?* <http://www.chrccdp.gc.ca/eng/content/what-can-i-expect> acessado em 23 de maio de 2017]

Processos judiciais

Em contraste com procedimentos não judiciais, os processos judiciais públicos, de modo geral, têm um espaço mais amplo para a transparência, com variações baseadas na jurisdição e na fase do processo. A evolução do direito consuetudinário de “acessar registros judiciais para fazer inspeções e cópias” foi particularmente importante para a promoção da transparência entre os tribunais públicos. Esse princípio estabelece que os recursos dos tribunais devem ser acessíveis ao público e são vistos como fundamentais para proteger os direitos civis e manter a integridade do sistema judicial.⁴⁴ Processos que correm em tribunais públicos geralmente são totalmente transparentes para o público e os documentos judiciais são confidenciais e não podem ser acessados somente em circunstâncias excepcionais.

⁴⁴ *Wikipedia contributors, 'Public records', Wikipedia, The Free Encyclopedia*, 13 de fevereiro de 2017, 18:17 UTC, https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Public_records&oldid=765307482 [acessado em 23 de maio de 2017]

5. Perspectivas das partes interessadas sobre confidencialidade e campanha:

As partes interessadas institucionais da OCDE⁴⁵ têm diversas perspectivas sobre o tópico confidencialidade. No contexto deste documento, o BIAC, o TUAC e o OCDE Watch foram convidados a fornecer uma declaração com seus pontos de vista sobre os assuntos de campanha e confidencialidade. O Quadro 2 apresenta essas declarações. Os três grupos de partes interessadas concordam que as informações sigilosas trocadas no contexto de um processo de instância específica, independentemente da fase dela, devem ser mantidas em confidencialidade, no entanto, há divergências no que diz respeito aos pontos de vista sobre campanha. Embora o BIAC tenha observado que a campanha é contraproducente para a construção da confiança plena no processo, o OCDE Watch afirmou que a campanha pode incentivar a empresa em questão a priorizar a resolução da controvérsia por meio da mediação facilitada pelo PCN, levando o processo do PCN a um resultado mais positivo.

Quadro 2. Perspectivas das Partes Interessadas Institucionais sobre Confidencialidade e Campanha

TUAC:

O TUAC considera prioritário melhorar a transparência no processo de instância específica. O fornecimento de informações oportunas e publicamente disponíveis ajuda a construir a confiança das partes interessadas e permite que outros agentes, como investidores, utilizem sua influência no processo, aumentando assim a probabilidade de melhores resultados. A transparência também é a melhor ferramenta promocional para os PCNs que, em todas as regiões, têm lutado para fazer com que as Diretrizes sejam mais conhecidas e melhor implementadas. Por outro lado, um processo que se blinda em confidencialidade, ao mesmo tempo que busca impedir que os alegantes tomem outras medidas coordenadas para atingirem seus objetivos, corre o risco de dissuadir os alegantes, perder a confiança das partes interessadas e minar os esforços dos PCNs, da OCDE e das partes interessadas para fortalecer o impacto das Diretrizes da OCDE na prática.

As Regras das Diretrizes

Privacidade e Confidencialidade

A transparência é um dos quatro critérios fundamentais operacionais que sustentam o funcionamento dos PCNs em todas as suas atividades. A Orientação Procedimental reconhece especificamente a importância da transparência para a responsabilidade do PCN e a confiança do público, afirmando que “como princípio geral, as atividades do PCN serão transparentes”. Contudo, em relação ao processo de instância específica, a Orientação Procedimental também reconhece a necessidade da confidencialidade. Ela inclui o respeito pela confidencialidade em sua definição de conduta de boa-fé de acordo com as Diretrizes.

⁴⁵ As partes interessadas institucionais da OCDE incluem o Comitê Consultivo das Empresas e da Indústria da OCDE (BIAC), o Comitê Consultivo dos Sindicatos da OCDE (TUAC) e o OCDE Watch.

Nos termos da Orientação Procedimental, as seguintes fases/elementos da instância específica devem ser mantidas sob sigilo:

- a identidade das pessoas físicas envolvidas nas instâncias específicas (não das partes);
- informações comerciais confidenciais;
- a identidade dos alegantes se o PCN considerar que estão correndo riscos, por exemplo, de retaliação pela empresa;
- a identidade da empresa se for considerado que a instância específica não merece análise mais aprofundada e se o PCN considerar injusto divulgar seu nome;
- todas as informações divulgadas durante o fornecimento de bons ofícios/conciliação/mediação, a menos que seja acordado de outro modo pelas partes;
- elementos confidenciais do acordo feito pelas partes.

