

Sustentabilidade Empresarial, Direitos Humanos e Ambiente

**Antes e para lá da diretiva anunciada
(Dever de diligência das empresas em
matéria de sustentabilidade)**



Coordenação:
Jorge Coutinho de Abreu
Ricardo Costa
Maria Inês de Oliveira Martins

Editor:
Instituto Jurídico da
Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

1 2 9 0

INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

fct

Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

RSE CSR RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS
CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

—
I
J

Ficha Técnica

TÍTULO

Sustentabilidade empresarial, direitos humanos e ambiente – Antes e para lá da diretiva anunciada
(Dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade)

COORDENAÇÃO:

Jorge Coutinho de Abreu
Ricardo Costa
Maria Inês de Oliveira Martins

EDIÇÃO

Instituto Jurídico

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
geral@ij.uc.pt • www.uc.pt/fduc/ij
Colégio da Trindade • 3000-018 Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Pedro Bandeira

CAPA

Dalldesign

ISBN: 978-989-9075-78-8

e-ISBN: 978-989-9075-79-5

DOI: 10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanoseAmbiente/livro

Fevereiro 2025

A publicação do presente trabalho inscreve-se nas atividades do IJ/UCILeR (Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), no contexto do projeto estratégico UID 04643 - Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (financiado pela FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia).

Sustentabilidade empresarial, direitos humanos e ambiente
- Antes e para lá da diretiva anunciada
(Dever de diligência das empresas
em matéria de sustentabilidade)

Coordenação:
Jorge Coutinho de Abreu
Ricardo Costa
Maria Inês de Oliveira Martins



INSTITUTO IVRIDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Índice

NOTA PRÉVIA	9
Jorge Coutinho de Abreu, Ricardo Costa e Maria Inês de Oliveira Martins	
APRESENTAÇÃO	
<i>Percursos para a Sustentabilidade Empresarial</i>	13
J. M. Coutinho de Abreu	
CONFERÊNCIA DE ABERTURA	
<i>From Sustainability in Law to Sustainability Law</i>	19
Beate Sjåfjell	
ANTES DA DIRETIVA E SOBRE A PROPOSTA DE DIRETIVA	
<i>Article 29 (1) CSDDD – A Farewell to the Independent Contractor Rule</i>	39
Hannes Wais	
<i>Civil Liability for Harm Caused by Business Partners in the Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence.....</i>	47
Maria Inês de Oliveira Martins	
<i>A participação dos Trabalhadores em Sistemas de Proteção de Direitos Humanos Baseados no Dever de Diligência – O Caso da Proposta de Directiva</i>	63
Joana Nunes Vicente	
<i>Incumprimento e Apoios Públicos.....</i>	79
Patrice Reis	
PARA LÁ DA DIRETIVA	
<i>Responsabilidad Social Corporativa y Actuación de los Administradores de Sociedades.....</i>	93
José Miguel Embid Irujo	
<i>Há Espaço para Sustentabilidade nas Pequenas e Médias Empresas?</i>	115
Alessio Bartolacelli	
<i>Desafios e Oportunidades para a Adoção de Novas Práticas de Sustentabilidade no Contexto Nacional.....</i>	149
Miguel Pinto	
<i>Práticas e Padrões de Sustentabilidade: Que Futuro?</i>	157
Alexandra Courela	

CALL FOR PAPERS

- A Anticorrupção na Diretiva do Dever de Diligência da Sustentabilidade Empresarial.....173*
Niedja Santos

- A Positivação das Normas de Responsabilidade Social das Empresas em Instrumento
Internacionalmente Vinculativo no Âmbito da Organização das Nações Unidas195*
Roberta Mourão Donato

- Da Diretiva Europeia sobre Dever de Diligência das Empresas: Efeito Bruxelas
e os Guarani-Kaiowás da Região de Dourados-MS.....211*
Ana Flávia Trevizan e Leonardo Ferreira Mendes

- A Diretiva Sobre Sustentabilidade Empresarial e o Dever de Diligência: Hard Law e
Soft Law na Agenda Ambiental e o Caso da Soja Brasileira Exportada para a UE.....225*
Maria Isabel Leite Silva de Lima

- COMENTÁRIO FINAL.....241**
Alexandre de Soveral Martins

NOTA PRÉVIA

O livro que se publica reúne os textos correspondentes às comunicações apresentadas no Congresso Internacional *Sustentabilidade empresarial, direitos humanos e ambiente – Antes e para lá da diretiva anunciada (Dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade)*, realizado em Coimbra no dia 27 de Outubro de 2023, no âmbito das atividades da Área de Investigação “Responsabilidade Social das Empresas/*Corporate Social Responsibility*”, integrada no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a égide do projeto estratégico “Desafios Sociais, Incerteza e Direito / Vulnerabilidade / Indecidibilidade” (UIDB/4643/2020), sob a coordenação científica do Professor Doutor Jorge Coutinho de Abreu.

A base essencial dos trabalhos assentou na *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (EU) 2019/1937*, que a Comissão Europeia emitira em 23 de fevereiro de 2022 (COM(2022) 71 final). Eram também conhecidas a *Orientação Geral* do COREPER (Comité de Representantes Permanentes), dirigida ao Conselho da União Europeia (como “texto de compromisso”) em 30 de novembro de 2022, assim como as *Alterações aprovadas pelo Parlamento Europeu* (“primeira leitura”) sobre a proposta de Diretiva em 1 de junho de 2023.

Entretanto, durante o período de entrega dos textos, o processo avançou e foi publicada a *Diretiva (EU) 2024/1760 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (EU) 2023/2859*, de 13 de junho, publicada no *JOUE* em 5 de julho, que foi tomada em consideração por alguns dos contributos que dão corpo a este livro.

Serve ainda esta nota para agradecer a todos os autores a participação neste volume, com a expectativa de que a importância dos temas e o relevo do indicado ato legislativo da União Europeia possam ser o mote para a utilidade de mais uma publicação resultante do labor deste grupo de investigação do Instituto Jurídico da FDUC.

Jorge Coutinho de Abreu

Ricardo Costa

Maria Inês de Oliveira Martins

APRESENTAÇÃO

PERCURSOS PARA A SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanosAmbiente/01

J. M. Coutinho de Abreu*

Em introdução breve a este congresso, vou recordar caminhos que têm sido desenhados para atingir a sustentabilidade societário-empresarial de que se vem falando (não apenas e nem tanto económica, também social e ambiental).

1. O despertar da responsabilidade social das empresas (RSE)

Diz-se (ou dizia-se) que é responsável socialmente a empresa que visa, de modo voluntário, contribuir para a coesão social-geral e o equilíbrio ecológico (para lá da tradicional finalidade egoísta-lucrativa). Significando isto, por exemplo, a promoção da melhoria da situação dos trabalhadores, a diminuição do uso de recursos não renováveis, a redução de emissões poluentes e de resíduos, o tratamento equitativo dos fornecedores e dos clientes (e respetivos trabalhadores), a melhoria das condições de vida das comunidades onde a empresa atua ou para onde irradia. Indo, portanto, *para além da lei* (que estabelece mínimos) ou *preenchendo vazios legais* (não existe lei, ou a lei não vincula diretamente a empresa, ou a lei não é efetiva por ausência de vontade ou capacidade do poder político-jurídico).

O movimento (predominantemente inorgânico) da RSE (ou CSR: *corporate social responsibility*) desenvolveu-se a partir de meados do século XX, por obra de académicos de diversas áreas do saber. Mas, durante décadas, «there was more talk, especially among academics, than action on part of companies» (Archie B. Carroll). Realidade a que não será alheio o facto de, além da «naturalidade» de a sociedade ser instrumento de criação de lucros para os seus membros-sócios, vários ordenamentos jurídico-societários terem proibido ou limitado durante muito tempo práticas favorecendo outros interesses que não os dos sócios.

2. Recomendações institucionais

Desde finais do séc. XX, mas com reforço já no presente século, várias organizações internacionais, bem como associações agrupando diversas partes interessadas promoveram textos recomendatórios e iniciativas estimulando a RSE. Todavia, independentemente da valia e índole progressiva destes textos e iniciativas, o caráter recomendatório, *não juridicamente vinculativo*, continuou a permitir a atuação de muitíssimas (grandes) empresas com indiferença pelos princípios

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coordenador da Área de Investigação “Responsabilidade Social das Empresas” (Univ Coimbra, IJ, FDUC).

pios da RSE. E continuámos a ver sociedades proibidas de produzir em um país certas substâncias químicas ou a extraír determinados minerais perigosos para a saúde a deslocarem essas atividades, por intermédio de sociedades subsidiárias, para países sem leis proibitivas ou com leis sem *enforcement*; sociedades titulares das mais importantes marcas desportivas a serem fornecidas por quem emprega trabalho infantil na produção de bolas de futebol e de vestuário desportivo em fábricas asiáticas; grandes sociedades da indústria do vestuário ou de distribuição alimentar abastecidas por empresas asiáticas ou da América Latina empregando trabalhadores em condições de trabalho deploráveis; etc., etc.

Assinalável, aqui, é também a onda dos códigos não legislativos de *corporate governance* (relatórios, princípios, recomendações, guias, etc.) que invadiu os países europeus (e muitos outros) a partir dos anos 90. Mas estas manifestações de *autorregulação* (em tempos de desregulação e de não regulação legal) preocuparam-se essencialmente com a melhoria da administração e fiscalização para a sustentabilidade interna das sociedades. Só recentemente alguns desses códigos se alargaram para incorporar preocupações de sustentabilidade geral. No entanto, estes códigos, embora com alguma eficácia prática, inclusive na consciencialização geral acerca da sustentabilidade global e, eventualmente, da conveniência de intervenções legislativas, são, recorde-se, *não vinculativos* (segundo a técnica do *comply or explain*).

3. Promoção legal (mas não imperativa) da sustentabilidade

Subimos agora para o patamar da *lei*. Mas que ainda *não impõe comportamentos sustentáveis*, embora os promova.

Marco importante no direito comunitário-europeu é a Diretiva 2014/95/UE, de 22 de outubro de 2014, em especial os arts. 19-A e 29-A por ela aditados à Diretiva 2013/34/UE. Segundo art. 19-A, grandes empresas que sejam entidades de interesse público (sociedades cotadas, instituições de crédito, empresas seguradoras, etc.) devem incluir no seu relatório de gestão, ou em relatório separado, uma demonstração não financeira contendo informações sobre a evolução, o desempenho, a posição e o impacto das suas atividades em matérias ambientais, sociais e laborais, de respeito dos direitos humanos, de combate à corrupção. As sociedades não ficam obrigadas a ter políticas ativas em todas essas matérias. Mas, ainda assim, ficam obrigadas a apresentar uma explicação clara e fundamentada para a ausência de política(s), segundo o modelo «comply or explain». A Diretiva 2022/2464, de 14 de dezembro de 2022, alterou os arts. 19-A e 29-A, alargando o âmbito de aplicação e o conteúdo das informações, agora sujeito a auditoria obrigatória; e onde se lia informações não financeiras passou a ler-se «informações de sustentabilidade» ...

Interessante também é a Diretiva (UE) 2017/828, de 17 de maio de 2017, que altera a Diretiva 2007/36/CE (chamada Diretiva dos direitos dos acionistas). Os investidores institucionais e os gestores de ativos devem elaborar e divulgar ao público uma política de envolvimento que descreva como procedem ao acompanhamento das sociedades participadas no que se refere, entre outras, às questões do desempenho não financeiro e ao impacto social e ambiental (artigo 3.º-G, 1, a); v. tb. os arts. 3.º-H, 2, b) e 3.º-I, 1). E o art. 9.º-A, 6, 3.º parágrafo, estabelece que a

política de remuneração dos administradores das sociedades (cotadas) «deve indicar os critérios financeiros e não financeiros, incluindo, se for caso disso, critérios relacionados com a responsabilidade social das empresas (...).».

4. Promoção legal aparentemente impositiva

Leis societárias de vários países europeus, a propósito dos deveres dos administradores, parecem ter consagrado perspetivas mais ou menos institucionalistas do interesse social e, portanto, em prol da sustentabilidade.

Por exemplo, o § 70(1) da *AktG* austríaca, o art. 2:129(5) do Código civil holandês e o art. 225.1 da LSC espanhola (na redação dada pela Ley 5/2021) mencionam (laconicamente as duas últimas) o «interesse da empresa», que vai para além dos interesses dos sócios. Porém, *a indeterminação é demasiada para que possa falar-se (de imposição) de sustentabilidade* tal como é hoje entendida. A citada norma austríaca refere ainda os interesses dos acionistas e dos trabalhadores e o interesse público (subordinados ao «bem da empresa»). A referência, em especial, ao interesse público (a fazer lembrar o § 70 da *AktG* alemã de 1937), além da falta de precisão para que dela resultem deveres concretos, suscita ainda a questão da legitimidade para a definição dos interesses públicos.

Em França, a chamada Loi PACTE, de 22 de maio de 2019, alterou, entre outros, o art. 1833 do *Code Civil* e os arts. L 225-35 e L 225-64 do *Code de Commerce* apontando para um *intérêt social* alargado – os administradores devem atuar em conformidade com o interesse da sociedade, «en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité». Não obstante, também por *falta de densificação*, *parece muito pouco provável a responsabilidade civil dos administradores* por falta de consideração das questões sociais e ambientais.

Porventura mais expressivas são as leis societárias do RU e de Portugal. A section 172(1) do *Companies Act* de 2006 do RU começa por dizer: «A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to». Seguem-se seis alíneas. Na al. b) são referidos os interesses dos trabalhadores da sociedade; na al. c), a necessidade de promover as relações da empresa da sociedade com fornecedores, clientes e outros; na al. d) o impacto das operações da sociedade na comunidade e no ambiente.

Porém, como assinala alguma doutrina, a conceção plasmada na lei britânica («enlightened shareholder value») não é verdadeiramente pluralística: a primazia continua a pertencer aos interesses dos sócios; os interesses dos *stakeholders* devem ser tomados em conta na medida em que promovam o êxito da sociedade para benefício dos *shareholders*; e os *stakeholders* não têm o direito de fazer cumprir os deveres dos administradores.

Olhemos agora para o art. 64(1), al. b), do CSC (Código das Sociedades Comerciais) com a redação atual, introduzida em 2006: os administradores devem observar «[d]everes de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.»

Escrevi já que o institucionalismo presente nesta norma é moderado e inconsequente, porquanto os interesses dos sócios pesam muito mais, *a falta de (ou deficiente) ponderação dos interesses dos não-sócios praticamente não tem sanção*. Com efeito, são normalmente os sócios que designam e destituem os administradores, tal como são eles que podem responsabilizá-los por danos causados à sociedade. Muito outra é a situação dos demais sujeitos mencionados na norma. Imagine-se que o conselho de administração delibera o encerramento de um estabelecimento razoavelmente lucrativo, lançando no desemprego centenas de trabalhadores e causando depressão social em certa localidade portuguesa, e o deslocaliza para um país onde produzirá maiores lucros. Faltando na lei (outros) instrumentos jurídicos, os trabalhadores e as comunidades locais não têm o poder de anular aquela deliberação nem de responsabilizar os administradores que não ponderaram os interesses dos *stakeholders*...

Por conseguinte, estas e outras leis nacionais semelhantes também *não se têm revelado mais eficazes do que a RSE não vinculativa na imposição de deveres dos administradores e na responsabilização correspondente*.

5. Imposições legais

Sem menosprezar os passos para a sustentabilidade atrás passados em revista, havemos de concluir pela insuficiência das proclamações de boas intenções, da *soft law* de origem internacional ou nacional e dos atos legislativos coloridos de *stakeholderism* mas ineficientes.

A realidade da insustentabilidade é desoladora. Há no mundo «cerca de 25 milhões de vítimas de trabalho forçado, 152 milhões de vítimas de trabalho infantil, 2,78 milhões de mortes por ano devido a doenças relacionadas com o trabalho e 374 milhões de lesões profissionais não mortais por ano» (Resolução do PE de 10/3/2021, «considerando» M). Em um número crescente de países verificam-se horários de trabalho excessivos, salários de miséria, disparidade salarial entre homens e mulheres e outras formas de discriminação (*ibid.*, «considerando» O).

No que toca ao ambiente, quotidiana e crescentemente vamos sofrendo os efeitos da poluição difusa, da emissão de gases com efeito de estufa, da produção de resíduos, etc. E é patente a «emergência climática», com fenómenos meteorológicos extremos alternando secas e incêndios florestais com inundações e degelo dos glaciares, etc.

Há, pois, que abrir caminhos para *lei impositiva de deveres específicos eficazmente sancionados*. Nesta direção aponta a Proposta de Diretiva de que hoje se falará aqui. Não direi mais, portanto.¹

¹ Para indicações bibliográficas sobre o que aqui registei, v. o meu artigo «Governação societária e sustentabilidade no direito europeu», *DSR (Direito das Sociedades em Revista)* 31 (2024), p. 13-ss.

CONFERÊNCIA DE ABERTURA

FROM SUSTAINABILITY IN LAW TO SUSTAINABILITY LAW*

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanosAmbiente/02

Beate Sjåfjell**

J. M. Coutinho de Abreu

Abstract: This thought piece sketches out a preliminary conceptualisation of 'sustainability law', as an emerging, interdisciplinary new field. The aim is to stimulate debate on how legal scholars can respond constructively to the fragmentation, silo thinking and lack of policy coherence that is hindering regulation for the fundamental transformation to sustainability. These barriers to change are evident also in the unprecedented sustainability-oriented initiatives of the European Union (EU). In this chapter, I concentrate on EU law and regulation of business as my examples throughout, while sustainability law is relevant to all jurisdictions, all areas of law and all societal issues.

Keywords: Sustainability; Planetary Boundaries; Social foundations; Law; European Union; business; finance; circular economy.

1. An emerging new field

This thought piece sketches out a preliminary conceptualisation of 'sustainability law', as an emerging new field¹. My aim with this is to contribute to the discussion of how we as legal scholars can respond constructively to the fragmentation, silo thinking and lack of policy coherence, which I have seen in my research specifically in the context of European Union (EU) law. In this piece I will concentrate on EU law and regulation of business as my examples throughout², while sustainability law is relevant to all jurisdictions, all areas of law and all societal issues.

The concept of sustainability, that I use it in my work with colleagues, is research-based, and not limited to dealing with any one of the crises of our time. Climate change, often referred to

* This is a reprint of my chapter in Alessio BARTOLACELLI, ed., *The Prism of Sustainability. Multidisciplinary profiles: law, economics and ethics*, Naples: Editoriale scientifica, forthcoming 2025, and I am grateful to the editor for his kind permission. I am also grateful to my colleagues and friends with whom I have developed much of my thinking reflected in this piece, especially and most recently, Sarah Cornell, Eelke Heemskerk, Jukka Mähönen, and the participants of the Daughters of Themis workshops 2022, 2023 and 2024, and to Alessio Bartolacelli and Jukka Mähönen for comments to an earlier draft of this paper.

** Professor of Law, University of Oslo, Faculty of Law. Visiting Professor, College of Europe, European Legal Studies Department. Academic Chair in the Knowledge Hub on Climate in the European University Alliance Circle U.

¹ While I draw on the work in the Research Group Sustainability Law at the Faculty of Law, University of Oslo, and various collaborative research efforts, the views presented in this thought piece are my own and do not necessarily reflect those of my colleagues.

² I go deeper into my area of specialty in what may be seen as an emerging field within an emerging field, in Beate SJÅFJELL, «Conceptualising Corporate Sustainability Law», (December 10, 2024). University of Oslo Faculty of Law Research Paper 2024-13, [Accessed 11 December 2024]. Available at <https://ssrn.com/abstract=4865659>.

as the greatest challenge of our time, has been declared as ‘code red’ for humanity³. Yet, sustainability science – specifically the planetary boundaries framework – presents a whole range of ‘code reds’, of ecological limits that are being transgressed, with generally worsening trends⁴. Sustainability is also about social justice⁵, about securing the very bases for good lives and well-functioning societies now and for the future⁶. Sustainability is about safe *and* just⁷. Working towards sustainability in a European context also entails confronting Europe’s colonial history and its contribution to the unsafe and unjust conditions in many parts of the world, historically and through its current neocolonialism⁸. In the context of business, my concern is confronting European businesses’ neocolonialism through its globalised activities⁹.