A Orientação Procedimental não exige que nenhum dos seguintes itens seja mantido em confidencialidade:

- a apresentação de uma instância específica;
- questões levantadas na instância específica;
- a instância específica em si;
- os nomes das partes, exceto nas circunstâncias descritas acima;
- a Avaliação Inicial;
- o resultado do processo do PCN, incluindo: os nomes das partes; a data da instância específica; as questões levantadas; e o papel desempenhado pelo PCN e, além disso:
- na instância específica rejeitada: os motivos para a rejeição do caso;
- na instância específica aceita com acordo feito: o fato de que o caso foi aceito e que o PCN ofereceu bons ofícios, a data em que o acordo foi feito, detalhes das partes não confidenciais do acordo, etapas de acompanhamento acordadas, se houver;
- na instância específica aceita sem acordo: o fato de que o caso foi aceito e que o PCN ofereceu bons ofícios, observações sobre o motivo pelo qual os procedimentos não resultaram em acordo; constatações sobre se as Diretrizes foram violadas, se houver, recomendações para a empresa; acompanhamento das recomendações, se houver.

A Orientação Procedimental não descreve como a confidencialidade deve ser acordada entre as partes, se por meio de acordos verbais ou por escrito. Não há exigência ou expectativa de que as partes assinem acordos de confidencialidade por escrito.

Campanha

Nenhuma referência explícita a campanha ou campanhas é feita na Orientação Procedimental. Entretanto, de acordo com as regras de confidencialidade, fica claro que os alegantes não devem revelar os nomes das pessoas envolvidas em uma instância específica em suas campanhas, nem as informações fornecidas durante o fornecimento

de bons ofícios/procedimentos de conciliação/mediação. As disposições sobre boa-fé da Orientação Procedimental exigem ainda que os alegantes se envolvam no processo do PCN com o objetivo de encontrar uma solução e que não distorçam o processo nem se envolvam em qualquer comportamento ameaçador ou retaliatório. Contudo, não existe conflito inerente entre os alegantes que cumprem esses requisitos de boa-fé e se envolvem em uma campanha, especialmente considerando-se que o objetivo da maioria das campanhas sindicais é estabelecer o diálogo com a empresa.

Também é evidente que os princípios que regem o tratamento de instâncias específicas limitam o poder de interferência dos PCNs nas campanhas dos alegantes. Os PCNs devem ser equitativos para que as partes possam se envolver no processo em termos justos e igualitários. Uma intervenção unilateral do PCN exigindo que o alegante interrompesse a campanha tornaria as condições de envolvimento menos justas e igualitárias, reduzindo o poder de negociação do alegante e exacerbando relações de poder desiguais. Os PCNs também devem operar de acordo com os “princípios e padrões contidos nas Diretrizes”, incluindo o direito humano de liberdade de expressão reconhecido internacionalmente, estabelecido no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos.

Experiência dos Sindicatos em Matéria de Transparência e Confidencialidade

Na maioria das instâncias específicas apresentadas por sindicatos, a apresentação da instância específica, as questões levantadas e os nomes das partes foram tornados públicos. O TUAC não conhece nenhum exemplo em que essa transparência levou ao insucesso da instância específica.

Até onde é de conhecimento do TUAC, os sindicatos respeitaram a confidencialidade durante a oferta de bons ofícios/procedimentos de conciliação/mediação na grande maioria dos casos. O TUAC conhece apenas uma instância específica apresentada por sindicatos na qual a confidencialidade não foi respeitada.

Na grande maioria, a confidencialidade foi acordada verbalmente entre as partes. A experiência dos sindicatos não indica que há necessidade de acordos de confidencialidade por escrito, que correm o risco de ser percebidos pelos alegantes como um obstáculo desnecessário, assim, servindo na verdade como um impedimento.

Campanhas

As campanhas são a regra, não a exceção em instâncias específicas apresentadas por sindicatos. Não é de se surpreender que os sindicatos se envolvam em um conjunto coordenado de medidas para atingir seus objetivos e que seja improvável que a apresentação de uma instância específica seja sua primeira ou única medida.