In Section 2, I discuss how law has failed – and how law still can be a key piece in the jigsaw puzzle for sustainability. In Section 3, I sketch the contours of Sustainability Law as an emerging new field. Section 4 presents concluding reflections.

³ UNITED NATIONS, «IPCC Report: “Code Red” for Human Driven Global Heating, Warns UN Chief», [Accessed 27 December 2021]. Available at <https://news.un.org/en/story/2021/08/1097362>.

⁴ Johan ROCKSTRÖM, et al., «A Safe Operating Space for Humanity», *Nature* 461 (2009) 472-475, 472. [Accessed 22 November 2020]. Available at: <https://www.nature.com/articles/461472a>; Will STEFFEN, et al., «Planetary Boundaries: Guiding Human Development on a Changing Planet», *Science* 347/6223 (2015) 1259855. [Accessed 22 November 2020]. Available at: <https://science.sciencemag.org/content/347/6223/1259855>; Linn PERSSON, et al., «Outside the Safe Operating Space of the Planetary Boundary for Novel Entities» *Environmental Science & Technology* 56/3 (2022) 1510-1521. [Accessed 18 January 2022]. Available at: <https://doi.org/10.1021/acs.est.1c04158>; Lan WANG-ERLANDSSON, et al., «A Planetary Boundary for Green Water» *Nature Reviews Earth & Environment* 3 (2022) 380-392. [Accessed 27 April 2022]. Available at: <https://www.nature.com/articles/s43017-022-00287-8>; Katherine RICHARDSON, et al., «Earth beyond Six of Nine Planetary Boundaries» *Science Advances* 9/37 (2023) eadh2458, 1-16. [Accessed 14 September 2023]. Available at: <https://www.science.org/doi/10.1126/sciadv.adh2458>.

⁵ Sarah E. CORNELL, «We Need to Talk About Gender in the “Safe Operating Space for Humanity”» in Beate SJÅFJELL / Carol LIAO / Aikaterini ARGYROU, eds, *Innovating Business for Sustainability: Regulatory Approaches in the Anthropocene*, Edward Elgar, 2022.

⁶ Kate RAWORTH, «A Safe and Just Space for Humanity: Can We Live within the Doughnut» *Oxfam Discussion Papers*, 2012. Available at: https://www.cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/dp-a-safe-and-just-space-for-humanity-130212-en_5.pdf. Leaving no-one behind is set out as a universal value in Agenda 2030, ‘Ultimately, leaving no one behind requires the transformation of deeply rooted systems – economic, social and political, governance structures and business models at all levels, from local to global’, UNITED UNITED NATIONS, «Leaving No One Behind», [Accessed 27 March 2024]. Available at: <https://www.un.org/en/desa/leaving-no-one-behind>.

⁷ Melissa LEACH / Kate RAWORTH / Johan Rockström, «Between Social and Planetary Boundaries: Navigating Pathways in the Safe and Just Space for Humanity», *World Social Science Report 2013* (OECD Publishing 2013). [Accessed 22 November 2020]. Available at: <https://steps-centre.org/blog/wssr/>.

⁸ Malcolm FERDINAND, *Decolonial Ecology: Thinking from the Caribbean World*, Wiley, 2021. [Accessed 12 May 2023]. Available at: <https://www.wiley.com/en-dk/Decolonial+Ecology%3A+Thinking+from+the+Caribbean+World-p-9781509546220>. Neocolonialism may be defined as ‘the control of the economic and political system by foreign actors despite formal decolonization’, Aram ZIAI, «Postcolonial Critique of Economic Development», in *Handbook on Critical Political Economy and Public Policy*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2023, 374-386. [Accessed 12 March 2024]. Available at: <https://www.elgaronline.com/edcollchap/book/9781800373785/book-part-9781800373785-39.xml>.

⁹ Jason HICKEL, *The Divide: A Brief Guide to Global Inequality and Its Solutions*, London: William Heinemann, 2017.

2. Law has failed – and law can redeem itself

Law can, and often does, set out overarching objectives for society, as we see in many national constitutions and in the EU Treaties. Law is also amongst society's most powerful tools for achieving overarching objectives.

The aim here is not to contribute to the literature on the role of law or theoretical approaches to law¹⁰, but rather to illustrate the significance of law, and concurrently, the importance of critical and teleological analyses of law.

Law's significance includes its constitutive role, establishing legal positions and rights and duties. Law further has a conceptualising role – law's conceptualisations of 'human rights', and 'companies', as two examples, influences, to some degree or other, how these concepts are perceived. This is not to say that law regulates behaviour or perceptions alone, as I will return to below. Indeed, changes in law may only come about – or be effective – if there is a societal readiness for the change, and through support by civil society or specific actors. Yet, law can also change social norms, even moral norms¹¹.

Law, accordingly, has its limitations, which go beyond law not being omnipotent. Law is not value-neutral; it never can be. Yet discussions of law and how to use law tend to be framed within often unacknowledged path-dependent contexts, forgetting, it seems, that law is not a neutral societal tool. The choices of what law is used for (legislative objectives), which behaviours, parties, or relationships to regulate, and how to regulate (soft, enabling approaches or hard law with severe enforcement at two ends of a spectrum), are all decisions that are influenced by overarching societal goals as perceived through the lens of the worldviews, and explicit and implicit values, of the decision-makers. Law tends to be a tool for the powerful in the specific time and place. It can be and has been used to distribute power, to create and to enforce new rights, to rectify old and current wrongs. Yet, only when those in power have been at least to some extent ready to let law do this. This has always been clear for those not being in power and not being prioritised by decision-makers¹².

Indeed, in addition to law having a mechanistic and siloed approach, and tending to be rigid and backward-looking¹³, law used uncritically, is a tool for path-dependent perpetuation of inequalities. The regulation of business exemplifies this. As Baarts et al. set out: 'legal entitlements impact the relative power of social actors, and as a consequence, the distribution of present and

¹⁰ E.g., Simon DEAKIN, et al., «Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law» *Journal of Comparative Economics* 45/1 (2017) 188-200. [Accessed 27 February 2024]. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0147596716300087>.

¹¹ Jon ELSTER, *Explaining Social Behavior: More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, 2nd edn, Cambridge University Press, 2015. [Accessed 23 March 2021]. Available at: <https://www.cambridge.org/core/books/explaining-social-behavior/084AF4C955B35C8FB3BBA03C4C0E0000>.

¹² Malcolm FERDINAND, *Decolonial Ecology: Thinking from the Caribbean World*.

¹³ E.g., Fritjof Capra / Ugo Mattei, *The Ecology of Law: Towards a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland: Berrett-Koehler Publishers, 2015.

future resources among such actors¹⁴. The authors also highlight how 'law resides at the heart' of global value chains structuring of globalised business¹⁵, to which I return below (Section 3.2).

As Capra and Mattei highlight, the discussions of societal approaches to the grand challenges of our time are often framed as being a choice between private and public – between business and markets, on the one hand, or state on the other. But these are just two sides of the same coin; both sides are about property and power, and profits¹⁶. And indeed, the social norm of profit maximisation on the company level, and of infinite economic growth on the state level, are key barriers to the transformation to sustainability¹⁷. Alternative approaches concentrate on commons, community and collaboration¹⁸.

Currently, there is an inverted relationship between competence of law and need for regulation. A growing international body of law aims to promote corporate sustainability, but it is fraught with the weaknesses of international law: often strong on goals and vague on detailed responsibilities, addressing not the business actors directly but the nation states, and often lacking enforcement possibilities. International law depends on regional actors and nation states to fulfil these roles. Breaking down horizontal as well as vertical silos, and rethinking the power, the significance and the roles taken by or allocated to the individual actors in globalised business¹⁹, are crucial steps towards law that actively and coherently works towards sustainability.

Sustainability as an overarching global societal goal, with its inherent requirement for a fundamental transformation, can, in the best case, break through such established constraints of how to think about law – and how to regulate. It is easy to say that law has failed; with its silo-thinking, path-dependency and perpetuation of inequality. And yet, law has potential to redeem itself. The silos are beginning to crack, as the regulatory ecology analysis below in Section 3.2 illustrates.

¹⁴ THE IGLP LAW AND GLOBAL PRODUCTION WORKING GROUP, «The Role of Law in Global Value Chains: A Research Manifesto» *London Review of International Law*, 4/1 (2016) 57-79, 68 with further references. [Accessed 7 November 2022]. Available at: <https://doi.org/10.1093/lrlw/lrw003>.

¹⁵ Ibid, p. 61.

¹⁶ Fritjof Capra / Ugo Mattei, *The Ecology of Law: Towards a Legal System in Tune with Nature and Community*.

¹⁷ See further in Section 3.2 below.

¹⁸ Fritjof Capra / Ugo Mattei, *The Ecology of Law: Towards a Legal System in Tune with Nature and Community*. Elinor OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990. [Accessed 4 February 2020]. Available at: <https://www.cambridge.org/core/books/governing-the-commons/A8BB63BC4A1433A50A3FB92EDBBB97D5>; Elinor OSTROM, «Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change» *Global Environmental Change*, 20/4 (2010) 550-557. [Accessed 11 June 2020]. Available at: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0959378010000634>.

¹⁹ Milan BABIC / Jan FICHTNER / Eelke M HEEMSKERK, «States versus Corporations: Rethinking the Power of Business in International Politics» *The International Spectator*, 52/4 (2017) 20-43. [Accessed 10 June 2021]. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/03932729.2017.1389151>.

3. Sustainability law

3.1. Sustainability Law as an emerging new field

Over the last years, ‘sustainability law’ has increasingly become used as an umbrella term for various research activities, as well as by consultancies; the latter especially in light of EU law developments regulating finance, business and products for sustainability²⁰. Contributions discussing sustainability law as a (potential) distinct field of law, appear often to concentrate on environmental law and usually global (international) law²¹. Sustainability law and related terms are used to present normative approaches to how law should be shaped and understood, usually concentrated on environmental aspects of sustainability²².

The approach that we have taken in the Research Group Sustainability Law, based at the Faculty of Law in Oslo, is to see sustainability law ‘an emerging field of law that aims to identify, analyse and propose normative solutions to the fundamental environmental, social and governance problems of our time’²³. Specifically, our objective is to ‘conduct interdisciplinary analyses of law with the aim of identifying normative solutions that contribute to global sustainability’²⁴.

Recognising the varieties of use and abuse of ‘sustainability’ (and ‘sustainable development’), we explicitly take as our entry point the research-based concept of sustainability briefly introduced above (Section 1). We therefore position our understanding of sustainability law within the conceptualisation of ‘safe and just’ as the goal; mitigating pressures on planetary boundaries and securing social foundations for humanity now



Figure 1. Sustainability Law,
University of Oslo.

²⁰ Further below in Section 3.2.

²¹ E.g. Marco E GRASSO, *Resilience and Sustainability in Law: Theoretical and Critical Approaches – Cambridge Scholars Publishing*, Cambridge Scholars Publishing, 2021. [Accessed 28 March 2024]. Available at: <https://www.cambridgesscholars.com/product/978-1-5275-7503-5>. Grasso also speaks about sustainable development law, and resilience law.

²² Geoffrey GARVER, ‘The Rule of Ecological Law: The Legal Complement to Degrowth Economics’ *Sustainability*, 5/1 (2013) 316-337, 316. [Accessed 28 March 2024]. Available at <https://www.mdpi.com/2071-1050/5/1/316>. Garver discusses several such approaches, including Berry’s ‘ecological law’, Boyd’s ‘sustainability law’, and Cullinan’s ‘wild law’, and presents ‘ecological law’ as a normative rule of law approach, a ‘rule of ecological law’, as a complement to degrowth, and in light of the shortcomings of environmental law, *ibid*, p. 318 with further references. See further Kirsten ANKER, et al., eds, *From Environmental to Ecological Law*, Routledge, 2021. [Accessed 28 March 2024]. Available at: <https://www.routledge.com/From-Environmental-to-Ecological-Law/Anker-Burdon-Garver-Maloneysbert/p/book/9780367689681>.

²³ RESEARCH GROUP SUSTAINABILITY LAW, University of Oslo, [Accessed 28 March 2024]. Available at: <https://www.jus.uio.no/sustainabilitylaw/>.

²⁴ *Ibid*.

and for the future²⁵. As Sarah Cornell and I discuss elsewhere, this understanding of sustainability with roots going back at least to 1975²⁶, entails finding out how to deal justly with unsafe conditions, and safely with the unjust ones²⁷.

By setting out an explicit aim of contributing to sustainability, we are positioning sustainability law as a teleological field. This also reflects my own position as a sustainability scholar and stands in contrast to the often masculinist idea of an ‘objective’ scholar as one that is ‘neutral’; un-interested. It also, and connectedly, stands in contrast to the legal positivism that has been so dominant over the decades, including in my own home base of Scandinavia²⁸. A specific mono-disciplinary form of legal dogmatic research still appears to be regarded as the most valid approach to legal analysis, and positioning legal analysis within an overarching objective of global sustainability is often regarded with suspicion, quick to be labelled as ‘political’, ‘value-based’ or ‘activistic’²⁹. With often little distinction in legal academia between the role of a legal practitioner and a legal scholar³⁰, discussing whether the law in a specific area is good or just, is something that at best (if not excluded) should be delegated to a separate section at the end of a thesis or article on ‘legal policy’ or ‘legal-political’ reflections³¹.

However, law can never be value neutral and legal scholarship should not pretend that it is. An aim of being ‘objective’ and un-interested may unintentionally lead to perpetuating value choices in the theoretical underpinnings and policy strategies of any area of law, without conscious reflection. Specifically in my area of business law, as I wrote in my doctoral thesis published in 2009:

company law scholars who regard companies as the shareholders’ property, with the only purpose being to maximize returns for shareholders, and who use this position as a basis for their research, have either made some unsubstantiated value choices, or – more likely – have,

²⁵ Melissa LEACH / Kate RAWORTH / Johan Rockström, «Between Social and Planetary Boundaries: Navigating Pathways in the Safe and Just Space for Humanity».

²⁶ UNEP/UNCTAD, «The Cocoyoc Declaration: Adopted by the Participants in the UNEP/UNCTAD Symposium on “Patterns of Resource Use, Environment and Development Strategies”. Cocoyoc, Mexico, October 8-12, 1974», *International Organization* 29/3 (1975) 893-901.

²⁷ Beate SJÅFJELL / Sarah E. CORNELL, «What the Actual? Tensions in the Science-Business-Policy Interface for Global Sustainability», *European Law Open* (2024), 3(3): 529-560. <https://doi.org/10.1017/elo.2024.34>.

²⁸ For an introduction to modern legal positivism, see Raymond WACKS, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*, 6th ed., Oxford: Oxford University Press, 2021, Chapter 4.

²⁹ This is based on anecdotal evidence over the more than twenty years that I have worked at the Faculty of Law, University of Oslo, from my doctoral thesis onwards through major international projects, and as a scholar, supervisor and mentor.

³⁰ Hans Petter GRAVER, «Vanlig Juridisk Metode? Om Rettsdogmatikken Som Juridisk Sjanger» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 121/2 (2008) 149-178. [Accessed 15 July 2024]. Available at: <https://www.idunn.no/doi/abs/10.18261/ISSN1504-3096-2008-02-01>.

³¹ This advice is so deeply internalised in students at the Faculty of Law in Oslo that it often takes a lot of encouragement and mentorship for students writing master theses to take an alternative approach to this rather old-fashioned way of distinguishing between *de lege lata* and *de lege ferenda*.

without reflection, accepted these postulates as facts, devoid of normative content. However, such postulates are neither facts nor value neutral.³²

In my own research, I do not see it as sufficient to analyse the underlying value choices and legislative objectives. I go beyond that. Considering the convergence of crises in our time, with extreme exploitation of people and destruction of the environment, I take the overarching, research-based goals of a safe and just space as my research compass. This requires a reflective approach, where I position myself as a sustainability-oriented, feminist scholar, with awareness of my privileged position as a white European law professor³³. It also entails continuous striving to be clear on when my conclusions of interdisciplinary legislative analysis are based on what the law is and when it (also) includes my suggestions on how law should change. This is, however, no more than any legal scholar does – or should do.

A teleological approach, with contributing to sustainability as the overarching aim, fits well with EU law analyses. Sustainability is amongst the overarching objectives for the EU, as set out in the EU Treaties, to achieve the EU's aim of promoting 'peace, its values and the well-being of its peoples'³⁴. The EU is to 'work for the sustainable development of Europe'³⁵, and in its 'relations with the wider world', the EU:

shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter'.³⁶

³² Beate SJÅFJELL, *Towards a Sustainable European Company Law: A Normative Analysis of the Objectives of EU Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, 4 [Accessed 9 January 2019]. Available at: <https://ssrn.com/abstract=4011934>.

³³ See Sarah E. CORNELL / Beate SJÅFJELL, 'Feminist Theory in the Regulatory Ecology' (November 05, 2024). University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2024-11, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5010031>; Carla RICE / Elisabeth HARRISON / May Friedman, «Doing Justice to Intersectionality in Research» *Cultural Studies ↔ Critical Methodologies*, 19/6 (2019) 409-420 [Accessed 11 May 2023]. Available at: <https://doi.org/10.1177/1532708619829779>.

³⁴ Treaty on the European Union (TEU), Article 3(1), with the values set out in Article 2: 'respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities'. Peace is historically also a foundational aim of that which is now the EU. For the interconnectedness between peace and sustainability, see Beate SJÅFJELL, «No Peace Without Sustainability, No Sustainability Without Peace. The Implementation of EU Treaty Goals» in Inge GOVAERE / Sacha GARBER / Eleanor SPAVENTA, eds, *The Impact of War (in Ukraine) on the EU* London: Hart Publishing, in print 2025, Chapter 5. To be available at <https://www.bloomsbury.com/uk/impact-of-war-in-ukraine-on-the-eu-9781509986088/>. Chapter on file with current author.

³⁵ Article 3(3) TEU.

³⁶ Article 3(5) TEU.

In my analysis, I see sustainability as the overarching objective – encompassing a range of interconnected goals of environmental, social, and economic development. EU legal method is teleological and dynamic³⁷, and Treaty objectives have direct legal relevance³⁸.

In a mono-disciplinary legal analysis, what sustainability entails as an overarching EU law objective would be found primarily through an analysis of legal sources. In an interdisciplinary analysis, law does not give the answers alone to what sustainability means; rather the understanding of sustainability as a legal concept must also draw on sustainability science and sustainability research³⁹. This is also for me about taking law seriously. An analysis of overarching legislative objectives should not be constrained through inadequate policy follow-up. Rather, taking seriously overarching legislative objectives, is a basis for a critical analysis of policy follow-up. Any area of EU law and policy is intended, as a matter of EU law, to also contribute to EU's overarching Treaty objectives. This is reflected in EU Treaty law, which sets out duties for EU institutions and, to a more limited extent, for Member States, to work towards the achievement of EU Treaty aims and objectives⁴⁰. As set out explicitly in case law, a Member State's duty of loyalty according to the Treaty cannot be constrained with reference to lack of action by other Member States or EU institutions⁴¹. The loyalty is owed to the EU Treaties and to the overarching objectives set out there, not to EU institutions or other Member States.

Further, law cannot exist in a vacuum – law is also about regulating actors, institutions and actions in the world, with legislative objectives. Assessing whether law is achieving its objectives, requires empirical analysis, which cannot be disconnected from what, for example, environmental science has identified as ecological limits for human prosperity on this planet⁴².

³⁷ The EU 'shall pursue its objectives by appropriate means commensurate with the competences which are conferred upon it in the Treaties', Article 3(6) TEU; Anthony ARNULL, *The European Union and Its Court of Justice*, 2nd ed, Oxford University Press, 2006, 620-621 on the European Court of Justice's teleological, contextual and dynamic method of interpretation.

³⁸ My analysis of the case law of the Court of Justice of the European Union in my doctoral thesis, further confirmed this; Beate SJÅFJELL, *Towards a Sustainable European Company Law: A Normative Analysis of the Objectives of EU Law* (n 32).

³⁹ See e.g. Beate SJÅFJELL / Jukka MÄHÖNEN, «Interdisciplinising Legal Theory: Towards a Reconceptualisation of Business Law» *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, 2020-36, *Nordic & European Company Law Working Paper*, 22-07 (2020) 1-26. [Accessed 22 November 2020]. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=3731289.>, where we cite Dershowitz on there being 'no season for law shorn of other disciplines', A. M. DERSHOWITZ, «The Interdisciplinary Study of Law: A Dedicatory Note on the Founding of the NILR Introduction» *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 1/1 (2008) 3-6.

⁴⁰ Article 3(6) TEU and Article 4(3) TEU. Article 4(3) sets out that each institution of the EU and each Member State is obligated to do what they can to 'assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties' and refrain from doing anything that may 'jeopardise the attainment of the Union's objectives'.

⁴¹ John Temple LANG, «Article 10 EC: The Most Important "General Principle" of Community Law» in Ulf BERNITZ / Joakim NERGELIUS / Cecilia CARDNER, eds, *General Principles of EC Law in a Process of Development*, The Hague: Kluwer Law International, 2008, Chapter 1.4.

⁴² E.g., Beate SJÅFJELL / Sarah CORNELL, «What the Actual? Tensions in the Science-Business-Policy Interface for Global Sustainability» (n 27).

Contributing to sustainability as the goal and as the entry point to the analysis, entails taking an objective-oriented approach with strong—or rather real—sustainability as the legislative goal. This requires a policy-coherence approach that embraces complexity and uncertainty, as well as employing evidence-based law in context⁴³.

The EU-funded project Sustainable Market Actors for Responsible Trade (SMART, 2016-2020)⁴⁴, exemplifies such an approach. We mapped, analysed and identified barriers and possibilities for more sustainable market actors⁴⁵, and on that basis, we drew up and submitted reform proposals to the European Union⁴⁶. The reform proposals were not an add-on to our interdisciplinary research project; they were explicitly set out as ‘deliverables’ when we submitted our funding proposal, and have contributed to academic debates, to further research activities, as well as to policymaking⁴⁷.

The overarching theme and academic goals of the Research Group Sustainability Law (2022-2027) are also a part of the SMART legacy, reflecting our desire to continue working towards contributing to sustainability. The field of sustainability law is, as we see it, not constrained by established fields of law and their theoretical underpinnings and assumptions, nor by perceived

⁴³ Hanna AHLSTRÖM / Beate SJÅFJELL, «Why Policy Coherence in the European Union Matters for Global Sustainability» *Environmental Policy and Governance*, 33/3 (2023) 272-287. [Accessed 2 September 2023]. Available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/eet.2029>.

⁴⁴ Sustainable Market Actors for Responsible Trade (SMART, 2016-2020), [Accessed 15 July 2024]. Available at: www.smart.uio.no/.

⁴⁵ Beate SJÅFJELL, et al., «Obstacles to Sustainable Global Business. Towards EU Policy Coherence for Sustainable Development» *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, 2019-02, *Nordic & European Company Law Working Paper*, 19-10 (2019) 1-106. [Accessed 30 September 2019]. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=3354401>.

⁴⁶ For an overview of the reform proposals, see Beate SJÅFJELL, et al., «Supporting the Transition to Sustainability: SMART Reform Proposals» *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, 2019-63, *Nordic & European Company Law Working Paper*, 20-05 (2019) 1-20 [Accessed 2 February 2020]. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=3503310>; for the detailed proposals see Beate SJÅFJELL, et al., «Securing the Future of European Business: SMART Reform Proposals» *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, 2020-11, *Nordic & European Company Law Working Paper*, 20-08 (2020) 1-88 [Accessed 23 November 2021]. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3595048>; Eléonore MAITRE-EKERN / Mark B TAYLOR / Maja van der VELDEN, «Towards a Sustainable Circular Economy. SMART Reform Proposals» *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, 2020-12, *Nordic & European Company Law Working Paper*, 20-10 (2020) [Accessed 5 March 2021]. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3596076>; Marta ANDHØV, et al., «Sustainability Through Public Procurement: The Way Forward – Reform Proposals» *University of Oslo Faculty of Law*, SMART Project Report, 2020-09 (30 April 2020) 1-58. [Accessed 11 April 2023]. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=3589168>. This work also formed the basis for a range of publications during the SMART Project (see www.smart.uio.no/publications/) and in the years after SMART was concluded, including my own contributions, e.g. Beate SJÅFJELL, «A General Corporate Law Duty to Act Sustainably» in Hanne S BIRKMOE / Mette NEVILLE / Karsten Engsig SØRENSEN, eds, *Instruments of EU Corporate Governance: Effecting Changes in the Management of Companies in a Changing World*, Kluwer Law International, 2023. [Accessed 20 March 2023]. Available at: <https://ssrn.com/abstract=4224255>.

⁴⁷ SMART legacy research activities include several new research projects and the activities of the SMART Research Network, see www.jus.uio.no/english/research/areas/sustainabilitylaw/networks/the-smart-network/ (under History of the Network and at the time of the writing, under Call for papers).

boundaries between public law and private law, nor those between international law, regional and national law, nor between areas of law such as company law, intellectual property law and consumer law⁴⁸. As outlined above, this resonates with the EU's policy coherence approach and its teleological, dynamic method.

In the Research Group Sustainability Law, we have chosen to concentrate on the three areas of sustainable business, sustainable finance, and sustainable circular economy, based on the expertise and research interests of our members. For us these are broad and interdisciplinary categories, integrating different fields as law. In the next section I briefly present the evolving 'regulatory ecology' (explained below) for sustainable business.

3.2. The evolving regulatory ecology for sustainable business in EU law

Taking the current integration of sustainability in EU law as a case study, we can see that the unprecedented efforts of the European Union to promote sustainable business, are world-leading – and yet clearly insufficient. The continued silo-thinking and lack of policy coherence that hinders the achievement of the EU's overarching sustainability goals, can be understood through employing a regulatory ecology approach, as can the hope for breaking down silos and achieving policy coherence. I illustrate this below with two examples: the EU's Sustainable Finance initiative and its Sustainable Corporate Governance initiative.

Regulatory ecology may be understood as an analytical lens for analysing the interactions between and influence of different modes of regulation, in a very broad sense of 'regulation'⁴⁹. The approach draws on the work of Lawrence Lessig⁵⁰. The term 'regulatory ecology' was apparently first coined by Ian Hosein et al.⁵¹ and developed further by Maja van der Velden⁵², and myself together with Mark B. Taylor⁵³. Regulatory ecology was an important boundary

⁴⁸ RESEARCH GROUP SUSTAINABILITY LAW, University of Oslo.

⁴⁹ See also Christine PARKER, «The Pluralization of Regulation» *Theoretical Inquiries in Law*, 9/2 (2008) 349-369. [Accessed 26 April 2024]. Available at: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.2202/1565-3404.1189/html>.

⁵⁰ Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, Inc 1999.

⁵¹ Ian HOSEIN / Prodromos TSIAVOS / Edgar A WHITLEY, «Regulating Architecture and Architectures of Regulation: Contributions from Information Systems» *International Review of Law, Computers & Technology*, 17/1, (2003) 85-97. [Accessed 27 December 2021]. Available at: <https://doi.org/10.1080/1360086032000063147>. See also van der VELDEN, «A license to know: Regulatory tactics of a global network.» in F. Sudweeks / H. Hrachovec / C. Ess, eds, *Cultural Attitudes Towards Communication and Technology*, Tartu, Estonia: Murdoch University, 2006, 555-563.

⁵² Van Der VELDEN, «Design as Regulation: Opportunities and Limitations for Sustainable Mobile Phone Design», in J. ABDELNOUR-NOCERA, M. STRANO, C. Ess, M. Van der VELDEN / H. HRACHOVEC, eds., *Culture, Technology, Communication. Common World, Different Futures*, IFIP Advances in Information and Communication Technology, Springer, 490(2016) 32-54.

⁵³ Beate SJÅFJELL / Mark TAYLOR, «Planetary Boundaries and Company Law: Towards a Regulatory Ecology of Corporate Sustainability» *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, 2015-11 (2015) 1-32. [Accessed 8 January 2018]. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=2610583>; Beate SJÅFJELL / Mark B TAYLOR, «Clash of Norms: Shareholder Primacy vs. Sustainable Corporate Purpose» *International and Comparative Corporate*

object, connecting scholars from different disciplines already from the proposal-writing stage of the SMART Project, and throughout the life of the project⁵⁴. In the work I have been involved in, we have sought to position this intrinsically interdisciplinary approach within a teleological systems-theoretic understanding of the interconnectedness of the social-ecological systems of this world, based on the ontological view that the world consists of interdependent systems of ecosystems and human society, which is crucial to understanding what societal goals of sustainability should entail and what it will take to achieve them⁵⁵.

Regulatory ecology can be used to analyse the regulatory effects of *law* on decision-making in business and how these are undermined or reinforced through the other regulatory modalities: *social norms*, *market* pressures and '*architecture*'⁵⁶ (the regulatory effect of the natural world ('*ecological architecture*') and human-made elements of the world ('*human-made architecture*')⁵⁷. In current work-in-progress, we position the regulatory ecology within a research-based approach to sustainability. We analyse the interactions between and within the regulatory modalities, to identify opportunities for sustainable business⁵⁸.

Regulatory ecology can be used to analyse regulatory developments, to identify what made a particular regulatory development

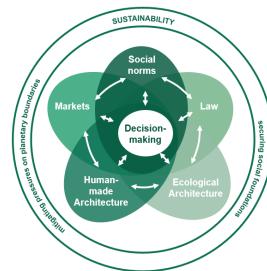


Figure 2. Credit:

Cornell/Sjåfjell, 'Feminist Theory in the Regulatory Ecology' (n. 33)

Law Journal 40 13 (2019) 40-66. [Accessed 26 January 2020]. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=3444050>.

⁵⁴ Maja van der VELDEN / Beate SJÅFJELL, «Thinking with Care: Exploring Interdisciplinarity in a Global Research Project» in Beate SJÅFJELL / Roseanne RUSSELL / Maja van der VELDEN, eds, *Interdisciplinary Research for Sustainable Business: Perspectives from Women Business Scholars*, Springer, 2022.

⁵⁵ Hanna AHLSTRÖM, «Systems Thinking and the Law in the Age of the Anthropocene», in Beate SJÅFJELL / Carol LIAO / Aikaterini ARGYROU, *Innovating Business for Sustainability: Regulatory Approaches in the Anthropocene*, Cheltenham: Edward Elgar, 2022, 47-64; Hanna AHLSTRÖM / Sarah E. CORNELL, «Governance, Polycentricity and the Global Nitrogen and Phosphorus Cycles» *Environmental Science & Policy*, 79 (2018) 54-65. [Accessed 4 November 2022]. Available at: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S1462901117307670>; Carl FOLKE, et al., «Social-Ecological Resilience and Biosphere-Based Sustainability Science» *Ecology and Society*, 21/3 (2016) 41. [Accessed 14 April 2020]. Available at: <https://www.ecologyandsociety.org/vol21/iss3/art41/>; Donella MEADOWS, *Thinking in Systems: A Primer*, Chelsea Green Publishing, 2008. [Accessed 13 June 2020]. Available at: <https://www.chelseagreen.com/product/thinking-in-systems/>; Rika PREISER, et al., «Social-Ecological Systems as Complex Adaptive Systems: Organizing Principles for Advancing Research Methods and Approaches», *Ecology and Society*, 23/4 (2018) 46. [Accessed 18 November 2019]. Available at: <https://ecologyandsociety.org/vol23/iss4/art46/>.

⁵⁶ Beate SJÅFJELL / Mark TAYLOR, «Planetary Boundaries and Company Law: Towards a Regulatory Ecology of Corporate Sustainability» 1-32, (n 53).

⁵⁷ Work-in-progress together with Sarah Cornell and Eelke Heemskerk.

⁵⁸ Work-in-progress together with Sarah Cornell and Eelke Heemskerk.

possible, what is preventing the realisation of its potential, and – also conversely – what are the possibilities in the evolving regulatory ecology⁵⁹.

Regulatory ecology is a lens that helps identify the interconnections between actors in and across regulatory modalities, highlighting that regulation often does not happen only through law in a linear, top-down process. Regulation is the result of interactions, inactions, tensions, clashes and power struggles between actors seeking to regulate and between them and actors sought to be regulated. Drivers in these interconnections are explicit and implicit value-choices in the theoretical underpinnings as well as in the legislative, corporate and societal actors' aims and efforts.

The EU's unprecedented efforts at channelling financial market actors' decision-making towards sustainability, and the limitations of these efforts, illustrate these interconnections. The ecological architecture of climate change with its delayed and slow regulatory effect, is increasingly materialising, with financial market actors' response in the influential Recommendations from the Task Force for Financial Risks of Climate Change of 2017⁶⁰. The EU's Sustainable Finance initiative of 2018, reflects the recognition that climate change and other transgressions of planetary boundaries have financial risks. Yet its Action Plan does not engage with the planetary boundaries framework or with the ecological limits of our planet – rather it sees sustainable finance as being about financing 'sustainable growth'⁶¹. Financial risks must be mitigated, without changing finance-as-usual, business-as-usual, and indeed the economy-as-usual.⁶² This limiting financially-driven approach has constrained the EU's range of legislative instruments under the Action Plan, including the Sustainable Finance Disclosure Regulation of 2019, the Taxonomy Regulation of 2020 and the Corporate Sustainability Reporting Directive (2022) with its European Sustainability Reporting Standards. Groundbreaking and world-leading, the EU's legislative initiatives still illustrate continued silo-thinking and the power of vested interests, with an overreliance on

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ TCFD, «Final Report: Recommendations of the Task Force on Climate-Related Financial Disclosures» (TCFD 2017) <https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2021/10/FINAL-2017-TCFD-Report.pdf>.

⁶¹ EUROPEAN COMMISSION, «Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Action Plan on Financing Sustainable Growth» (2018) Commission Communication COM/2018/097 final [Accessed 3 February 2020]. Available at: https://ec.europa.eu/info/publications/180308-action-plan-sustainable-growth_en.

⁶² Patrick W KEYS, et al., «Anthropocene Risk» *Nature Sustainability*, 2 (2019) 667-673. [Accessed 10 April 2020]. Available at: <http://www.nature.com/articles/s41893-019-0327-x>; Beatrice CRONA / Carl FOLKE / Victor GALAZ, «The Anthropocene Reality of Financial Risk», *One Earth*, 4/5 (2021) 618-628. [Accessed 9 September 2021]. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2590332221002359>; Beate SJÅFJELL, «Taking Finance Seriously: Understanding the Financial Risks of Unsustainability» in Kern ALEXANDER / Matteo GARGANTINI / Michele SIRI, eds, *The Cambridge Handbook of EU Sustainable Finance: Regulation, Supervision and Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, in print 2025, Chapter 2. Preprint available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4294693> [Accessed 3 December 2024].

disclosure – as opposed to mandating change – and on greening, rather than a fundamental transformation towards sustainability⁶³.

Companies are creatures of national law, as the Court of Justice has repeatedly reiterated, and ‘law resides at the heart’ of global value chains structuring of globalised business⁶⁴. Yet a specific interaction between social norms and markets constrains legislative creativity and thereby law’s possibility for regulating companies as key elements of globalised business. This law-and-economics inspired, Anglo-Saxon-based idea of ‘shareholder primacy’, dictates that companies are vehicles for shareholders’ profit maximisation, and claims, contrary to company law, that boards are agents for the shareholders as principals, and that boards – and by extension senior executive management – have a duty to maximise returns for shareholders. This is a main barrier to sustainable business, and there have been increasing strong calls for company law to clarify this and take back and use its power to set out explicitly a modern, sustainability-oriented purpose of the company, with corresponding duties for the boards⁶⁵.

The EU’s Sustainable Corporate Governance, launched in 2020, was the first time that the EU included company law in its sustainability-oriented regulatory toolbox, stating explicitly that its aim was ‘to improve the EU regulatory framework on company law and corporate governance’,

⁶³ Hanna AHLSTRÖM / David MONCIARDINI, «The Regulatory Dynamics of Sustainable Finance: Paradoxical Success and Limitations of EU Reforms» *Journal of Business Ethics*, 177 (2022) 193-212, [Accessed 25 April 2024]. Available at: <https://doi.org/10.1007/s10551-021-04763-x>; Hanna AHLSTRÖM / Beate SJÄFJELL, «Complexity and Uncertainty in Sustainable Finance: An Analysis of the EU Taxonomy» in Timothy CADMAN / Tapan SARKER, eds, *De Gruyter Handbook of Sustainable Development and Finance*, Berlin, Boston: De Gruyter, 2022, 15-40. [Accessed 17 March 2023]. Available at: <https://doi.org/10.1515/9783110733488-002>; Beate SJÄFJELL, «Revisiting Agency Theory: A Radical Rethinking of Allocation of Responsibility, Accountability and Liability», in Nicolas CHEVROLIER / Aikaterini ARGYROU / Ronald JEURISSEN, eds, *Radical business perspectives for sustainability transitions*, Cheltenham: Edward Elgar, in print 2025, Chapter 9. Preprint available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4835681> (accessed 24 July 2024).

⁶⁴ ‘–it is the vehicle through which value is generated, captured and distributed within and between organisational and jurisdictional domains, and diverse and geographically disparate business operations are coordinated and governed’, THE IGLO LAW AND GLOBAL PRODUCTION WORKING GROUP, «The Role of Law in Global Value Chains: A Research Manifesto», 61.

⁶⁵ Christopher M BRUNER, *Corporate Governance in the Common-Law World: The Political Foundations of Shareholder Power*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013. [Accessed 18 March 2019]. Available at: [/core/books/corporate-governance-in-the-commonlaw-world/112F8A3E8EDC989060D8A051C77A663A](https://core.ac.uk/display/112F8A3E8EDC989060D8A051C77A663A); Beate SJÄFJELL, et al., «Shareholder Primacy: The Main Barrier to Sustainable Companies» in Beate SJÄFJELL / Benjamin J RICHARDSON, eds, *Company Law and Sustainability: Legal Barriers and Opportunities*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015. [Accessed 11 July 2017]. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=2664544>; Christopher M BRUNER / Beate SJÄFJELL, «Corporate Law, Corporate Governance and the Pursuit of Sustainability» in Beate SJÄFJELL / Christopher M BRUNER, eds, *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, 1st ed, Cambridge: Cambridge University Press, 2019. [Accessed 6 November 2022]. Available at: <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108658386%23CN-bp-50/type/book-part>; Lynn A. STOUT, *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public*, San Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2012; Andrew JOHNSTON, et al., *Corporate Governance for Sustainability*, 2019. [Accessed 29 March 2020]. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=3502101>.

to 'enable companies to focus on long-term sustainable value creation'⁶⁶. The launch of the initiative resulted in extreme push-back, mainly by shareholder primacy proponents⁶⁷. One of the issues that caused the most controversy was the attempt in the proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) to integrate aspects of sustainability into the duties of the corporate board, with market forces mobilising to protect shareholder primacy⁶⁸. The result was that the very limited inclusion of company law was taken out in the December 2023 consensus between the legislators. The tensions within social norms were illustrated by the mobilisation in favour of the CSDDD and in favour of strengthening its due diligence requirements to be more in line with internally endorsed sets of social norms, notable the OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct, and the UN Guiding Principles for Business and Human Rights. Reflecting the evolving regulatory ecology, the spring of 2024 saw public expressions of support by civil society, academics, and businesses themselves⁶⁹, while certain Member States continued to seek to undermine the political consensus achieved between the Parliament and the Council in December 2023. The CSDDD was finally adopted in June 2024, after one of the most controversial processes in the legislative history of the EU⁷⁰.

The controversy illustrates the still powerful reach of the social norm of shareholder primacy, and the underlying assumptions and prioritised values. The intent may originally be seen as a good one: the idea was that prioritising shareholders and maximising their returns is an efficient way of maximising societal welfare⁷¹. This thinking continue to dominate in spite of the lacking empirical evidence and the overwhelmingly strong empirical basis for the problematic effects of continued business-as-usual, which illustrates the power of vested interests – of actors that have

⁶⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Sustainable Corporate Governance Initiative*, 2020. Available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance_en.