O TUAC entende que os sindicatos, em sua maioria, concordam em suspender suas campanhas como parte das negociações para iniciar a conciliação/mediação. Não tem conhecimento de nenhuma instância específica na qual a existência de uma campanha sindical levou ao insucesso de uma instância específica. Pelo contrário, o TUAC avalia que as campanhas contribuem para o sucesso de instâncias específicas, a oferta de suspensão da campanha é uma moeda de troca para que as empresas contribuam, assim como continuar ou reiniciar a campanha se torna uma “consequência” se a mediação é recusada ou falha.

BIAC:

O BIAC apoia a implementação efetiva das Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais e enfatiza a importância de um entendimento comum entre todas as

partes interessadas sobre a natureza do procedimento de instância específica do PCN. Para incentivar o envolvimento proativo das empresas, é fundamental estabelecer a confiança e segurança no procedimento do PCN.

As partes interessadas devem concordar que o procedimento do PCN é uma plataforma de mediação consensual e não contraditória e devem garantir o respeito pelas disposições da orientação procedimental, incluindo aquelas relacionadas à confidencialidade e transparência. Nesse contexto, é importante para as empresas que os PCNs garantam que as partes de um procedimento de instância específica se envolvam em condições justas e equitativas, com o devido respeito pela confidencialidade das informações sensíveis.

Os próprios PCNs devem respeitar as disposições de confidencialidade das Diretrizes. A confidencialidade dos procedimentos, incluindo declarações verbais, e de todos os materiais por escrito compartilhados ao longo do processo deve ser preservada. Quando a confidencialidade é violada ou quando o procedimento do PCN é mal utilizado para fins políticos, o PCN deve intervir e garantir que a orientação procedimental esteja sendo respeitada por todas as partes.

O BIAC destaca que a campanha pública durante o procedimento do PCN não é compatível com a natureza do procedimento e viola os princípios de boa-fé e confidencialidade, que são elementos fundamentais das Diretrizes. Para que a mediação seja bem-sucedida, as partes devem demonstrar sua boa-fé. Isso envolve respeitar a confidencialidade e não fazer campanhas contra a outra parte durante todo o processo.

O PCN deve comunicar claramente desde o início de uma instância específica que todas as partes devem abordar o processo de boa-fé, dispostas a progredir para a mediação, o diálogo e a resolução de problemas e para trabalhar construtivamente para chegar a uma solução orientada para o futuro que seja do interesse de todas as partes envolvidas.

A campanha pública leva ao antagonismo das partes em vez de uni-las em um comportamento construtivo. Assim, ela não é compatível com um procedimento de instância específica, que é concebido para ser construtivo e chegar a um consenso, sendo contraproducente para a construção da confiança plena no processo.

Os PCNs devem deixar claro que seu procedimento é oferecido apenas para as partes que estão dispostas a cumprir suas regras e procedimentos e a envolver-se de boa-fé. A escolha dos alegantes de se envolver em um procedimento do PCN deve vir atrelada ao acordo de ficar longe de campanhas de confronto, pelo menos durante o período do procedimento do PCN.

Considerando-se que o sistema de PCN está sendo cada vez mais utilizado e para incentivar o envolvimento proativo por parte das empresas, mais do que nunca, precisamos de um entendimento comum e de comunicação clara sobre o que é o sistema: Trata-se de uma plataforma para ajudar as partes a trabalhar de forma construtiva com base em fatos e confiança para que se chegue a uma solução comum orientada para o futuro, o que é vantajoso para todas as partes.

OCDE Watch:

A Orientação Procedimental para as Diretrizes estipula que um dos critérios fundamentais conforme o qual os PCNs devem tratar com as reclamações é a transparência. Os PCNs devem garantir que as partes possam participar do processo de instância específica em condições justas e igualitárias, dando acesso às informações relevantes para o procedimento. Ao mesmo tempo, os PCNs devem estar cientes da necessidade de proteger informações confidenciais de empresas e outras partes

interessadas, como a identidade de pessoas envolvidas no caso. Para prevenir e mitigar os riscos de segurança que os alegantes (como defensores de direitos humanos ou líderes trabalhistas) podem enfrentar ao utilizar o sistema do PCN, o OCDE Watch incentiva os PCNs a terem protocolos de segurança em vigor.