⁶⁷ Beate SJÅFJELL / Jukka MÄHÖNEN, «Corporate Purpose and the Misleading Shareholder vs Stakeholder Dichotomy» *Bond Law Review*, 34/2 (2024) 69-113. [Accessed 15 March 2024]. Available at: <https://blr.scholasticahq.com/article/94050-corporate-purpose-and-the-misleading-shareholder-vs-stakeholder-dichotomy>.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, «Businesses Make Urgent Call for Support for EU Due Diligence Law Ahead of Council Vote», (27 February 2024). [Accessed 15 March 2024]. Available at: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/eu-csddd-company-statement/>; UNICEF & THE EUROPEAN UNION, *Joint Statement by UNDP, UNEP, UNICEF and OHCHR on the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive* [Accessed 19 February 2024]. Available at: <https://www.unicef.org/eu/press-releases/joint-statement-undp-uneep-unicef-and-ohchr-eu-corporate-sustainability-due-diligence>.

⁷⁰ Nicolas BUENO, et al., «The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise» *Business and Human Rights Journal*, (2024) 1-7. [Accessed 31 May 2024]. Available at: <https://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal/article/eu-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence-csddd-the-final-political-compromise/9731DFA73A2D98D2B8B71BEDF68CEDD1>.

⁷¹ John ARMOUR, et al., «What Is Corporate Law?», *The Anatomy of Corporate Law*, 3rd edn, Oxford University Press, 2017, 23-24. [Accessed 27 December 2021]. Available at: <https://oxford.universitypressscholarship.com/10.1093/acprof:oso/9780198739630.001.0001/acprof-9780198739630-chapter-1>.

become rich and powerful through globalised business and do not wish to entertain the thought of fundamentally changing the system⁷².

Held up against the overarching aim of global sustainability, the constraining effect on the EU as legislator of path-dependent ideas concerning the necessity of prioritising maximisation for returns to investors (shareholder primacy) and continued economic growth, is clear. Environmental issues are regulated using disclosure, with the aim of greening finance and the economy more broadly. Illicit financial flows are not challenged, with business continuing to structure their enterprises in ways that undermine the economic and governance bases for well-functioning societies. People, especially people outside of the EU, do not matter enough to warrant real change. The EU's approach does not challenge the core business-as-usual approaches; it does not mandate the transformation from unsustainable, linear businesses, to more sustainable, circular ones⁷³.

And yet, the evolving regulatory ecology shows that the horizontal and vertical silos are beginning to crack, because of a changing balance in the tensions within and between social norms, markets, and law – stimulated, amongst other things, by the ever-clearer consequences of continued extreme unsustainabilities. In the internationally and nationally endorsed sets of social norms for corporate governance, often referred to as corporate governance codes, sustainable value creation is beginning to emerge as a competing value to that of shareholder primacy⁷⁴. In EU law regulating finance and business, international human rights and labour law is being directly integrated, often through references to the OECD Guidelines and the UN Guiding Principles⁷⁵. The international trend of sustainability-oriented lawsuits against states and business, banks, and boards, also show how horizontal and vertical silos are cracking through new

⁷² E.g. Jason HICKEL, *The Divide: A Brief Guide to Global Inequality and Its Solutions*, (n 9).

⁷³ See further Beate SJÅFJELL, «Revisiting Agency Theory: A Radical Rethinking of Allocation of Responsibility, Accountability and Liability» (n 63); see also Hanna AHLSTRÖM / David MONCIARDINI, «The Regulatory Dynamics of Sustainable Finance: Paradoxical Success and Limitations of EU Reforms» (n 63); AHLSTRÖM / Beate SJÅFJELL, «Complexity and Uncertainty in Sustainable Finance: An Analysis of the EU Taxonomy» (n 63); Eléonore MAITRE-EKERN, «Re-Thinking Producer Responsibility for a Sustainable Circular Economy from Extended Producer Responsibility to Pre-Market Producer Responsibility» *Journal of Cleaner Production*, 286 (2021) 125454. [Accessed 4 January 2021]. Available at: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0959652620355001>; David MONCIARDINI et al., «Circular Economy Regulation: An Emerging Research Agenda» in Allen ALEXANDER / Stefano Pascucci / Fiona CHARNLEY, eds, *Handbook of the Circular Economy: Transitions and Transformation*, De Gruyter, 2023. [Accessed 11 March 2023]. Available at: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110723373-016/html>.

⁷⁴ Beate SJÅFJELL / Georgina TSAGAS, «Integrating Sustainable Value Creation in Corporate Governance: Company Law, Corporate Governance Codes and the Constitution of the Company» in Beate / Georgina TSAGAS / Charlotte VILLIERS, eds, *Sustainable Value Creation in the European Union: Towards Pathways to a Sustainable Future through Crises*, Cambridge University Press, 2023. [Accessed 1 May 2022]. Available at: <https://papers.ssrn.com/abstract=4006106>.

⁷⁵ Briefly discussed in Beate SJÅFJELL, «Revisiting Agency Theory: A Radical Rethinking of Allocation of Responsibility, Accountability and Liability» (n 63).

interconnections and new kinds of regulatory creativity in the evolving regulatory ecology⁷⁶. Currently, this is all too weak and the emphasis on greening and maintaining business as usual is still clear – but the potential for further and deeper change has been embedded into law. Certainly, yesterday's legal analysis of the duties of a board or the boundaries of company's responsibility may have little value in tomorrow's courtroom.

4. Change is possible

Ensuring sustainability may as a normative matter be seen as law's objective and greatest challenge. In the context of EU law, it is the overarching objective and a legal duty. EU Treaty law, interpreted using EU law's own teleological and dynamic method, sets our requirements for the EU institutions and its Member States to work towards the overarching objectives, to promote policy coherence, and to integrate sustainability into all policies and activities.

Establishing sustainability law as a field can contribute to developing legal research and education of future lawyers and legal scholars in ways that may contribute to mitigating weaknesses of law as a discipline: Firstly, the problem with law's mechanistic world-view compared to the development of natural science, which gradually has encompassed a systems-based understanding of the ecology of our earth and its interaction with societal institutions⁷⁷. Secondly, law's tendency to be siloed (horizontally as well as vertically), rigid and static in a rapidly changing society, while reflecting values and interests of those with power⁷⁸. Thirdly, the limited inclusion of interdisciplinary approaches also in legal research and education⁷⁹.

What the future will be depends on all of us. None of us have the full answers – and yet those of us who are in positions to do so, can work together across and beyond academia, through new and more open ways of collaborating, of reassessing underpinning values, and rethinking

⁷⁶ E.g. Mark B TAYLOR, «Counter Corporate Litigation: Remedy, Regulation, and Repression in the Struggle for a Just Transition», *Sustainability*, 13 (2021) 10742. [Accessed 2 October 2021]. Available at: <https://www.mdpi.com/2071-1050/13/19/10742>; Peggy HOLLINGER, «Investors Raise Pressure over “Forever Chemicals” amid Growing Litigation», *Financial Times*, (14 November 2023). [Accessed 18 November 2023]. Available at: <https://www.ft.com/content/ee955487-3e7c-4c7b-9bcb-89001507cee0>; Yusra SUEDI / Marie FALL, «Climate Change Litigation before the African Human Rights System: Prospects and Pitfalls: Practice Note: GNHRE Climate Litigation in Global South Project» *Journal of Human Rights Practice*, 16/1 (2024) 146-159. [Accessed 19 July 2023]. Available at: <https://doi.org/10.1093/jhuman/huad024>; Christina VOIGT, «The Power of the Paris Agreement in International Climate Litigation», *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 32 (2023) 237-249. [Accessed 25 July 2023]. Available at: <https://doi.org/10.1111/reel.12514>.

⁷⁷ Fritjof Capra / Ugo Mattei, *The Ecology of Law: Towards a Legal System in Tune with Nature and Community* (n 13).

⁷⁸ Jason HICKEL, *The Divide: A Brief Guide to Global Inequality and Its Solutions* 1 (n 9); Malcolm FERDINAND, *Decolonial Ecology: Thinking from the Caribbean World*, Wiley (n 8).

⁷⁹ Sarah CORNELL et al., «Opening up Knowledge Systems for Better Responses to Global Environmental Change» *Environmental Science & Policy*, 28 (2013) 60-70. [Accessed 2 February 2019]. Available at: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1462901112002110>.

how we see the world⁸⁰, and our own contributions to the world. If we concentrate only on the negative news, the seemingly self-fulfilling prophecies of humanity being selfish and unable to change, informed by economic efficiency ways of thinking, we will remain on a very certain path towards a very uncertain future⁸¹. Conversely, if many enough believe in the possibility for a fundamental transformation towards sustainability and work for that, the chances increase for that transformation to happen⁸².

Sustainability law's contribution to sustainability entails challenging established conceptualisations in laws and policies. What are the boundaries of a business? What is the relationship between a business and society? What are the duties of a corporate decision-maker? How can we work within the current system for change, while acknowledging its limitations and the need for a fundamental transformation? How can we challenge the neo-colonialism of globalised business? What are our roles as scholars?

The calls for change are increasing, from school children, students, civil society, policymakers, business, investors, and academics. It is my hope that this thought piece can stimulate further discussion on law's contribution to a safe and just space for humanity and other species on this one beautiful planet we call home.

⁸⁰ Starting by reading, for example, Robin Wall KIMMERER, *Braiding Sweetgrass*, 1st edn., Milkweed Editions, 2013. [Accessed 3 July 2024]. Available at: <<http://books.google.com/books?vid=isbn9781571313355>>.

⁸¹ Rutger BREGMAN, *Humankind: A Hopeful History*, Bloomsbury Publishing, 2021. [Accessed 15 July 2024]. Available at: <https://www.bloomsbury.com/uk/humankind-9781408898956/>.

⁸² *Ibid.*

ANTES DA DIRETIVA E SOBRE A PROPOSTA DE DIRETIVA

ARTICLE 29 (1) CSDDD – A FAREWELL TO THE INDEPENDENT CONTRACTOR RULE*

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanoseAmbiente/03

Hannes Wais**

Abstract: This article analyzes the legal concepts of tort liability for third parties that can be found in different legal systems and contrasts these with the liability rules found in Art. 29 CSDDD.

Keywords: Duty of care; liability for third parties; supply chain.

I. Introduction

Pursuant to Articles 8 (1), 10 and 11 CSDDD, companies are required to take measures to identify and assess adverse environmental or human rights impacts arising from their own operations and, where related to their chains of activities, those of their business partners, to prevent potential adverse impacts and to bring actual adverse impacts to an end. If a company fails to comply with these obligations, it shall be liable under Article 29 (1) CSDDD for damages that are a result of that failure, except where the damage was caused exclusively by the business partner in the chain of its activity. Importantly, exclusive causation is not to be mistaken with direct causation: Where a damage was caused directly by the business partner and only indirectly by the company, it cannot be regarded as being exclusively caused by the business partner within the meaning of Article 29 (1) CSDDD. Furthermore, the fact that the business partner's conduct is an act of free self-determination is not sufficient to exclude the liability of the company based on accountability.

For example, assume a Portuguese company has contracted with an independent supplier over the delivery of pre-fabricated parts. Assume further that the supplier is relying on forced labor and that the Portuguese company knew about this practice and did not take any measures to prevent it. Under these conditions, the Portuguese company may be liable for damages of the workers caused by the supplier when carrying out work as per the contractual agreement with the company.

Liability of one person for damages that were causes by another person is not unusual. In many legal systems, the principal may be liable for damages caused by his agent. What is rather unusual is that liability extends also to third persons who are independent contractors, i.e. persons that decide on their conduct autonomously because they are not subject to the principal's

* The following paper is largely based on the the script of the short presentation given during the congress *Sustentabilidade empresarial, direitos humanos e ambiente*, held at the University of Coimbra on October 2023. CSDDD = *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*: Directive (EU) 2024/1760, 13.6.2024.

** Lecturer da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg (“Privatdozent”).

directions. In fact, in many legal systems the question of whether or not the third party is an independent contractor is the touchstone for the delimitation of third party liability (outside contractual relations). But there are exceptions to this general rule. In this brief article, the guiding principles for (extra-contractual) third party liability in England, the USA, Austria, Italy and Germany will be analyzed¹.

II. England

Under English law, two elements have to be shown before one person can be made vicariously liable for the torts committed by another. There must be a relationship between the two persons which makes it proper for the law to make the one pay for the fault of the other. Furthermore, there must be a connection between that relationship and the tortfeasor's wrongdoing².

The employer is liable for torts committed by the employee during the course of employment, without there being the need of a breach of a duty of care by the employer (so-called employer's vicarious liability)³. The liability also extends to relationships "akin to employment"⁴. But no such liability exists if the tort was committed by an independent contractor⁵. Whether or not the third party qualifies as an employee is determined on the basis of a tripartite test: First, the third party must be subject to the control of the principal (control test)⁶. Second, the principal must bear the (economic) risks associated with the third party's activity (entrepreneur test)⁷. Third, the third party must form an integral part of the undertaking (organization test)⁸.

There are two exceptions where the principal may be liable for a third party outside the scope of the employer's vicarious liability: First, the principal is liable if the damage caused by a third party is a breach of a non-delegable duty incumbent on the principal⁹. Where this is the case, the principal is considered to have breached that duty himself¹⁰. Duties are non-delegable in "extra-hazardous operations", as the principal must ensure that the independent contractor

¹ There is no particular reason as to why these legal systems were chosen other than language-related accessibility.

² *Various Claimants v. Barclays Bank Plc* [2020] UKSC 13 = [2020] 2 W.L.R. 960, 962.

³ *Lister v. Hesley Hall Ltd*, [2002] 1 A.C. 215, 223, n. 14; *Various Claimants v. Catholic Child Welfare Society*, [2012] UKSC 56 = [2012] 3 W.L.R. 1319, 1326, 1330, 1335, n. 19, 35,

⁴ *Various Claimants v. Catholic Child Welfare Society*, [2012] UKSC 56 = [2012] 3 W.L.R. 1319, 1326, 1330, 1335, Rn. 35.

⁵ *Woodland v. Swimming Teachers Association*, [2013] UKSC 13 = [2013] W.L.R. 1227, 1231, n. 3; *Cox v. Ministry of Justice*, [2016] UKSC 10 = [2016] 2 W.L.R. 806, 816, n. 29; *Various Claimants v. Barclays Bank Plc* [2020] UKSC 13 = [2020] 2 W.L.R. 960, 962, 970, n. 1, 27.

⁶ *Various Claimants v. Catholic Child Welfare Society*, [2012] UKSC 56 = [2012] 3 W.L.R. 1319, 1326, 1330, 1335, Rn. 35.

⁷ *Various Claimants v. Barclays Bank Plc* [2020] UKSC 13 = [2020] 2 W.L.R. 960, 962, 970, n. 13, 27.

⁸ John MURPHY, «Chapter 6 – Vicarious Liability», in Andrew TETTENBORN, *Clerk & Lindsell on Torts*, 23 ed., 2020, 6-12.

⁹ *Armes v. Nottinghamshire County Council*, [2017] UKSC 60 = [2017] 3 W.L.R. 1000, 1019 f., n. 75.

¹⁰ *Armes v. Nottinghamshire County Council*, [2017] UKSC 60 = [2017] 3 W.L.R. 1000, 1019 f., n. 75.

respects his duty of care¹¹. Second, liability of the principal may arise where he is under a duty to protect from harm (duty of protection) due to a special relationship to the victim¹². A duty of protection may stem from previous risk creation or the exercise of control over the contractor¹³.

In addition to these specific scenarios, it is generally assumed that the principal is also liable for damages if the principal breached his duty of care with regards to the selection and control the other person¹⁴.

III. USA

§ 7.03 (2) a) Restatement (Third) of Agency provides that a principal is subject to vicarious liability to a third party harmed by an agent's conduct when the agent is an employee who commits a tort while acting within the scope of employment. Pursuant to § 7.07 (2) Restatement (Third) of Agency an employee acts within the scope of employment when performing work assigned by the employer or engaging in a course of conduct subject to the employer's control, but an employee's act is not within the scope of employment when it occurs within an independent course of conduct not intended by the employee to serve any purpose of the employer. Vicarious liability of the principal is a form of respondeat superior¹⁵. No vicarious liability of the principal exists if the third party is an independent contractor, because the principal cannot control the independent contractor and neither does he dispose of the necessary information and resources to influence or direct his behavior¹⁶.

However, several exceptions exist with regards to liability in general: First, when a principal entrusts work to an independent contractor but retains control over any part of the work, the principal has a duty of reasonable care as to the exercise of the retained control¹⁷. If under these conditions the principal does not avoid a damage caused by the agent even though he would have been able to, he is liable¹⁸.

Second, when a principal conducts an activity through an agent, he is subject to liability for harm to a third party caused by the agent's conduct if the harm was caused by the principal's negligence in selecting, training, retaining, supervising, or otherwise controlling the agent¹⁹. Also in this case, the reason for the principal's liability is the principal's fault; it is no vicarious liability.

¹¹ Woodland v. Swimming Teachers Association, [2013] UKSC 13 = [2013] W.L.R. 1227, 1231, Rn. 6.

¹² Woodland v. Swimming Teachers Association, [2013] UKSC 13 = [2013] W.L.R. 1227, 1231, n. 7, 11.

¹³ Woodland v. Swimming Teachers Association, [2013] UKSC 13 = [2013] W.L.R. 1227, 1231, Rn. 6.

¹⁴ John MURPHY, «Chapter 6 – Vicarious Liability», 6-66; James GOUDKAMP / Donal NOLAN, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 2020, 21-041.

¹⁵ Dan B. DOBBS/Paul T. HAYDEN/Ellen M. BUBLICK, *Hornbook on Torts*, 2 ed., Rochester: West Academic Publishing, 2016, § 31.1, 753.

¹⁶ Wilson v. Good Humor Corp. (Fn. 104) 1301; Anderson v. Marathon Petroleum Co. (Fn. 103) 939.

¹⁷ In this sense § 56 b Restatement (Third) of Torts.

¹⁸ Gaytan v. Wal-Mart, 853 N.W.2d 181, 192 (Neb. 2014).

¹⁹ Dan B. DOBBS/Paul T. HAYDEN/Ellen M. BUBLICK, *Hornbook on Torts*, § 31.1, § 31.5, § 31.6, 754, 764, 770.

Third, the fact that the third party is an independent contractor does not exclude the principal's vicarious liability in the case of non-delegable duties²⁰. In these cases the fact that the principal to diligently selected and supervised the agent is not a defense. Non-delegable duties may stem from statutory law or from the inherent dangerousness of the activities that the contractor performs for the principal. It is often assumed that the question whether duties are non-delegable is a matter of policy²¹.

IV. Italy

Under Italian law, the principle is liable for a damage caused by the agent under the conditions set forth in Art. 2049 C.C. Pursuant to this provision, the principal is liable for the damages caused by the agent during the performance of the tasks assigned to them.

The principal's liability is based on the fact that the agent was included in the principal's undertaking and that the tasks entrusted to him by the principal made the damage possible²². While the existence of a subordinate employment relationship between the agent and the principal is not necessary, there must be a bond of dependence, supervision and surveillance, even if only temporary, and a connection between that assignment and the person who performs it in the interest of the principal²³.

No such liability exists for damages caused by an independent contractor²⁴. Due to the autonomy of the contractor who carries out his activity with his own organisation of means and management and at his own risk, the contractor cannot be considered as an auxiliary or mere executor of the principal's orders²⁵.

However, if the principal interferes with the management of the works, directly or through appointed technicians, to the extent that the contractor assumes the role of mere material executor, the principal may be liable also for damages caused by a (formally) independent contractor²⁶. Furthermore, the principal may be liable for the independent contractor if it was clear that the contractor would be unfit for the tasks assigned to him²⁷.

V. Austria

Pursuant to § 1315 ABGB, a principal who hires a habitually unapt agent or knowingly hires a dangerous agent, is liable for the damage the agent inflicts onto another. For an agent who is

²⁰ Restatement (Third) of the Law, Agency, Vol. II (2006) 196.

²¹ Dan B. DOBBS/Paul T. HAYDEN/Ellen M. BUBLICK, *Hornbook on Torts*, (Fn. 105) § 31.6, 766.

²² Corte di Cassazione, 25373/2018.

²³ Corte di Cassazione, 21685/2005.

²⁴ Corte di Cassazione, 11371/2006.

²⁵ Corte di Cassazione, 11371/2006.

²⁶ Corte di Cassazione, 8410/2014.

²⁷ Corte di Cassazione, 8410/2014; Corte di Cassazione, 4361/2005; Corte di Cassazione, 15408/2004.

habitually unapt, the principal is vicariously liable. Where the agent is dangerous, as indicated by the word “knowingly”, the principal’s liability is fault-based²⁸. The underlying rationale is that if the principal creates a risk by his doing, he cannot evade his liability through delegation as the advantages and disadvantages must go together²⁹. But the principal is only liable for mistakes of the agent that are associated with his habitual unaptness for the delegated task³⁰.

Uncertainty surrounds the question whether liability extends also to damages caused by independent contractors: According to the prevailing case law, liability under § 1315 ABGB does not require a relationship of dependence or instruction; the OGH either expressly denies this requirement³¹ or does not discuss the lack of a relationship of instruction as a problem that could prevent the application of § 1315 ABGB³². However, in a case regarding damages caused by protestors, the OGH held that the organisers of the protest were not liable under § 1315 ABGB for fault of the protest leader because the latter acted on his own responsibility³³. Since the OGH did not address the fact that this decision potentially conflicted with its previous case law, the implications of the decisions remain unclear.

Literature, in contrast, univocally denies a liability under § 1315 ABGB for independent contractors when they are not required to follow the principal’s instructions³⁴. This is based on the assumption that § 1315 ABGB applied only in situations in which damages originate from the principal’s sphere, which means that they can be controlled by him. Where the principal transfers a task to another independent contractor who is not required to follow instructions, the latter cannot be considered as being part of his sphere of influence, so that, accordingly, the principal has no control over the risk. Based on these considerations, independent contractors qualify as agents if they are bound by instructions or if there is a certain relationship of dependency. Liability for independent contractors who are not bound by instructions should only be assumed if the principal was at fault in choosing the contractor.

²⁸ Judith SCHACHERREITER, «§ 1315 ABGB», in: KLETEČKA/SCHAUER, *ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien: Manz, 2019, n. 4.

²⁹ Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, II, Wien: Jan Sramek Verlag KG, 2018, 918–919, n. 1, 3 f.; Judith SCHACHERREITER, «§ 1315 ABGB », n. 2.

³⁰ OGH 19.3.1952 – 1 Ob 119/52, OGH SZ 25/68; OGH 8.2.1968 – 2 Ob 164, 165/67, JBl 1968, 473, 474; OGH 30.1.2018 – 9 Ob, 69/17p; OGH 29.8.2022 – 6 Ob, 216/21i n. 43.

³¹ OGH 19.3.1952 – 1 Ob 119/52; OGH 30.3.1971 – 4 Ob 511/71.

³² 6 Ob 100/67 = EvBl 1968/24; 5 Ob 306/71 = ZVR 1972/174; 4 Ob 511/71 = JBl 1972, 205.

³³ 9 Ob 8/20x = EvBl 2021/96.

³⁴ Helmut KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, 923, n. 12; Helmut KOZIOL «Entscheidungsbesprechung (Bei Besorgungshilfen muß kein Abhängigkeitsverhältnis bestehen)», *JBl* 1978, 93; Rudolf REISCHAUER «§ 1315» in Peter RUMMEL, *ABGB Kommentar*, Wien: Manz, 2004, n. 1; Christian RABL/Andreas RIEDLER, *Schuldrecht Besonderer Teil*, Wien: Verlag Österreich, 2017, n. 13/40; Friedrich HARRER, «§ 1315» in Michael SCHWIMMANN/Georg E KODEK § 1315, Wien: LexisNexis Verlag Österreich, 2017, n. 6; Ernst KARNER «§ 1315» in Helmut KOZIOL/Peter BYDLINSKI/ Raimund BOLLENBERGER, *ABGB*, Wien: Verlag Österreich, 2020, n. 2; Johannes ANGYAN, *Juristische Personen als Besorgungshilfen*, *Jbl*, 5, 2016, 289-300, 291.

VI. Germany

Under German law, the principal may be held liable pursuant to § 831 para. 1, sentence 1, BGB for a tort committed by his agent during the performance of the service owed to the principal. Pursuant to § 831 para 1, sentence 2 BGB, no such liability exists if the principal can prove that he was not at fault selecting and supervising the agent. Liability under § 831 BGB requires that the agent is a *Verrichtungsgehilfe*: an (auxiliary) person who, with the knowledge and will of the principal, acts in the principal's sphere of interest and must follow his instructions³⁵.

According to the BGH, these requirements are met if the principal can at any time restrict or stop the activity of the other person or if he can determine the time and scope of that activity³⁶. Thus, whether or not that person qualifies as an agent within the meaning of § 831 para. 1 sentence 1 BGB depends largely on whether there is a lack of independence and autonomy.

Importantly, the BGH focuses on the integration of the agent into the principal's organization and the (actual) possibility of the principal to control the agent's activity of the vicarious agent³⁷. An agent who is an independent contractor does not fall within the scope of § 831 BGB, as the independent contractor is not required to follow the principal's directions³⁸.

Outside the scope of § 831 BGB the principal may be held liable for the damages caused by a third party only where the principal is under a specific duty of care (*Verkehrssicherungspflicht*), as that duty turns into a duty to select, instruct and supervise if the task associated with that duty of care is assigned to another person³⁹. Typically, a duty of care may originate from previous causation of a hazard or the capacity to control a hazard⁴⁰. In contrast, assigning a certain task to another person (that is not an agent within the meaning of § 831 para. 1 sentence 1 BGB) does not provide the grounds for a duty of care⁴¹.

Accordingly, where an independent contractor is commissioned to deliver certain goods or services, no duty of care is incumbent on the principal⁴², not least because any hazard that may

³⁵ BGH 10.3.2009 – VI ZR 39/08, *NJW* 2009, 1740, 1741, n. 11.

³⁶ BGH 30.6.1966 – VII ZR 23/65, *BGHZ* 45, 311, 313; BGH 6.11.2012 – VI ZR 174/11, *NZG* 2013, 279, Rn. 15.

³⁷ BGH 6.11.2012 – VI ZR 174/11, *NZG* 2013, 279, n. 15.

³⁸ BGH 13.12.2019 – V ZR 43/19, *NJW* 2020, 1798, 1799, n. 11; BGH 18.12.2015 – V ZR 55/15, *NJW-RR* 2016, 588, 589, n. 11.

³⁹ BGH 14.1.1982 – III ZR 58/80, *NJW*, 1982, 2187, 2187–2188; BGH 17.1.1989 – VI ZR 186/88, *NJW-RR* 1989, 394, 395.

⁴⁰ Mathias HABERSACK / Peter ZICKGRAF, «Sorgfaltspflichten und Haftung in der Lieferkette als Regelungsmodell», *RabelsZ*, 87/3 (2023), 532-607, 542; Mathias HABERSACK/Maximilian EHRL, «Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer – *de lege lata* und *de lege ferenda*», *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 219/2 (2019) 155-210, 200–201; Gerald SPINDLER, «Verantwortlichkeit und Haftung in Lieferantenketten», *ZHR* 186 (2022) 67-124, 96.

⁴¹ Mathias HABERSACK/Peter ZICKGRAF, «Sorgfaltspflichten und Haftung in der Lieferkette als Regelungsmodell», 544.

⁴² Mathias HABERSACK/Peter ZICKGRAF, «Sorgfaltspflichten und Haftung in der Lieferkette als Regelungsmodell», 544.

stem from the activity of the supplier is directly caused only by the supplier and is best controlled by him and not by the principal⁴³.

VII. Conclusion

Liability for damages caused by a third party is a concept that exists in all of the legal systems comprised in this short overview (and arguably exists in every other legal system, too). Differences relate to the requirements of such liability.

Liability of the principal for an agent who is subject to the principal's direction can be found in any of the four legal systems. Only under German law, the principal's liability always requires fault of the principal, whereas in the other four legal systems that liability is to some extent a strict/vicarious liability.

The legal systems also differ when it comes to independent contractors. In this regard, the German legal system is again the most lenient: the principal faces no liability for damages caused by the agent if that agent is an independent contractor. Pursuant to German doctrine, assigning an independent contractor does not provide sufficient grounds for a duty of care. Liability of an independent contractor will only exist if the principal was already under a duty of care prior to engaging the agent, and that duty of care will transform into a duty to thoroughly select and supervise the agent.

The Austrian legal system marks the other end of the spectrum, as, pursuant to § 1315 ABGB, a principal is liable for an agent even if he is an independent contractor.

Between these two extrema, we find the Italian legal system. Under Italian law, there are cases where the principal is not liable for an independent contractor. Nevertheless, there is no absolute rule, as the principal is considered to always be liable if the choice of the contractor was inadequate. Hence, unlike under German law, there is always a duty of care with regard to the selection of the agent. Furthermore, the principal is liable if the contractor, while formally being independent, is in fact merely executing the principal's orders (one could argue that, for lack of actual independence, this is not actually a case of liability for independent contractors).

Also the common law systems of England and the USA are positioned between the very lenient German approach and the rather strict Austrian approach with regard to independent contractors. In the common law systems, there generally is no liability for independent contractors, but again exceptions exist.

Article 29 (1) CSDDD is not conceptualized as a vicarious liability, as it requires a breach of a duty of care that results from the fact that the company has contracted with a supplier. That extension of liability may seem incompatible with German tort law, but not so much with Austrian and Italian law, where the engagement of an agent already entails a duty relating to the diligent selection of that agent. What may be deducted from these findings is that while the duties

⁴³ Mathias HABERSACK/Peter ZICKGRAF, «Sorgfaltspflichten und Haftung in der Lieferkette als Regelungsmodell», 544.

implemented by Article 10 and 11 CSDDD are far-reaching, the fact that there is a liability with regard to third parties damaged by the supplier is not as alien a concept as it may seem on first sight. It will be interesting to see how this concept plays out in the future.

CIVIL LIABILITY FOR HARM CAUSED BY BUSINESS PARTNERS IN THE PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanosAmbiente/04

Maria Inês de Oliveira Martins*

Resumo: O texto analisa como as várias versões preliminares da diretiva tratam a responsabilidade das empresas por dano causado pelos seus parceiros empresariais. Em particular, discute a proposta da Comissão Europeia, que se baseia no conceito vago de “relação empresarial estabelecida” e cria uma exclusão de responsabilidade para parceiros empresariais indiretos, em termos não inteiramente claros. No tocante à primeira leitura do Parlamento Europeu, e à “general approach” do Conselho da União Europeia, o texto considera como as instituições adotaram a tricotomia proposta pelas Nações Unidas e pela OCDE, relativa ao nível de envolvimento da empresa no impacto adverso. Finalmente, explica porque esta categorização, concebida para identificar as ações apropriadas em diferentes situações, é desadequada para identificar os casos em que uma empresa causou o dano, já que não determina quando uma empresa tem o dever de prevenir ou controlar esse dano.

Palavras-chave: responsabilidade civil; parceiros comerciais; responsabilidade por facto de terceiro; responsabilidade pela prevenção de dano.

Abstract: The text examines how various draft versions of the directive address the issue of company liability for harm caused by their business partners. In particular, it discusses the European Commission's proposal, which relies on the vague concept of “established business relationships” and introduces a safe harbour for indirect business relationships, albeit in terms that remain somewhat unclear. Regarding the European Parliament's first reading and the Council of the European Union's general approach, the text explores how both institutions adopt the trichotomy proposed by the United Nations and OECD, which is based on the “level of a company's involvement in an adverse impact.” It further explains why this framework—designed to identify appropriate actions for different situations—is ill-suited to determine cases where a company has caused harm. Specifically, it fails to identify when a company has a duty to prevent or address such harm.

Keywords: civil liability; business partners; liability for third parties; liability for failing to prevent harm.

I. SOME CONTEXT

1. Civil liability in the legislative process leading up to the adoption of a Directive on corporate sustainability due diligence: a constant presence with varying features

In the history of the legislative process leading up to a Directive on corporate sustainability due diligence, the most important moments have so far been the European Commission Proposal

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro e Investigadora do Instituto Jurídico da FDUC.

for a Directive of 22 March 2022, the General Approach presented by the Council of the European Union on the 30 November 2022 – by which the Council presented its negotiating position and signaled what may be its compromise with the EP – and the First reading of the European Parliament of 1 June 2023, by which it formally presents its starting position in regard of the Proposal¹. This process had its “pre-history”, punctuated by the European Parliament. The European Parliament Resolution of 10 March 2021, which had been preceded by the Committee on Legal Affairs Draft Report of 11 September 2020, provided a first approach to an European Act on the matter, and meant to prompt the European Commission to use its legislative initiative². This initial moment remains interesting, since, as could be expected, there are continuities in the position endorsed by the European Parliament in different moments.

The enforcement of the due diligence duties through civil liability has been a constant in all these instruments. This approach is anything, but a given.

Other legislations – such as the Modern Slavery Act (2015) of the UK, the Dutch child labour due diligence act, the German law on corporate due diligence in supply chains, the Norwegian transparency act – have not embraced private enforcement solutions³. Civil liability for harm brought by subsidiaries or members of the value chain is thus contingent upon the general rules available – with varying prospects⁴.

¹ See respectively PROPOSAL FOR A DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE AND AMENDING DIRECTIVE (EU) 2019/1937 (COM(2022) 71 final), of 23 February 2022, henceforth “*EC Proposal*”; PROPOSAL FOR A DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE AND AMENDING DIRECTIVE (EU) 2019/1937 – General Approach (interinstitutional file: 2022/0051(COD)), of 30 November 2022, henceforth “*General approach*”; AMENDMENTS ADOPTED BY THE EUROPEAN PARLIAMENT ON 1 JUNE 2023 ON THE PROPOSAL FOR A DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE AND AMENDING DIRECTIVE (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)), P9_TA(2023)0209, henceforth “*First reading*”.

² See respectively EUROPEAN PARLIAMENT RESOLUTION OF 10 MARCH 2021 WITH RECOMMENDATIONS TO THE COMMISSION ON CORPORATE DUE DILIGENCE AND CORPORATE ACCOUNTABILITY (2020/2129(INL)), P9_TA(2021)0073, henceforth “*EP Resolution*”, and the EUROPEAN PARLIAMENT COMMITTEE ON LEGAL AFFAIRS DRAFT REPORT WITH RECOMMENDATIONS TO THE COMMISSION ON CORPORATE DUE DILIGENCE AND CORPORATE ACCOUNTABILITY (2020/2129(INL)), of 11 September 2020, henceforth “*Draft Report*”.

³ See respectively Liesbeth ENNEKING, «Putting the Dutch child labour due diligence act into perspective, An assessment of the CLDD act's legal and policy relevance in the netherlands and beyond», *Erasmus Law Review*, 4 (2019) 20-36, 23; *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* of 16 July 2021, where civil liability is absent; for an English translation provided by the Norwegian Government, [Accessed 1 december 2023], see <https://www.regjeringen.no/contentassets/c33c3faf340441faa7388331a7359d9/transparency-act-english-translation.pdf>. See sections 9 to 14, which refer only to public enforcement measures. For a critical assessment of all of these acts, Harm-Jan de KLUIVER, «Towards a framework for effective regulatory supervision of sustainability governance in accordance with the eu csdd directive. A comparative study», *ECFR*, 20/1 (2023) 203-239, 223 ff.

⁴ According to Dutch scholarship, general tort law would suffice to establish liability of companies for harm caused by subsidiaries or other companies in their value chain, based on breach of the duty to act in accordance to *what under unwritten law has to be regarded as proper societal conduct* (Article 6:162 of the Dutch Civil Code), which is deemed to encompass eg., the Guidelines of the UN and OECD (Liesbeth ENNEKING, «Putting the Dutch child labour due diligence act into perspective, An assessment of the CLDD act's legal and

The path of civil liability has been trodden notably by the French Duty of vigilance law⁵, but to no known effect, so far. As far as we are aware, the Judicial Court of Paris, which has exclusive competence in the matter⁶, has not yet decided any civil liability case under the new provisions, and has furthermore on procedural grounds “kept closed the doors” to private enforcement by injunction⁷. In *obiter dicta*, the court has even repeatedly stressed the overly vague and undetermined nature of the companies’ duties – which does not auspice a bright future for the enforcement of the civil liability attached to their infringement⁸. The latest version of the Dutch proposal for a Responsible and Sustainable International Business Conduct Act does rely on civil liability for the enforcement of its provisions (see Section 3.2.6)⁹. The proposal is currently under appreciation at the Dutch House of Representatives. For the time being, there

policy relevance in the netherlands and beyond», 26-28). We could not yet trace any decisions enforcing such a duty of care under Dutch law. But it should be highlighted that the court does seem comfortable in upholding such liability under UK common law, applicable as persuasive authority to establish Nigerian law. See Hague Court of Appeal, 21 January 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (Fidelis Ayoro Ugura et al. v. Royal Dutch Shell plc and Shell), [Accessed 1 december 2023], available in English at <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:GHDHA:2021:1825>, where the court considered the parent company to be under a duty of care towards third parties and ordered it, even if not to compensate the victims, to put in place measures to prevent further harm (especially no. 7) – see Liesbeth ENNEKING, «Putting the Dutch child labour due diligence act into perspective, An assessment of the CLDD act’s legal and policy relevance in the netherlands and beyond», 28. For German law, see eg. Holger FLEISCHER, «Civilrechtliche Haftung im Halbschatten des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes», *DB*, 75/15 (2022) 920-929, 921 ff., and Gerhard WAGNER, «BGB § 823 Schadensersatzpflicht», in Mathias Habersack (coord), *Münchener Kommentar zum BGB*, 9 ed, München: C. H. Beck, 2024, [Accessed 12 feb. 2024]. Available at https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoBGB_9_Band7%2FBGB%2Fcont%2FMuekoBGB%2EBGB%2Ep823%2Ehtm, nos. 127 ff, stating the tight limits within which a claim for breach of traffic duties may arise.

⁵ *Loi no. 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre*, of 27 March 2017.

⁶ The exclusive competence of the Judicial Court of Paris was instated by Law n°2021-1729 of 22 December 2021, solving a negative conflict of competence that had been undermining the effectivity of the Law on the duty of vigilance.

⁷ Namely, on the grounds of absence of a solemn warning of company responsible that legal action would be taken. The metaphor is used in Jean-Baptiste BARBIÈRE /Antoine TOUZAIN, «Devoir de vigilance, la porte se referme», *TJ Paris*, 6 juill. 2023, Total Energies, n.º 22/03403, *Dalloz actualité* (2023). [Accessed 08 Sep. 2023]. Available at <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/devoir-de-vigilance-porte-se-referme>, who are very critical of the approach. See also Harm-Jan de KLUIVER, «Towards a framework for effective regulatory supervision of sustainability governance in accordance with the eu csdd directive. A comparative study», 226-229.

⁸ See the judgements of the Judicial Court of Paris of 28 February de 2023, RG 22/53942 (at 17-18), of 28 February de 2023, RG 22/53943 (at 18-19), both available at <https://www.dalloz-actualite.fr>. [Accessed 1 december 2023].

⁹ For an unofficial English version, see <https://www.mvoplatform.nl/en/english-translation-of-the-bill-for-responsible-and-sustainable-international-business-conduct/>. [Accessed 1 december 2023]. The draft provision has been recently amended in regard of the distribution of the burden of proof.

is however, much uncertainty as to its approval, in view both of the expectation that an act is approved at the EU level, and of the recent election results¹⁰.

At the European level, although civil liability was held firmly as a policy option, its regime did not remain unscathed throughout the legislative process. The central provision on civil liability of the Resolution of the EP (Article 19) has no visible resemblance with the central provision of the EC proposal or with the instruments that ensued it (Article 22 in all cases). When one considers the *evolution of the regime on civil liability after the EC proposal*, there are also *aspects of visible contrast* – it suffices to consider Article 22(2a) and (2b) of the EP First reading, which are absent from the other drafts, to confirm it. The present text *focuses on one of those points of contrast – namely, the approach to liability of the companies for harm caused by their direct and indirect business partners*.