A regra geral para a fase de avaliação inicial é a transparência. O OCDE Watch aconselha as ONGs a sempre avaliarem os riscos (por exemplo, represálias da empresa, incluindo ameaças ou uma ação judicial) antes de fazer alegações sobre uma empresa (publicamente ou por meio de uma reclamação perante PCN). Algumas ONGs emitem um comunicado à imprensa ao apresentar sua reclamação ao PCN e divulgam o caso enquanto o PCN realiza a avaliação inicial. Isso deve ser considerado uma estratégia aceitável que pode ajudar a aumentar a conscientização sobre as questões abordadas na reclamação e aumentar a pressão sobre a empresa para que ela se envolva no processo para resolver o problema de forma rápida e genuína. Ademais, alguns dos PCNs com melhor desempenho publicam o resultado da avaliação inicial em seu site, e os alegantes também têm liberdade para fazê-lo.

Após o caso ser aceito, a próxima fase do processo pode incluir a mediação e outras trocas entre as partes, a apuração de fatos pelo PCN e a elaboração de um acordo ou declaração final. A regra do OCDE Watch para esta fase é a transparência do processo, mas a confidencialidade do conteúdo. A Orientação Procedimental é clara no sentido de que os PCNs devem tentar manter a confidencialidade das informações sensíveis quando a avaliação inicial for concluída e o caso for aceito. Durante todo o tempo em que a instância específica estiver sendo tratada pelo PCN, os alegantes não devem divulgar informações publicamente, incluindo correspondências, documentos ou opiniões que são obtidos ou trocados durante o processo. Isso ajudará os PCNs a encorajar ambas as partes a serem tão abertas e transparentes no processo quanto possível, o que é importante considerando-se que os PCNs não podem basear suas decisões em informações fornecidas pela empresa que não tenham sido disponibilizadas também aos alegantes. Dado que o PCN tem autoridade para interromper a mediação a qualquer momento se uma informação confidencial for tornada pública por uma das partes, um acordo de confidencialidade não deveria ser necessário se os PCNs estipulassem claramente em suas regras procedimentais quais as informações devem ser mantidas em confidencialidade durante os procedimentos e que ele interromperá a mediação se as disposições de confidencialidade não forem cumpridas pelas partes.

Comprometer-se a não divulgar informações trocadas durante o processo não significa que os alegantes não podem conduzir uma campanha pública contra a empresa (com base em informações disponíveis ao público) enquanto o processo está em andamento. Em diversos casos recentes, a campanha pública dos alegantes durante um caso das Diretrizes da OCDE incentivou a empresa em questão a priorizar a resolução da controvérsia por meio da mediação facilitada pelo PCN, levando o processo de PCN a um resultado mais positivo do que aquele que teria ocorrido se os alegantes não tivessem feito uma campanha pública. O OCDE Watch acredita firmemente que cabe aos alegantes, e não ao PCN, decidir se devem ou não realizar campanhas públicas durante o processo. Mesmo que os alegantes decidam não realizar uma campanha pública chamativa, o OCDE Watch acredita ser aceitável que os eles comuniquem o público sobre aspectos/eventos puramente processuais em processos de instância específica. Tais aspectos processuais incluem se a empresa respondeu ou não às alegações (mas não o conteúdo da resposta da empresa), se as reuniões entre as partes estão sendo organizadas ou ocorreram (exceto o conteúdo das reuniões) e se a mediação começou/foi encerrada. Desde que não entre em conflito com a necessidade acordada de proteger as informações trocadas pelas partes, a transparência desses objetivos e dos

elementos processuais de um caso é fundamental para manter a legitimidade e a eficácia das Diretrizes.

Pesquisas acadêmicas indicam que uma das barreiras para que os PCNs sejam mais eficazes é o desequilíbrio de poder na mediação. Os PCNs devem estar conscientes do fato de que restrições excessivamente rígidas a campanhas durante um processo de instância específica podem aumentar os desequilíbrios de poder, em detrimento da eficácia do PCN em ajudar as partes a resolver questão discutida. Exigir compromissos dos alegantes de se absterem de falar publicamente sobre a empresa e o caso em andamento (se isso for feito de uma forma que respeite a confidencialidade das informações trocadas durante o processo) prejudica diretamente o poder existente do grupo mais frágil.