2. The difficulty of setting out liability for harm caused by direct and indirect business partners

Setting out liability for *harm caused by direct and indirect business partners* is a particularly thorny matter. An entity is in principle *only liable for her own conduct and her own goods* and should be able to *trust* that the *other participants in human interaction will abide to the rules applicable to their conduct and their goods*. There is *not a general duty to prevent harm caused by third parties with whom one comes into contact*. In the context of complex and hyperspecialized societies, the number of contacts is vast; such a duty to prevent harm would thus be a constant encumbrance in human activity, and possibly come at the cost of social paralysis.¹¹

Now, setting out liability for *harm caused by direct and indirect business partners* significantly constrains these general principles.

The universe of conducts by which the company may *fail*, either by action or omission, to *prevent harm caused by other individuals* is potentially *very large*. When such *individuals comprise* not only the company's subsidiaries – over whom it exercises dominant influence or control¹² – and direct business partners – with whom it concluded contracts –, but *also the partners of its business partners*, such liability will additionally tend to expand.

¹⁰ See Casper NAGTEGAAL / Davine ROESSINGH / Sven DUMOULIN, «Dutch bill on responsible and sustainable international business conduct – recent developments» in <https://www.debrauw.com/articles/dutch-bill-on-responsible-and-sustainable-international-business-conduct-recent-developments> [Accessed 1 December 2023].

¹¹ Gerhard WAGNER, «Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette», *ZIP*, (2021) 1095-1105, 1096 and 1099, referring to a principle of the legal subject («*Rechtsträgerprinzip*») and a principle of trust («*Vertrauensprinzip*»). See also Carsten KÖNIG, «Die geplante EU-Richtlinie über Nachhaltigkeitspflichten von Unternehmen, Zivilrechtliche Haftung und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen», *NZG*, 25 (2022), 1186-1192, 1187 ff.

¹² Article 3(d) of the EC proposal, kept in the subsequent drafts, referring to Article 2(1)(f), of Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004.

The different draft versions thus try to square the purpose of reasonably circumscribing the company's liability with that of giving effectivity to a due diligence duty that should refer to the whole value chain. Each of the drafts pursues different paths and faces different problems.

II. DIFFERENT PATHS, DIFFERENT PROBLEMS

1. A preliminary point: the trichotomy of causation, contribution, and direct linkage

A point that stands out when one compares the position of the three European Institutions in regard of civil liability is that, unlike the EC, the Council and the EP turn to the *terminology* of the United Nations and OECD that refers to the "*level of involvement of the company in an adverse impact*" (see Recitals 33, 34, 38 and 56 of the General approach; Recitals 28-c, 41-a and 56, and Articles 3(q-b), 3(q-c), 3(q-d) and 22(1-b) of the EP First reading). That is, they refer to the trichotomy enshrined in the UN Guiding principles on business and human rights, Principles 13 and 19(b) and in the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Chapter II (General Policies), A11-A12, Chapter IV (Human Rights), 2-3, which separates between *causation*, *contribution*, and *direct linkage*.¹³ There is causation where the enterprise's activities on their own are sufficient to result in the adverse impact. There is *contribution*, where the adverse impact results from the combination between the activity of the enterprise and that of other entity. And there is *direct linkage*, where the company does not contribute to the impact, but is directly or indirectly linked with the entity that causes it.

As with any other construction of legal categories, it is fundamental to understand the purpose of the distinction¹⁴. Now, in spite of the terminology, these three cases are not defined from the point of view of causation/ attribution, but rather from the optics of the *kind of action that is adequate for different situations*. This is directly stated in the Guidance issued by the OECD in 2018, where it clarifies that "[t]he relationship of an enterprise to an adverse impact (i.e. whether it is caused or contributed to by the enterprise or whether it is directly linked by a business relationship) is an important consideration *as it determines how an enterprise should respond to an impact* and whether there is also a responsibility to provide or cooperate in remediation"¹⁵.

The appropriate responses thus differ according to the degree of involvement of the company. Namely, if a company has contributed to an adverse event, it should cease or prevent its contribution and *use its leverage to mitigate any remaining impact*; if it has a mere direct link to

¹³ For commentary, see UNITED NATIONS, *Guiding principles on business and human rights*, 2011. [Accessed 22 Feb. 2022]. Available at https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf, 15-16 and 21-22, and OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, 2011, [Accessed 22 Feb. 2022]. Available at <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>, 23 (no. 14), 33 (no. 42-43).

¹⁴ ROLF WANK, *Juristische Methodenlehre*, Franz Vahlen, München, 2020, at 240.

¹⁵ OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, OECD Publishing, 2018. [Accessed 22 Feb. 2022]. Available at <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>, 72 (Q30); see also 70 (text before Q29).

it, it should *for instance exercise any leverage it has to prevent/ mitigate the event and acquire leverage when lacking it*¹⁶. It becomes from the onset visible that the measures deemed adequate in these two cases may materially converge.

Enterprises have the “responsibility” of adopting such adequate measures, but such responsibility does not amount to civil liability.¹⁷ The measures recommended are thus *not defined with the purpose of outlining a standard of unlawfulness*, but rather seen as striking a fair balance between the protection of human rights and the pursuit of business interests.

The EP and the CEU have however used that conceptual framework to decide where, and to what extent, there should be an attribution of civil liability for adverse events caused by business relationships. As we shall see, they place the distinction in the context of very different approaches to liability of companies for harm caused by business partners – which sheds light on the value of such a distinction in the context of civil liability.

With this first clarification in mind, we can now compare the approach of the three drafts to the issue of liability for harm caused by business partners.

We shall start from the EC Proposal and then compare the two later approaches.

2. The EC Proposal

a) Presentation of the norm

Under Article 22 of the EC Proposal, civil liability relies on four cumulative requirements. The company should have (i) failed to comply with the obligations laid out in Articles 7 or 8 (Article 22(1-a)). Such failure should (ii) cause an (iii) adverse impact upon the environment or human rights, which on its turn should (iv) cause damage (Article 22(1-b)).

This system is complemented by an exception clause, which refers only to *indirect business relationships* (Article 22(2)).

b) The standard of unlawfulness in liability in regard of indirect business partners

As highlighted above, an entity is generally not liable for the conduct of another. It can, however, when the law so provides, be made to bear the results of other person's activity, as is the case in strict liability in regard of the conduct of other entities. As it can be made directly liable *if and to the extent that the law requires it to undertake certain conducts aimed at preventing harm caused by another*.

¹⁶ UNITED NATIONS, *Guiding principles on business and human rights*, 21-22, Commentary to Principle 19; *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, 72 (Q30).

¹⁷ UNITED NATIONS, *Guiding principles on business and human rights*, 14, Commentary to Principle 12: “[t]he responsibility of business enterprises to respect human rights is distinct from issues of legal liability and enforcement, which remain defined largely by national law provisions in relevant jurisdictions”.

It is clear that Article 22 sets out liability for the breach of certain duties – those provided for in Articles 7 and 8 –, and not a case of strict liability. It is therefore first of all of interest to understand, at least perfunctorily, which are the duties faced by companies in regard of business relationships.

Articles 7 and 8 set out the duty to take appropriate measures in view, respectively, of preventing and mitigating potential adverse impacts (Article 7) and of bringing such impacts to an end or minimising their extent (Article 8). As is conveyed by the notion of *appropriate measures*, which are only those “reasonably available to the company” (Article 3(q)), the provisions set out *mere obligations of means*; companies are *not bound to guarantee* that adverse impacts do not occur or that they cease (Recital 15).

Articles 7 and 8 provide a catalogue of measures – very similar in both norms –, that should be followed according to a certain hierarchy. As a first step, companies should take the measures laid out in Articles 7(2) and 8(3), while setting up mechanisms to verify compliance, under Articles 7(4) and 8(5). Those measures comprise drawing and implementing a prevention or correction action plan; seeking contractual assurances from direct partners with whom they have an established business relationship, that they will comply with the company’s codes and measures and require similar compliance from their partners; making investments (eg., in infrastructure or production processes); or providing support to an SME that is an established business partner. Neutralising or minimising impacts under Article 8 may also imply paying compensation to the victims (Article 8(3-a)). In what seems to be a last resort in this first set of measures (“where no other action is suitable or effective”), companies should also consider collaborating with other entities to increase their ability to prevent or bring to an end adverse impacts – notably, by acquiring more leverage upon shared business partners (Article 7(2-e) and Article 8(3-f)).

As a second step, companies can consider entering into a contract with an indirect business relationship, so as to assure compliance with the company’s code of conduct or a preventive or corrective action plan (Articles 7(3) and 8(4)).

As a final option, companies may be required to refrain from entering into new or extending existing relations with the partner in connection with or in the value chain of which the impact has arisen, or even, under certain prerequisites, suspend or terminate the business relationships in regard of the activities concerned.

All of these measures *can potentially be applied in regard of adverse impacts caused by business partners, be them direct or indirect*. In fact, even when some measures do not require any kind of direct contact between the company and an indirect business partner, they can unquestionably have the purpose of addressing adverse impacts caused by indirect partners. Eg., the company can collaborate with other entities, that have concluded contracts with the company’s indirect partners, to exert pressure upon the latter. As it can patently suspend or terminate relationships with direct partners in view of *impacts arising in their value chain*, even when not connected to the direct partners themselves.

In order to fully assess this standard of unlawfulness, one should finally consider whether Articles 7 and 8 set out an exhaustive catalogue of measures. For practical purposes, will the

company on the safe side once it abides to the measures set out in Articles 7(2) and seq and 8(3) and seq?

While illustrating the concept of appropriate measures in Recital 29, the proposal does put forth a variety of measures. Not all of them are mentioned in Articles 7 or 8, that for instance do not mention the *exercise of market power*, the *resort to pre-qualification requirements*, or the *linking of business incentives to human rights and environmental performance, as such, as a means of persuasion of business relationships*.

On the other hand, Recitals 33 to 36, and 38 to 40, which specifically contextualise Articles 7 and 8, appear to clearly state that Articles 7(2) and seq and 8(3) and seq *provide a full catalogue of the measures that the company is bound to adopt, when appropriate*. In fact, the Recitals, underscore that “in the name of legal clarity and certainty, the Directive should define which actions companies should be required to take” (Recitals 33 and 38), that the Directive should “reflect the full range of options for the company” in terms of the measures to adopt (Recitals 35 and 40), and present the measures to be taken as the “following actions” that are put forth (Recitals 34 and 39).

The apparent contradiction may be overcome if one considers that in spite of being limited in number, the *measures set out are open-ended*. There is notably considerable openness in regard of the *definition of a preventive or corrective action plan*, which may for instance comprise the mentioned *exercise of market power, resort to pre-qualification requirements, or linking of business incentives to human rights and environmental performance*.

c) The safe harbours offered to companies in regard of liability for indirect business relationships

If on the one hand the Proposal burdens the companies with liability for the conduct of third parties, on the other hand it alleviates their position by setting out limits to such liability.

First, under Article 1, in line with Recital 20, there is only liability, as there are only due diligence obligations in general, in regard of *established business relationships*. Under Article 3(f), this means a business relationship, whether direct or indirect, which is or is expected to be lasting, in view of its intensity or duration and which does not represent a negligible or merely ancillary part of the value chain.

Second, there is a specific defense for indirect business relationships, set out in Article 22(2). As long as the company has *sought contractual assurances from its direct partners* (7(2-b)+ 8(3-c)) and *adopted measures to verify compliance* (7(4) and 8(5)), it will not be held responsible for *adverse impacts caused by its indirect business partners*.

Such a defence is *prima facie* a valuable protection to the company: as said above, in general all the measures set out in Article 7(2) and seq and Article 8(3) and seq could prove appropriate in view of adverse impacts caused by indirect partners. The company that did not comply with any of those other measures will nonetheless not be liable. Now, the measures that grant the safe harbour may translate into rather formalistic actions – inserting certain clauses into contracts

entered into, and putting in place verification mechanisms –, taken at the beginning of a direct business relationship. This provision might thus be critically seen as allowing for a mere box-ticking exercise to ensure compliance.

However, the same Article 22(2) introduces are two important limitations to this defense. First, under the final part of first paragraph, the company will nonetheless be held responsible when it was unreasonable to expect that those measures would be adequate to prevent, mitigate or terminate the impact. A merely formal compliance will thus not attain exemption from liability¹⁸. Second, under the second paragraph of Article 22(2), compliance with some of those measures that were at first left out (investment, providing of support, collaboration with other entities), as well as with any remedial action required by a supervisory authority, serves as a criterion not only for establishing the extent of liability, but also its very existence.

d) Assessment of the EC Proposal in regard of liability for indirect business relationships

The choice of the concept of “established business relationship” as one of the key *garde-feux* to liability can be criticised on two grounds.

On the one hand, this concept *brings considerable uncertainty*, since it relies on several other undetermined concepts – notably, those of “business relationship [...] which is expected to be lasting” or of “negligible or merely ancillary part of the value chain”¹⁹. In view of the novelty of the concept, there would not be guidance *a priori* as to how to make its borders sufficiently clear. The ECJ’s case law would in time mitigate that problem; this would however be a gradual and possibly long process. A more expedite solution could come from issuing of Guidelines by the Commission, under Article 13 of the Proposal. In view of the openness of the concepts, this would give the Commission very considerable leeway.

Moreover, as the proposal does not set out any anti-fraud provision, the concept has the *potential to create perverse incentives*, leading to an increased reliance on more temporary arrangements to avoid “established business relationships”²⁰.

As to the second safeguard, one should start by saluting the provision of a specific defense in regard of indirect business relationships, in view of its potential to over expand liability. In light of the proposal, this risk would be further enhanced by the extent of the duties placed upon the

¹⁸ Carsten KÖNIG, «Die geplante EU-Richtlinie über Nachhaltigkeitspflichten von Unternehmen, Zivilrechtliche Haftung und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen», 1190, sees this as a powerful limitation to the “safe harbour” provided.

¹⁹ See Paul DAVIES, *Ending human rights abuses in which companies and states are complicit*, ECGI blog, 2023. [Accessed 10 Oct. 2023]. Available at <https://www.ecgi.global/blog/ending-human-rights-abuses-which-companies-and-states-are-complicit>.

²⁰ As pointed out by The High Commissioner for Human Rights, underlining that the issue might even occur in high risk activities (*OHCHR feedback on the proposal for a directive of the european parliament and of the council on corporate sustainability due diligence, 23 May 2022*, 2022. [Accessed 01 january 2023]. Available at https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/eu-csddd-feedback-ohchr_0.pdf, 3-4).

companies in this regard, which are not limited to the exercise of leverage, where it exists. As seen, the company may be required to acquire leverage over an indirect partner, by offering support or entering into agreements with other companies.

However, the second part of the defence clause – ie., the second paragraph of Article 22(2) – renders its actual meaning very unclear. Under its wording, the *assessment of whether liability should even be upheld* – the “existence of liability” – requires due consideration of the company’s efforts to comply with three of the measures set out in Articles 7 and 8. Specifically, those of making investments, providing targeted support or collaborating with other entities to address the impact. Now, taken at its face value, the second part of the defence clause would devoid the first part of any utility for the company. Its protection lies in the fact of it being sufficient to comply with *one of the measures* – requiring contractual safeguards from a direct partner, and verifying their compliance –, as long as it is *ex ante* not unreasonable to trust in its efficacy. Now, under the second paragraph of the same Article 22(2), it would seem that the company could be made liable if it did not place enough efforts in implementing further measures. Compliance with the measure selected by the defence clause, even when it would *ex ante* seem reasonably effective, would in the end not safeguard the company.

It is not obvious to find a meaning that would conform to the wording of the provision, while being coherent with the first part of the norm. Tentatively, one could say that the second paragraph lays out a further ground of exclusion or mitigation of the company’s liability. It would operate in the cases where the first part of the norm could not be applied, because the company had not required contractual safeguards or verified compliance with them, or because it would be *ex ante* unreasonable to expect that the measures would be effective. Even in those cases the company could still be held not liable in view of its efforts to abide to further measures, as well as to comply with any remedial action required by a supervisory authority²¹.

3. The General Approach of the Council of the European Union

a) The key role of the notion of causation, and its features

We can now appreciate how the General approach of the Council of the European Union drew away from the EC Proposal in some aspects that critically affect liability in regard of indirect business partners.

A first point that stands out is the centrality of the concept of causation in the General approach. While the EC described the different ways in which the company’s conduct could result in an adverse impact – by failure to identify, prevent, mitigate, bring to an end or minimise its extent –, the General approach refers simply to the causation of damage (see Article 22(1-b))

²¹ Carsten KÖNIG, «Die geplante EU-Richtlinie über Nachhaltigkeitspflichten von Unternehmen, Zivilrechtliche Haftung und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen», 1190, seems to hold a similar view, in that he considers the provision reveals a purpose of incentivising compliance with the duties of care, exonerating compliant companies from liability, even at the expense of compensation.

in both versions). However, this is not merely about simplifying the wording; “causation” has a specific meaning that is thoroughly explained in the Recitals.

Indeed, as mentioned above, the General approach resorts to the UN/ OECD trichotomy on the “level of involvement of the company in an adverse impact”, distinguishing between causation, contribution and mere direct linkage to the entity that caused the damage. Although this trichotomy is not explicitly used in the provisions’ text, it makes itself present in the choices made in terms of civil liability. As is displayed in Recitals 33, 34 (almost identical, with slight wording differences)²² and 56²³, the General approach employs a *specific notion of causation*. It deems the concept applicable only in cases *where the company itself* – which is termed “to cause” under the UN/OECD framework –, or jointly with its subsidiaries or business partners – which is termed “to contribute” under the UN/OECD framework –, causes the adverse impact. The company is considered merely *directly linked to the adverse impact* when the damage is solely caused by its business partners in the chain of activities. When the company *fails to use its influence* to prevent or mitigate or terminate the adverse impact *caused by its business partners*, or to *increase its influence to do so*, it is deemed *not to cause the adverse impact*.

At the same time, the General approach also makes clear that, apart from exemption of liability where the company is (merely) directly linked to an adverse impact, causation is not regulated by the Directive (Recital 56). It should thus be construed according to national laws.

b) Safeguards for the companies

The General approach abandons the two safeguards that were put forth by the EC Proposal. First, it discards the concept of established business relationships and instead refers simply to business partners, whether direct or indirect, and who do not need to act “for or on behalf of the company”, or business relationships (Articles 1(1-a) and b), 3(e) and (ea)). Additionally, it omits the defence clause for indirect business partners – there is no equivalent to Article 22(2) as drafted by the EC.

²² Under Rec 33 and 44 (with slight differences in italics): “Companies should be obliged to prevent or mitigate/*bring to an end or minimise the extent* of the adverse impacts that they cause by themselves (so called ‘causing’ the adverse impact as referred to in the international framework) or jointly with their subsidiaries or business partners (so called ‘contributing’ to the adverse impact as referred to in the international framework). Jointly causing the adverse impact [...] should cover all cases of the company’s acts or omissions causing the adverse impact in combination with the acts or omissions of subsidiaries or business partners. When companies are not causing the adverse impacts occurring in their chain of activities themselves or jointly with other legal entities, but the adverse impact is caused by their business partner in the companies’ chains of activities (so called ‘being directly linked to’ the adverse impact as referred to in the international framework), they should be obliged to use their influence to prevent or mitigate/ *to bring to an end or minimise the extent of the* the adverse impact caused by their business partners or to increase their influence to do so”.

²³ Under Rec 56, “[...] Causality is not regulated by this Directive, with the exception that the companies should not be held liable if the damage is caused only by the business partners in the companies’ chains of activities (so called ‘being directly linked to’)”.

Instead, it establishes what appears to be a much stronger safeguard, by simply stating in Article 22(1), second paragraph, *that the company cannot be held liable if the damage was caused only by its business partners in their chain of activities.*

c) Critical assessment of the exclusion of liability for damage caused only by business partners in their chain of activities

aa) The unreasonableness of the apparent purpose of Article 22(1), second paragraph

Yet, when can one say that the damage was caused only by the business partners of a company? The choice made by the General approach immediately raises the question of whether the concept of causation is suitable to distinguish between the cases where *business partners are involved and yet the company should be liable* versus cases where *business partners are involved and the company should not be liable*.

Indeed, the concept appears to be unsuitable for this purpose.