Mediante a conclusão de um caso, a Orientação Procedimental instrui os PCNs a publicarem os resultados do processo em um relatório ou declaração pública, levando em consideração a necessidade de proteger informações sensíveis. Os resultados devem ser sempre transparentes, a menos que se possa argumentar que a não divulgação do resultado seria para o melhor interesse da implementação efetiva das Diretrizes. Para garantir a transparência e que os acordos mediados sejam cumpridos pelas partes envolvidas, os PCNs deveriam ser obrigados a manter um registo de casos e publicar documentos como avaliações iniciais, declarações finais e acordos. Os alegantes também deveriam ser livres para falar sobre o resultado e o processo do caso, não se esquecendo da necessidade de respeitar a confidencialidade de informações sensíveis trocadas durante o processo.

Em alguns países e jurisdições, o PCN opera nos termos de uma legislação que dá ao público o direito de acesso a toda correspondência entre o PCN e as partes, com exceção das partes de documentos que contêm segredos comerciais (este é um conceito mais restrito do que o conceito de “informações confidenciais”).

6. Boas práticas identificadas em relação à confidencialidade e à campanha em processos de instância específica

As disposições sobre confidencialidade são fundamentais para a maioria dos processos de mediação. As disposições de confidencialidade podem incentivar as partes a se envolverem umas com as outras, a compartilhar informações abertamente com as partes da mediação e a desenvolver relacionamentos mais fortes e baseados na confiança. Em verdade, a confidencialidade é um elemento que atrai algumas partes a usar mecanismos alternativos de resolução de controvérsias em vez de processos judiciais e, no contexto de um processo de instância específica, ela pode influenciar a decisão da empresa de participar da mediação ou não.

De acordo com as Diretrizes, a confidencialidade também pode servir como um incentivo positivo para chegar a um acordo entre as partes, pois as declarações públicas que identificam as partes só são explicitamente exigidas quando é considerado que uma instância específica merece uma análise mais aprofundada e as partes não conseguem chegar a um acordo ou se recusam a participar do processo.⁴⁶ Portanto, as partes interessadas em proteger sua identidade podem ser motivadas a participar do processo com o objetivo de se chegar a um acordo.

No entanto, restrições excessivamente amplas à confidencialidade podem desencorajar o uso do mecanismo de instância específica pelos alegantes. A campanha centrada no processo de instância específica é diferente da campanha geral que protesta sobre uma situação ou problemas causados pelas atividades de uma empresa. Organizações de trabalhadores ou ONGs frequentemente apresentam instâncias específicas como parte de campanhas mais amplas e gerais. Como um processo de instância específica pode durar de meses a anos, políticas que proíbem campanhas de qualquer tipo durante esse período podem ser desanimadoras para as partes que pensam fazer uma apresentação a um PCN. Em alguns casos, quando campanhas estavam acontecendo antes da apresentação de uma instância específica e as informações relacionadas a uma instância específica já são de domínio público, pode ser desafiador ou inviável interromper todas as atividades que poderiam ser definidas como campanha.

Além disso, políticas de confidencialidade abrangentes, por exemplo, aquelas que impedem a discussão sobre a existência de uma instância específica que está em andamento, também podem contribuir para limitar o acesso às informações para outras partes interessadas e podem impedir um envolvimento potencialmente positivo. Por exemplo, diversas instâncias específicas de PCNs resultaram em uma resolução bem-sucedida devido, em parte, ao envolvimento dos investidores. Em março de 2015, um caso foi apresentado ao PCN holandês envolvendo os impactos dos direitos humanos associados à venda por uma

⁴⁶ “Se as partes envolvidas não chegarem a um acordo sobre as questões levantadas ou se o PCN considerar que uma ou mais das partes da instância específica não estão dispostas a se envolver ou participar de boa-fé, o PCN emitirá uma declaração e fará recomendações, conforme apropriado, sobre a implementação das Diretrizes. Esse procedimento deixa claro que um PCN emitirá uma declaração, mesmo quando acreditar que uma recomendação específica não é necessária. A declaração deve identificar as partes interessadas, as questões envolvidas, a data em que as questões foram levantadas perante o PCN, quaisquer recomendações do PCN e quaisquer observações que o PCN considere adequado incluir sobre as razões pelas quais os procedimentos não produziram um acordo.” Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais (2011), Comentários à Orientação Procedimental, para. 35 (grifos nossos)

empresa holandesa de um produto farmacêutico utilizado em injeções letais em prisões nos Estados Unidos. Em sua declaração final, o PCN observou que “*o diálogo, bem como a saída de alguns [investidores] parecem ter contribuído para melhorias na conduta da Mylan*”.⁴⁷ Um dos casos de maior destaque apresentado ao PCN do Reino Unido foi resolvido quando a SOCO International, uma empresa de exploração de petróleo, se comprometeu a cessar a exploração de petróleo no Parque Nacional de Virunga, um Patrimônio Mundial localizado na República Democrática do Congo. O resultado bem-sucedido foi atribuído em parte ao engajamento dos investidores da SOCO paralelamente ao processo de instância específica.⁴⁸

Em alguns casos, políticas que favorecem a transparência podem ser usadas para compensar alguns dos riscos que as disposições de confidencialidade devem abordar. Por exemplo, com o aumento de campanhas públicas durante instâncias específicas, os PCNs suíço e francês decidiram começar a publicar as avaliações iniciais em um esforço para garantir que as informações em domínio público sejam imparciais e equilibradas e para promover a transparência.⁴⁹ Recentemente, o PCN belga também começou a publicar sistematicamente as avaliações iniciais a fim de promover a transparência.

Ao criar políticas de confidencialidade, os PCNs devem ter cuidado ao equilibrar os muitos riscos e benefícios e compreender as preocupações e interesses de ambas as partes envolvidas no processo.

As boas práticas a respeito do equilíbrio entre confidencialidade e transparência durante processos de instância específica incluem políticas que são:

- **Previsíveis:** As regras de confidencialidade e campanha devem ser claras e deve-se cuidar para garantir que elas sejam compreendidas pelas partes antes do início de um processo de instância específica.
- **Equitativas:** No desenvolvimento de regras sobre confidencialidade e campanha, as preferências e necessidades de ambas as partes devem ser levadas em consideração.
- **Claros:** As regras de confidencialidade e campanha devem ser claras e específicas. Por exemplo, o que é considerado inadmissível em relação à campanha deve estar claramente definido.
- **Flexíveis:** Diferentes instâncias específicas podem causar preocupações diferentes em relação à confidencialidade. Regras e processos devem ser flexíveis o suficiente para responder a necessidades específicas, no entanto, sem prejudicar a previsibilidade.
- **Guiadas pela transparência:** A confidencialidade é uma exceção aos critérios fundamentais de transparência para os PCNs. Portanto, as regras acerca da confidencialidade devem promover a transparência na máxima medida do possível.

⁴⁷ PCN dos Países Baixos, (abril de 2016) *Final Statement Mylan and Bart Stapert* <https://www.oecdguidelines.nl/documents/publication/2016/4/11/bart-stapert-attorney-vs-mylan>

⁴⁸ PCN do Reino Unido (julho de 2014) *Final Statement following agreement reached in complaint from WWF International against SOCO International plc* (Declaração final após acordo alcançado em reclamação da WWF International contra a SOCO International plc), <https://www.gov.uk/government/publications/uk-ncp-final-statement-wwf-international-and-socointernational-plc-agreement-reached>; Veja também Stephanie Maier, *Aviva Investors' third report on SOCO: How shareholders can exert influence to promote sustainable business conduct*, 9 de junho de 2016. <http://www.eiris.org/blog/aviva-investors-third-report-on-soco/>

⁴⁹ OCDE (2015), *Implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: The National Contact Points from 2000 to 2015*. Página 47

7. Conclusão

O equilíbrio entre confidencialidade e transparência no contexto de processos de instância específica é um desafio contínuo para os PCNs. A forma como os PCNs devem tratar questões relacionadas a campanhas também pode ser difícil e pode ser ainda mais complicado pela falta de especificidade acerca de quais atividades podem ser consideradas como “campanha”. Ao desenvolver políticas e regras sobre confidencialidade e/ou campanhas, os PCNs são incentivados a verificar e entender as exceções relacionadas à transparência e os limites à confidencialidade descritos na Orientação Procedimental das Diretrizes. Regras sobre confidencialidade e campanhas que sejam previsíveis, equitativas, claras, flexíveis e que promovam a transparência na máxima medida do possível representam boas práticas. Os PCNs que buscam desenvolver ou alterar políticas de confidencialidade também podem consultar suas partes interessadas e outros PCNs para entender quais abordagens seriam mais eficazes para a promoção de resultados positivos em instâncias específicas.