As mentioned above, in principle each person is only liable for her own conduct, and not that of third parties. However, under adequate justification, the law may impose a duty on a subject to answer for the conduct of third parties. The primary consideration when the risk is primarily created by a business partner is whether the company *has any duty to prevent or bring that damage under control*.

The question of causation does not have specificity in this context. If the company is *required to take certain actions* – such as exercising or acquiring leverage to prevent or control a certain harm – and fails to do so, resulting in an impact that would not have occurred or would have been lesser in extent, then the company causes the impact²⁴.

The fact that the trichotomy of causation/ contribution/ mere direct linkage does not correspond to differences in reasoning on causation should not be surprising. As previously mentioned, it was not developed to guide the reasoning on causation or even unlawfulness for the purpose of civil liability. Instead, it was created to categorise the types of measures that would be reasonable to expect from a company in various contexts, without implying civil liability.

bb) The most reasonable meaning of Article 22(1), second paragraph and its dilemmas

As evidenced by the foregoing, the second paragraph of Article 22(1) is not clearly reconcilable with its first paragraph. It is not evident what damage caused “only” by business partners signifies within a framework that requires the company to prevent or control damage caused by such third parties.

²⁴ See also Maria Inês de Oliveira MARTINS, «Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial – Os pressupostos da responsabilidade civil», *Direito das sociedades em revista*, 27/14 (2022) 47-84, 64-65 (English translation at <https://apps.uc.pt/mypage/faculty/mivom/en/publicacoes>; see pp. 13-14).

In fact, the starting point of Article 22(1) is that the company incurs civil liability if it failed to comply with the obligations outlined in Articles 7 and 8 (Article 22(1-a)). These obligations largely align (at least, for what matters to the following analysis) with the EC Proposal²⁵.

Now, a considerable part of these provisions is designed to address cases where an adverse event is caused or can potentially be caused by a business partner. It is in view of these cases that the company is required to insert contractual assurances in its contracts (Article 7(2-b) and 8(3-c)), to provide targeted financial support (Article 7(2-d) and 8(3-e)), to enter into agreements with other companies (Article 7(2-e) and 8(3-f)), to enter into contracts directly with indirect partners (Article 7(3) and 8(4)), to suspend or terminate relationships (Article 7(5) to 7(8) and 8(6) to 8(9)).

Starting from premise, one could think of roughly three different interpretations of Article 22(1), second paragraph.

Under the first one, the company would *always be liable if it had breached any obligations in Articles 7 or 8, and only in such cases*. This would however amount to a mere restatement of the general rule of liability in Article 22, and would deprive the limitation in Article 22(1), second paragraph, of any practical effect.

Under a second approach, the company would not be held liable if the adverse event was caused by a business partner, and the company “merely” failed to *prevent, mitigate or terminate it*. This would significantly impact most of the duties set out in Articles 7 and 8, thereby substantially limiting Article 22(1-a). While these actions would of course still be required and failure to adopt them would result in consequences (eg., triggering the complaint procedure or public enforcement), it would not give rise to civil liability. However, this approach would conflict with the intention to make the company liable for *contributing to damage through omission*, as stated in Recital 33.

Under a third approach, one would need to differentiate between the cases where non-compliance with any of the duties set out in Articles 7 and 8 *amounted to actual contribution*, and those where it did *not have*, and one would say that the business partner alone caused the harm. The Recitals do not offer much guidance in identifying these latter cases. In line with the UN/OECD framework, Recital 33 rather identifies the measures that are appropriate in case of direct linkage – specifically, the duty of companies to *use their influence to prevent or mitigate the adverse impact* caused by their business partners or to *increase their influence to do so*.

As it will possibly already be clear – and as we shall soon see in more detail –, the lines between *contributing to an adverse event or merely having a link to its agent are quite fuzzy*. Suffice it to say that under the OECD Guidelines, a company is deemed to have *contributed to*

²⁵ But see especially Article 7(5) to 7(8) and Article 8(6) to 8(9) of the General approach, in line with Rec 41 and 41a, that are considerably more restrictive than the EC Proposal in regard of the duty to suspend or terminate business relationships.

the adverse event if it *facilitates or incentivizes another entity to cause an adverse impact*²⁶. However, there is no clear separation between the cases where a company *omits to use its influence to prevent an adverse impact* and those where it incentivises another *entity to cause an adverse impact*. The fact that the company omits to take action regarding the adverse impact is also a way of incentivising its causation. For instance, it would seem arbitrary to determine whether the case where a company fails to suspend a business relationship with a contractor whose suppliers use child labor falls under the former or the latter category.

All in all, the criterion chosen as a basis for the exemption would run the risk of leading to arbitrary results.

4. The First Reading of the European Parliament

As the EP Resolution had already done, the First Reading of the European Parliament refers to the familiar trichotomy of causation, contribution and direct linkage. Similarly, it limits civil liability to cases where the company has caused or contributed to an adverse event. This choice is explicit in the combination between Recital 41(a), which separates between causation, contribution and mere direct linkage,²⁷ on the one side, and Recital 56) and Article 22(1-b), setting out liability only for the cases of causation and contribution, on the other. Like the General approach, it also does away with the concept of “established business relationship” (Article 1(1-a)). The company’s duties simply refer to its business relationships, whether direct or indirect, which are not required to act for or on behalf of the company (Article 3(1-e)).

Although the starting point is the same in the First Reading as in the General Approach of the Council, the two drafts are far from converging.

²⁶ OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, 2023. [Accessed 20 Oct. 2023]. Available at <https://doi.org/10.1787/81f92357-en>, p. 36: “[a]n enterprise “contributes to” an adverse environmental impact if its activities, in combination with the activities of other entities cause the impact, or if the activities of the enterprise cause, facilitate or incentivise another entity to cause an adverse impact”.

²⁷ Under Rec (41a) “*Where a company has caused or contributed to an actual adverse impact, the company should take appropriate measures to remediate that impact*. Remedial measures should aim to restore the affected persons and groups or communities and/or the environment to a situation equivalent or as close as possible to their situation prior to the impact, and be developed taking into account the needs and views expressed by affected stakeholders. They may include, but are not limited to, compensation, restitution, rehabilitation, public apologies, reinstatement or cooperation in good faith with investigations. In certain situations, financial compensation may be a necessary way to provide such restoration. Where a company is directly linked to an adverse impact, it should be allowed to voluntarily participate in any remedial measures, where appropriate, and consider using its leverage with responsible parties to enable the remediation of any damage caused by an impact. Member States should ensure that stakeholders affected by an adverse impact should not be required to seek remediation prior to filing claims in court” (italics added).

Under Rec (56) “The company should be liable for damages if they failed to comply with the obligations to prevent and mitigate potential adverse impacts or to bring actual impacts to an end and mitigate them, or provide remediation, and as a result of this failure the *company caused or contributed to an adverse impact*”. (italics added)

Strikingly, the First Reading does not exempt the company of liability in regard of adverse events that are caused by its business partners. It uses the *concept of contribution* in that regard and fully *embraces the difficulties* in separating cases where the company should be deemed to *have contributed* to an adverse event caused by a business partner from those where the *business partner alone is deemed to have caused the event*.

This separation is based on a closed criterion. In line with the 2011 OECD Guidelines for multinational enterprises, it requires *assessing the materiality of the contribution*. Contribution to an adverse impact requires a “substantial contribution”, one that is not deemed “minor or trivial” (Article 3(qc))²⁸. The First Reading follows the flexible system proposed by OECD to identify whether there was contribution²⁹. It thus considers several criteria to determine when the company substantially contributed to the adverse event.

It is worthwhile to consider the exact terms of the test on the substantial nature of the contribution. Under Article 3(qc),

“[...] Assessing the substantial nature of the contribution and understanding when the actions of the company may have caused, facilitated or incentivised another entity to cause an adverse impact *can involve the consideration of multiple factors*. The following factors can be taken into account:

- the extent to which *a company may encourage or motivate an adverse impact by another entity*, i.e. the degree to which the activity *increased the risk of the impact occurring*,
- the extent to which a company could or should have known about the adverse impact or potential for adverse impact, i.e. the *degree of foreseeability*,
- the degree to which any of the company’s *activities actually mitigated the adverse impact or decreased the risk of the impact occurring*.

The mere existence of a business relationship or activities which create the general conditions in which it is possible for adverse impacts to occur does not in itself constitute a relationship of contribution. The activity in question *should substantially increase the risk of adverse impact*;

Now, this flexible system *seems to partly rely on criteria that establish causation through the concept of increase or attenuation of an unlawful risk* (first and third dashes), that are known, eg, to the German or the Portuguese system, and have been particularly divulgated in the context of criminal law. However, it is not clear how this articulates with the criterion of *foreseeability* (second dash), that moreover seems to point to *foreseeability* from the perspective of the company, and not from the perspective of an experienced abstract entity. When interpreted this way, the criterion would pertain to fault, rather than causation. Additionally, it is unclear which other criteria should be considered in this judgement³⁰.

²⁸ OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises 2011*, 26 (Commentary on general policies, no. 14).

²⁹ OECD, *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, 70, Q29.

³⁰ For a critical assessment of this system, see Maria Inês de Oliveira MARTINS, «Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial – Os pressupostos da responsabilidade civil», 76-77 (in the English translation, pp. 21-22).

The assessment of contribution is thus surrounded by a significant amount of uncertainty.

This *uncertainty* is further compounded by the provision on civil liability, which introduces yet another flexible criterion to determine not only the extent of liability, but also its existence. Under Article 22(2), the parameters that previously applied only to indirect business relationships *now apply to the entire spectrum of liability*. The reference to the level of effort undertaken by the company aligns with the nature of “duties to deploy best efforts” imposed by the Directive. However, the provision *again combines different criteria*. Notably, it acknowledges that actions taken by the company *as remedial measures* – which refer to cases where the company is deemed to have caused or contributed to an adverse impact – may not only determine the extent of the company’s liability, as also whether it is liable at all.

This combination of disparate and very open criteria poses the risk of introducing a judgement *“ex aequo et bono”*, thereby granting excessive discretion to those enforcing the rules on liability.

III. CONCLUSION

The tripartite classification endorsed by the United Nations and by the OECD, which distinguishes between cases where a company causes or contributes to an adverse event and cases where it has a mere direct link to an entity causing the event, *was not devised to draw a line between the cases where a company should or should not incur civil liability*. Instead, it offers guidance on what constitutes a fair behaviour from companies in various circumstances, rather than establishing standards of unlawfulness.

For the original purposes of the classification, it is not as relevant to separate clearly cases of contribution from those involving a mere direct link to the entity causing the impact. They may even require similar measures, consisting in the exercise of leverage; moreover, a situation initially identified as a direct link may evolve into one involving contribution.

The Council appears to rely on the distinction between cases of contribution and cases of mere direct linkage to the entity that caused the adverse event as if it was clearly-cut. This raises considerable doubts regarding the scope of the liability rule. While starting from a similar terminology, the EP occupies the other side of the spectrum. It recognises the complexity of establishing contribution and relies on a flexible system, that moreover resorts to criteria of varying natures. The resulting uncertainty is further compounded by the fact that both the extension and existence of liability are determined by a flexible system, which takes into account remedial actions taken by the company.

Overall, it would seem advisable to adopt a similar starting point as that defined by the Commission, albeit abandoning the concept of established business relationship. A distinction between direct and indirect business relationships (ideally supplemented by an anti-fraud provision), and the provision of special defences for the latter cases, appears to offer a more solid starting point.

A PARTICIPAÇÃO DOS TRABALHADORES EM SISTEMAS DE PROTECÇÃO DE DIREITOS HUMANOS BASEADOS NO DEVER DE DILIGÊNCIA – O CASO DA PROPOSTA DE DIRECTIVA

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanosAmbiente/05

Joana Nunes Vicente*

Resumo: No contexto de globalização das cadeias de valor, o dever de diligência devida tornou-se um elemento central no debate a respeito dos mecanismos de prevenção e resposta a violações de direitos humanos cometidas pelas empresas multinacionais através das cadeias de valor que controlam, o que explicou a emergência de mecanismos preventivos de *soft* e *hard law* baseados neste mecanismo preventivo. Nesse contexto, vários estudos e instituições internacionais têm sublinhado as vantagens associadas a um envolvimento individual e colectivo dos trabalhadores na construção e implementação destes sistemas de protecção baseados na diligência devida. O propósito deste estudo consiste em verificar se, e em que medida, esse objectivo de participação dos trabalhadores e das suas estruturas foi alcançado na Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade.

Palavras-chave: Dever de diligência; Cadeias de valor; Participação dos trabalhadores.

Abstract: In the context of the globalization of value chains, due diligence has become a central element in the current debate on how to prevent and respond to the issue of human rights violations committed by transnational companies throughout their global supply chains, which explains the emergence of *soft* and *hard law* instruments based on this preventive mechanism. Several studies and international institutions reveal the advantages of an effective participation by employees and their representatives (including through global framework agreements) in the adoption of human rights protection system based on due diligence. This paper is aimed at verifying whether, and to what extent, this objective can be said to be achieved in the Proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence.

Keywords: Due diligence; Value chains; Employee participation.

1. Considerações introdutórias: as cadeias de valor global e o seu impacto laboral (e ambiental) negativo

Nas últimas décadas, as cadeias de valor global são a expressão de uma transformação profunda das relações de produção e da divisão do trabalho à escala internacional, que operam como consequência da cada vez mais intensa liberalização das trocas comerciais, do embaratecimento dos custos do transporte e da evolução das tecnologias que permitem a organização e o controlo à distância dos processos produtivos¹.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro e Investigadora do Instituto Jurídico da FDUC.

¹ Wilfredo Sanguinetti RAYMOND, «La Construcción de un Nuevo Derecho Trasnacional del Trabajo para Las Cadenas Globales de Valor», *Minerva – Revista de Estudios Laborais*, 11/4 (2021) 295-363, 298; Joonko LEE, «Global supply chain dynamics and labour governance: Implications for social upgrading», *ILO Research Paper*, International Labour Office, 14 (2016) 1-31, 6.

Na verdade, as estratégias de diminuição de riscos, custos e responsabilidades não passam hoje apenas pelo recurso aos instrumentos societários de criação de grupos de sociedades com a inerente separação formal entre a sociedade mãe e as sociedades filhas plurilocais. Estão, antes, numa fase mais avançada. Numa lógica de desverticalização da organização económica², as líderes das empresas multinacionais recorrem a empresas terceiras localizadas em países emergentes e economias em desenvolvimento (sobretudo no hemisfério sul) para a realização de parte da actividade (na prática externalizam parte ou às vezes a quase totalidade dos processos produtivos com recursos a estratégias de *outsourcing* ou subcontratação), países onde os custos de produção directos e indirectos apresentam níveis muito inferiores. Por sua vez, nestes países, onde se situam as empresas subcontratadas e fornecedores, o impacto social e económico das cadeias de valor global é complexo e multifacetado. De facto, embora a participação nestas actividades transnacionais traga benefícios económicos a estes países em desenvolvimento – representando novas oportunidades de modernização económica (através da criação de emprego e da transferência de conhecimentos e tecnologias) –, o impacto negativo nos direitos humanos e no ambiente é também amplamente sublinhado: a concorrência para captação de investimento estrangeiro acelera ainda mais corrida à desregulamentação da legislação social (“race to the bottom”), exacerbando o risco de violação de *standards* laborais até às formas repugnantes de violação de direitos humanos como o trabalho forçado, o trabalho infantil, etc³.

² Assim, Vania BRINO, «Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori tra profili di criticità e nuovi “esperimenti” regolativi», *Diritto delle Relazioni Industriali*, XXV/1 (2015) 1-25, 9. Valerio SPEZIALE, «L’impresa sostenibile», *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 4 (2021) 494-519, 504, refere-se às cadeias de valor global como um exemplo evidente do modelo de *shareholder value*, focado na maximização do valor dos accionistas, através de estratégias de redução de custos directos e indirectos de produção, sem qualquer consideração pelas consequências sociais envolvidas, e cuja justificação assenta nas exigências de competitividade cada vez maiores no mercado globalizado.

³ Sobre este impacto social, Wilfredo Sanguinetti RAYMOND, «La Construcción de un Nuevo Derecho Transnacional del Trabajo para Las Cadenas Globales de Valor», 300. Para maiores desenvolvimentos sobre o ponto, vejam-se ainda os contributos de Marilia MARCATO/Carolina Troncoso BALTAZAR, *Economic and social upgrading in global value chains: concepts and metrics*, Instituto de Economia – UNICAMP, 2017. [consultado em 1-2-2024]. Disponível em <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/3557/TD318.pdf>; e Claire H. HOLLWEG, «Global value chains and employment in developing economies», in *Technological Innovation, Supply Chain Trade, and Workers in a Globalized World*, Geneva: World Trade Organization, 2019, 63-81. [consultado em 1-2-2024]. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gvc_dev_report_2019_e_ch3.pdf. Esta análise tem sido feita sobretudo para as economias em desenvolvimento. Ver, no entanto, o interessante estudo de Vanessa GUNNELLA/Alexander HASCHIMI/ Konstantins BENKOVSKIS/ Francesco CHIACCHIO/ François de SOYRES/ Benedetta Di LUPIDIO/ Michael FIDORA/ Sebastian FRANCO-BEDOYA/ Erik FROHM, «The impact of global value chains on the euro area economy», *Occasional Paper Series*, European Central Bank, 221 (2019), a respeito do impacto deste modelo de organização nas economias europeias.

2. A faléncia dos remédios tradicionais e as novas abordagens baseadas no dever de diligência

A consciência crescente de que as cadeias de valor globais podem ter um impacto social e ambiental negativo e a busca de soluções para um desenvolvimento social sustentável nas referidas economias emergentes tem, no entanto, representado um desafio quer para os governos nacionais quer para o direito internacional. Por um lado, os Estados onde ocorreram as violações dos direitos humanos não estão muitas vezes dispostos e/ou são incapazes de prevenir, e/ou pôr termo a essas violações e indemnizar as vítimas (seja por carência normativa, seja por debilidade estrutural, pobreza, corrupção ou desordem interna)⁴. Por outro lado, os Estados onde estão sediadas as empresas que contribuem para estas violações dos direitos humanos sofrem sérias limitações no que respeita à possibilidade de adoptarem medidas para sancionar os abusos dos direitos humanos cometidos extraterritorialmente. Com efeito, não há dúvida que, na esmagadora maioria dos instrumentos internacionais de direitos humanos, os Estados são responsáveis por providenciar medidas para sancionar os abusos dos direitos humanos. A questão está, no entanto, em saber se essa obrigação de cada Estado está confinada aos abusos cometidos pelas empresas no território desse Estado ou se também se aplica exterritorialmente, em relação a violações cometidas pelas empresas fora desse mesmo território. Ora, a despeito da evolução que se tem registado no sentido de reconhecer que os tratados internacionais também gozam de aplicação extraterritorial, tal responsabilidade dos Estados tem sido usualmente confinada às violações de direitos humanos cometidas extraterritorialmente pelos próprios Estados, e já não pelos sujeitos privados, como é o caso das empresas⁵.

Daí que, sobretudo nas últimas décadas, como caminho alternativo tenham vindo a ganhar terreno, sistemas de protecção de direitos humanos e de responsabilização directa das empresas líderes de cadeia de valor baseados na aplicação do princípio da diligência devida. No contexto específico dos direitos humanos laborais, a diligência devida assume-se como um procedimento de gestão empresarial⁶ a adoptar pelas empresas, sobretudo pelas empresas líder de dimensão global, para identificar, prevenir, mitigar e, por fim, remediar os impactos negativos em matéria

⁴ Wilfredo Sanguinetti RAYMOND, «La Construcción de un Nuevo Derecho Trasnacional del Trabajo para Las Cadenas Globales de Valor», 300.