Questões adicionais a serem consideradas no desenvolvimento de disposições sobre confidencialidade e/ou campanhas são encontradas no Anexo A.

Anexo A. Questões a serem consideradas no desenvolvimento de disposições sobre confidencialidade e/ou campanhas

- O PCN tem uma posição sobre confidencialidade e/ou campanhas? Ela está disponível ao público?
- Deve haver confidencialidade *ad hoc* ou padrão desenvolvida para cada mediação/conciliação entre as partes?
- Como o PCN lida com possíveis ameaças às disposições de confidencialidade (por exemplo, leis de liberdade de informação, conduta de má-fé, vazamentos de informações confidenciais, etc.)?
- Quais critérios podem ser usados para avaliar:
 - Se há *fortes* motivos para acreditar que a divulgação de certas informações seria prejudicial para uma ou mais partes?
 - Se a campanha contínua impede o engajamento genuíno com o objetivo de encontrar uma solução para as questões apresentadas?
- Quais são as consequências da violação das disposições de confidencialidade?

Anexo B. Referências à Confidencialidade e à Campanha nas Regras Procedimentais do PCN em janeiro de 2018

	Concluiu uma instância específica entre 2011 e 2016	Regras procedimentais para tratamento de instâncias específicas - disponível online	Disposições sobre confidencialidade incluídas nas regras procedimentais do PCN	Disposições sobre campanha incluídas nas regras procedimentais do PCN	Sanções previstas por violações de confidencialidade	Uso de acordos de confidencialidade para mediação/conciliação
Alemanha	✓	✓	✓	✓	✓	✓ (quando solicitado)
Argentina	✓	✓	✓	x	x	x
Austrália	✓	✓	✓	x	x	x
Áustria	✓	✓	✓	x	x	x
Bélgica	✓	✓	✓	x	x	x
Brasil	✓	✓	✓	x	x	x
Canadá	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Chile	✓	✓	x	x	x	✓
Colômbia	x	✓	x	x	x	N/A
Coreia	✓	✓	✓	x	x	x
Costa Rica	x	✓	✓	x	x	N/A
República Tcheca	x	✓	✓	x	x	N/A
Dinamarca	✓	✓	X	x	x	✓
Egito	x	x	N/A	N/A	N/A	N/A
Eslovênia	x	x	N/A	N/A	N/A	N/A
Espanha	✓	✓	✓	x	✓	x
Estados Unidos	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Estônia	x	x	N/A	N/A	N/A	N/A
Finlândia	✓	✓	✓	x	x	x
França	✓	✓	✓	x	x	x
Grécia	x	✓	✓	x	x	N/A
Hungria	x	x	N/A	N/A	N/A	N/A
Islândia	x	x	N/A	N/A	N/A	N/A
Irlanda	x	✓	✓	x	x	N/A
Israel	x	x	N/A	N/A	N/A	N/A
Itália	✓	✓	✓	x	x	x
Japão	✓	✓	✓	✓	✓	x
Jordânia	x	x	N/A	N/A	N/A	N/A
Letônia	x	x	N/A	N/A	N/A	N/A
Lituânia	x	x	N/A	N/A	N/A	N/A
Luxemburgo	✓	✓	✓	x	x	x
México	✓	✓	✓	x	x	x
Marrocos	✓	✓	✓	x	x	x
Nova Zelândia	✓	✓	✓	x	x	✓
Noruega	✓	✓	✓	x	✓	✓
Países Baixos	✓	✓	✓	✓	x	✓
Peru	✓	✓	✓	x	x	x
Polônia	x	✓	✓	x	x	N/A
Portugal	x	x	N/A	N/A	N/A	N/A

Reino Unido	✓	✓	✓	✓	x	✓
Romênia	x	x	N/A	N/A	N/A	N/A
República Eslovaca	x	✓	✓	x	N/A	N/A
Suécia	✓	x	N/A	N/A	N/A	x
Suíça	✓	✓	✓	x	✓	✓
Tunísia	x	x	N/A	N/A	N/A	✓
Turquia	✓	✓	✓	X	x	x
Total (sim)	28	33	30	8	6	11

mneguidelines.oecd.org