⁵ Wubeshet TIRUNEH, «Providing remedy for Corporate Human Rights Abuses committed abroad: the extraterritorial dimension of home states' obligation under ICESCR», *Utrecht Journal of International and European Law*, 38 (2023) 14-24, 15. O Autor sustenta, no entanto, no seu artigo, a possibilidade de estender essa responsabilidade dos Estados também às violações cometidas pelas empresas extraterritorialmente, socorrendo-se do trabalho interpretativo que vem sendo feito pelo Comité dos Direitos Económicos, Culturais e Sociais na implementação do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

⁶ Jonathan BONNITCHA/ ROBERT MCCORQUODALE («The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights», *The International Journal of International Law*, 28/3 (2017) 899-919, 899. Há quem evidencie, e com alguma razão, o paralelismo entre estes instrumentos de *corporate due diligence* e os mecanismos de identificação e valorização dos riscos em matéria de segurança e saúde no trabalho, que respondem à mesma *ratio* de precaução, como é o caso de Francesca GRASSO, «Esterrializzazioni, catene del valore e tutela dei lavoratori. Problemi attuali e prospettive future», *Il lavoro nel diritto*, 2 (2023) 151-175, 172.

de direitos humanos produzidos directamente pela actividade da empresa ou por actividades realizadas por outros intervenientes nas cadeias de valor que a empresa/sociedade líder controlo ou tem a capacidade de influenciar.

É claro que se nos detivermos sobre a topografia destes sistemas de protecção de direitos humanos baseados da diligência, registamos um cenário extremamente irregular que, por um lado, aparece caracterizado pela *soft law* como centro de gravidade regulatório dominante, mas, por outro parece tender, em perspectiva, para uma ênfase inesperada em instrumentos regulatórios de *hard law*.

Ou seja, aquilo que começou como prática espontânea de algumas empresas multinacionais – que optaram por assumir o papel de reguladoras das condições de trabalho exigidas nas suas redes de empresas colaboradoras, movidas pela pressão da opinião pública e pelo receio do dano reputacional⁷ – acabou por entusiasmar as instâncias internacionais que se voltaram para a criação de instrumentos de *soft law* com o objectivo de sujeitar estas práticas a uma série de parâmetros objectivos de avaliação em torno da noção de dever de diligência. Situar-se-ão neste quadrante iniciativas como: (i) os Princípios Orientadores sobre empresas e direitos humanos adoptados pelas Nações Unidas, em 2011; (ii) as *Linhas Directrizes da OCDE para Empresas Multinacionais*, proclamadas em 2011 pela OCDE, que desde então, tem publicado vários guias orientadores dirigidos as empresas no cumprimento das exigências em matéria de diligencia devida – destacando-se pelo seu carácter mais geral o Guia de diligência devida para uma conduta empresarial responsável de 2018; (iii) ou ainda a *Declaração Tripartida de Princípios sobre las Empresas Multinacionais e a Política Social*, adoptada pela OIT, e revista diversas vezes, a última em 2022.

Mais recentemente, a crescente percepção de que os procedimentos voluntários adoptados pelas empresas e os documentos internacionais em matéria de dever de diligência seriam por si só, insusceptíveis de alterar significativamente a forma como as empresas gerem os seus impactos sociais, conduziu à adopção de soluções de carácter vinculativo seja através do desenvolvimento de legislação seja através do labor jurisprudencial. Esta última via tem conhecido particular destaque no Reino Unido⁸.

⁷ Como sublinha Fausta GUARIELLO, «Il ruolo del sindacato e delle rappresentanze del lavoro nei processi di due diligence», *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 4 (2021) 580-600, 581, tais práticas de responsabilidade social das empresas emergiram sobretudo como estratégias empresariais destinadas a atingir o objectivo reputacional de responder com um comportamento eticamente correcto às preocupações de partes interessadas externas, como os consumidores, os investidores, as comunidades territoriais, as associações ambientais e as ONG, e não tanto dos trabalhadores.

⁸ Os processos em questão dizem respeito à responsabilidade das empresas-mãe sedeadas em Inglaterra por violações dos direitos humanos cometidas por empresas subsidiárias no estrangeiro (predominantemente violações ambientais, mas as questões de responsabilidade das empresas-mãe que levantam são igualmente aplicáveis às violações dos direitos humanos). Para uma perspectiva mais geral desta jurisprudência, ver, Christelle COSLIN / Liam NAIDOO / Margaux RENARD, «Duty of Care and Vigilance in Human Rights Matters: From an International Impulse to European Implementations», *La Revue Européenne du Droit*, 1 (2020) 71-79, 73. Entretanto, as obrigações em matéria de direitos humanos das empresas estão também cada vez mais consagradas em estatutos nacionais, como a Lei da Escravatura Moderna (2015) e a Lei do Ambiente (2021). No entanto, David Lantarón BARQUÍN, «Derechos humanos y cadenas de suministro: conclusiones a partir de

Como exemplos de países protagonistas de soluções legislativas sublinha-se o caso da França⁹, dos Países Baixos¹⁰, ou da Alemanha^{11/12}.

A própria União Europeia, instada pela preocupação de protecção dos direitos humanos, mas sobretudo de criar uma base regulativa comum a nível europeu nesta matéria¹³, avançou para a

una lectura comparada de legislaciones estatales anglosajonas y continentales», in Wilfredo Sanguineti RAYMOND /Juan Bautista Vivero SERRANO, coord., *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 183-215, 214, salienta que a legislação inglesa – tal como outros modelos de inspiração anglo-saxónica (ex.: o *California Transparency in Supply Chains Act*; ou o *Australian Modern Slavery Act*) – se baseia essencialmente no princípio da transparência e não tanto na ideia de um processo de diligência devida das empresas.

⁹ A França assumiu o papel de pioneira ao tornar-se o primeiro país da Europa a incorporar um dever de vigilância dos direitos humanos no seu corpus jurídico através de um diploma próprio intitulado “dever de vigilância das sociedades-mãe e das empresas contratantes principais” (*Loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*). O diploma veio estabelecer uma obrigação juridicamente vinculativa para as empresas que, no final de dois exercícios financeiros consecutivos, empregassem pelo menos cinco mil trabalhadores em França ou dez mil na empresa e nas suas filiais, de preparar, publicar e implementar um plano de vigilância. No entanto, ambiguidades e insuficiências do diploma foram, desde cedo, avançadas. Com efeito, não era evidente se o dever de diligência se referia exclusivamente ao primeiro nível de uma cadeia de abastecimento (parceiro contratual directo) ou aos níveis adicionais ao longo da cadeia de valor. Além disso, algumas vozes sustentavam um alargamento do âmbito de aplicação da lei a grupos mais pequenos e que fossem ainda introduzidas sanções em caso de incumprimento. Por fim, ficava também por saber como funcionaria, em termos práticos, o procedimento em caso de incumprimento da lei. Para uma abordagem geral sobre a experiência francesa, ver, Christelle COSLIN / Liam NAIDOO / Margaux RENARD, «Duty of Care and Vigilance in Human Rights Matters: From an International Impulse to European Implementations», 79; e Antoine LYON-CAEN, «Towards a legal obligation of vigilance in the hands of multinational companies?», *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 2 (2018), 240-249, 240-241.

¹⁰ Em 2019, o Parlamento holandês votou a adoção da “Lei de diligência devida em matéria de trabalho infantil” (“Wet Zorgplicht Kinderarbeid”), que passou a impor às empresas a obrigação de declararem se existia trabalho infantil nas suas cadeias de abastecimento e estabelecessem um plano de ação para o combater. Qualquer empresa estabelecida nos Países Baixos que fornecesse bens ou serviços no mercado nerlandês deveria apresentar uma declaração às autoridades reguladoras declarando que efectuou as devidas diligências relacionadas com o trabalho infantil ao longo de toda a sua cadeia de abastecimento.

¹¹ Para uma análise crítica da legislação alemã, ver, Luca NOGLER, «German law on duties of care in the supply chain: why it came into being and what are its main contents», in Wilfredo Sanguineti RAYMOND / Juan Bautista Vivero SERRANO, coord., *Due diligence and decent work in global value chains*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 141-182.

¹² Entretanto, outros países europeus avançaram com processos legislativos para impor o dever de diligência a certas categorias de empresas em matéria de direitos humanos, como é o caso da Finlândia, da Itália e da Espanha. Tais iniciativas terão ficado, no entanto, suspensas a aguardar o desfecho da solução ao nível da União Europeia.

¹³ Importa recordar que a Proposta é apenas um elemento de uma agenda muito mais abrangente da União Europeia para promover a sustentabilidade ambiental, o trabalho digno e os direitos humanos em todo o mundo, tal como referido por Vania BRINO, «Governance societaria sostenibile e due diligence: nuovi orizzonti regolativi», *Lavoro Diritto Europa*, 2 (2022) 1-19, 5; e, Carmén Marquéz CARRASCO, «Todos los ojos puestos en Bruselas: las claves de la futura diretiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial», *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, 1 (2023) 5-36, 13-14. Exemplos dessa legislação são: o REGULAMENTO (UE) 2023/1115 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 31 de Maio de 2023, relativo à disponibi-

criação de um instrumento de harmonização normativa, *rectius*, uma directiva, tendo em vista a imposição de obrigações de diligência em matéria de direitos humanos e ambiente para as empresas europeias, do sector privado, a aplicar horizontalmente em todos os sectores produtivos e com efeitos extraterritoriais. O processo, que teve início com a Resolução do Parlamento Europeu de 10 de Março de 2021¹⁴, deu origem a uma proposta da Comissão Europeia em Fevereiro de 2022¹⁵ – a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade –, e que constitui o holofote, digamos assim, desta exposição.

3. A Proposta de Directiva: um feixe de questões e a perspectiva limitada em análise

Como é bom de ver são vários os pontos de vista a partir dos quais é possível apreciar o mecanismo da diligência devida apresentado na Proposta, inclusivamente, antecipando já algumas insuficiências ou dificuldades futuras.

Desde logo, questões relacionadas com o próprio âmbito de aplicação subjetivo do futuro instrumento legislativo, isto é, com o recorte das empresas que ficarão vinculadas ao dever de diligência em matéria de direitos humanos e ambientais. O facto de a Proposta adoptar uma abordagem particularmente restritiva, limitando a aplicação do dever de diligência às empresas de grande dimensão, baseando num duplo critério – o do número de trabalhadores e volume de negócio, com exclusão das pequenas e médias empresas¹⁶ – ou mesmo o facto de cingir esse processo de controlo em relação aos colaboradores da cadeia com os quais a empresa tenha uma “relação empresarial estabelecida”, duradoura¹⁷, têm sido alguns dos pontos críticos avançados.

lização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal ou o REGULAMENTO (UE) 2023/1542 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 12 de Julho de 2023, relativo às baterias e respectivos resíduos. Em todo o caso, a nova proposta distingue-se das outras iniciativas por ser uma abordagem mais geral e não tanto sectorial, como observa David Lantarón BARQUÍN, «Derechos humanos y cadenas de suministro: conclusiones a partir de una lectura comparada de legislaciones estatales anglosajonas y continentales», 202.

¹⁴ Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_PT.html.

¹⁵ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52022PC0071>.

¹⁶ Serão critérios como o do número de trabalhadores e o do volume de facturação indicadores fiáveis sobre o impacto negativo de uma empresa do ponto de vista dos direitos humanos? Tratar-se-ão de requisitos cumulativos? Não haverá o perigo de, por essa via, se fomentarem estratégias de *outsourcing* ou externalização, para escapar ao âmbito pessoal da directiva? Dúvidas pertinentemente suscitadas por Vania BRINO, «Governance societaria sostenibile e due diligence: nuovi orizzonti regolativi», 9.

¹⁷ Com esta opção, a União Europeia arrisca-se a deixar fora do âmbito de aplicação da futura directiva os impactos negativos decorrentes de relações comerciais que não são duradouras, mas que são, no entanto, caracterizadas por impactos graves nos direitos humanos ou no ambiente. Na verdade, absurdamente, a utilização deste critério pode levar a mecanismos de incentivo opostos: se as relações de curto prazo não forem incluídas no âmbito de aplicação da directiva, as empresas poderão mudar regularmente de fornecedor para evitar a criação de relações comerciais duradouras e assim furtarem-se às obrigações de devida diligência e das responsabilidades a elas associadas.

Como também se pode questionar a opção da proposta de directiva do ponto de vista material, ou seja, do catálogo de direitos humanos cuja violação ou perigo de violação a proposta de directiva entende que devem justificar medidas de identificação, prevenção ou mitigação. Na verdade, a lista de instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos omite, surpreendentemente, certos instrumentos internacionais e textos europeus e regionais particularmente importantes como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Carta Social Europeia ou ainda a Convenção Internacional sobre protecção dos trabalhadores migrantes¹⁸.

De todo o modo, a perspectiva a partir da qual gostaríamos de apreciar a Proposta é outra e prende-se, tão somente, com o tipo de envolvimento reconhecido às estruturas de representação dos trabalhadores na adopção dos sistemas de protecção de direitos humanos baseados no dever de diligência. Fundamentalmente, trata-se de responder à seguinte questão: na óptica da Proposta, qual o papel reservado aos trabalhadores e respectivas estruturas de representação enquanto partes interessadas no contexto destes sistemas de protecção de direitos fundamentais? Serão encarados como meros sujeitos passivos ou terão algum tipo de participação? E em caso afirmativo, que tipo de participação?

4. O conceito de envolvimento de trabalhadores e as vantagens associadas à participação dos trabalhadores nos sistemas de protecção de direitos humanos baseados no princípio da diligência devida

Cumpre começar por sublinhar que a participação dos trabalhadores na empresa (e não já nos rendimentos, nos lucros ou no património¹⁹) pode ser analisada sob várias perspectivas.

Desde logo, é usual, na doutrina juslaboral, distinguir aquelas situações em que os trabalhadores estão envolvidos directamente, isto é, as formas de participação directa, daquelas outras em que estão envolvidos por intermédio dos seus representantes, maxime, associações sindicais, comissões de trabalhadores ou outras estruturas de representação, as chamadas formas de participação indirecta²⁰. Por outro lado, é possível mobilizar o termo “participação” num sentido mais lato ou mais estrito. Em sentido lato, tende a referir-se a qualquer mecanismo através do qual os trabalhadores, directa ou indiretamente, possam influenciar a organização e a tomada de decisões da empresa, abrangendo por isso, modalidades, com diferentes intensidades, tais como: (i) o direito dos trabalhadores ou dos seus representantes solicitarem informações; (ii) o direito dos trabalhadores ou dos seus representantes serem consultados, estabelecendo diálogo e trocando opiniões

¹⁸ Salientam estes perigos, entre outros, Vania BRINO, «Governance societaria sostenibile e due diligence: nuovi orizzonti regolativi», 12.; e Carmén Marquéz CARRASCO, «Todos los ojos puestos en Bruselas: las claves de la futura directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial», 17.

¹⁹ Sobre esta distinção preliminar entre participação na empresa e participação nos lucros, veja-se Marcello PEDRAZZOLI, «Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della costituzione: chiose e distinzioni sul decline di un'idea», *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 24/4 (2005), 427-453, 431.

²⁰ Sobre o ponto, vide João REIS, Envolvimento e participação dos trabalhadores na empresa”, *Questões Laborais (Vinte Anos de Questões Laborais)*, 42 (2013) 139-158, 146-147.

com os órgãos da empresa; (iii) o direito de participarem e exercerem influência nas actividades da empresa. Neste sentido, o termo “participação” é considerado equivalente a “envolvimento”, utilizado na legislação social da União Europeia²¹. Em sentido estrito, refere-se tão-somente ao direito de participar nas actividades da empresa e de exercer influência sobre as mesmas. Para efeitos do presente artigo, utilizaremos a expressão “participação” para nos referirmos ao envolvimento dos trabalhadores através dos seus representantes – especialmente as estruturas sindicais – no seu sentido mais lato, ou até mesmo num sentido mais amplo e menos técnico, incluindo, por isso, quaisquer reuniões, discussões, audições ou processos de consulta, informação e participação.

Isto dito, antes de nos debruçarmos sobre a Proposta, importa ainda perceber quais as vantagens associadas a uma participação activa dos representantes dos trabalhadores, em particular dos sindicatos, no processo de diligência devida, entendido como um processo contínuo que as empresas devem implementar para prevenir, atenuar e resolver quaisquer potenciais impactos adversos que as suas operações possam ter nos direitos humanos, mesmo quando essas actividades são realizadas por outros intervenientes nas cadeias de valor.

Na doutrina, WILFREDO SANGUINETI²² aponta três benefícios principais.

Desde logo, a circunstância desses processos, baseados na diligência devida, serem concebidos exclusivamente pelas empresas potencia o risco de apenas levarem em consideração os interesses das empresas, abordando unicamente as violações com maior impacto negativo na imagem empresarial, em deterimento dos interesses dos trabalhadores²³.

Em segundo lugar, é reconhecida a dificuldade que as empresas têm de chegar aos diferentes elos das cadeias de valor, com as suas diferentes localizações, seja para identificarem riscos seja para detectarem possíveis violações seja ainda para adoptarem medidas correctivas e levarem a cabo o necessário acompanhamento. Ora, tem sido justamente assinalado que a promoção de políticas de participação dos trabalhadores neste processo pode atenuar também este feixe de

²¹ Com este sentido, veja-se, por exemplo, a DIRETIVA 2001/86/CE do CONSELHO, de 8 de Outubro de 2001, que completa o estatuto da sociedade europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores e a DIRETIVA 2003/72/CE do CONSELHO, de 22 de Julho de 2003, que completa o estatuto da sociedade cooperativa europeia no que respeita ao envolvimento dos trabalhadores. Para uma perspetiva mais geral e crítica do conceito de envolvimento dos trabalhadores no direito comunitário, ver Júlio GOMES, «Direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa», Alessandra SILVEIRA / Mariana CANOTILHO, coord., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra: Almedina, 2013, 331-339, 331; Anna ALAIMO, «Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa: informazione, consultazione e partecipazione», in Anna ALAIMO / Mariagrazia MILITELLO / Silvana SCIARRA / Maria Luisa VALLAURI, *Diritto del Lavoro e Diritto Sociale Europeo*, Temi Scelti, Torino: Giappichelli, 2009, 130-131; ou ainda Manfred WEISS, «La partecipazione dei lavoratori nella comunità europea», *Diritto delle relazioni industriali*, 14/1 (2004) 153-171.

²² Wilfredo Sanguineti RAYMOND, «La Construcción de un Nuevo Derecho Trasnacional del Trabajo para Las Cadenas Globales de Valor», 345.

²³ Neste sentido, também, Fausta GUARIELLO, «Il ruolo del sindacato e delle rappresentanze del lavoro nei processi di due diligence», 588, alertando para o facto de a perspectiva empresarial se centrar sobretudo nos riscos para a empresa e não nos trabalhadores e para as comunidades onde se situam as filiais e as cadeias de abastecimento.

dificuldades. Isto acontece, porque os trabalhadores e os seus representantes têm conhecimento directo da realidade das condições de trabalho, pelo que estão em condições de agir como “olhos e ouvidos” dos sistemas de supervisão.

Por fim, a própria coordenação que existe entre organizações sindicais situadas em locais geograficamente muito dispersos pode permitir que as violações cometidas em qualquer área cheguem ao conhecimento da empresa principal para efeitos de proceder à adoção de medidas correctivas.

Neste mesmo sentido convergem as orientações e recomendações lançadas por organizações intergovernamentais e órgãos consultivos, com destaque para algumas das já mencionadas anteriormente. Assim, os Princípios Orientadores das Nações Unidas²⁴ sustentam “uma consulta significativa dos grupos potencialmente afectados e de outras partes interessadas” no contexto da diligência devida, considerando que essa consulta é parte integrante da função de diligência devida, uma vez que ajuda as empresas a compreender os impactos em pessoas específicas, num contexto específico de operações. Para tal, as empresas devem consultar as partes interessadas “directamente, de uma forma que tenha em conta a língua e outros potenciais obstáculos a uma participação efectiva”.

Também, de acordo com o Guia de Diligência Prévia da OCDE para uma conduta empresarial responsável²⁵, o envolvimento das partes interessadas (“meaningful stakeholder engagement”) é uma componente essencial do processo de diligência devida, assumindo carácter contínuo. Quer isto dizer que o envolvimento das partes interessadas – referindo-se por diversas vezes, aos representantes dos trabalhadores – pode ser especialmente relevante quando uma empresa está a identificar impactos adversos no contexto das suas próprias actividades, a conceber respostas de prevenção e atenuação dos riscos, a identificar formas de reparação de impactos adversos, ou a comunicar a forma como os impactos sobre os direitos humanos estão a ser tratados. Igualmente, de acordo com a Declaração Tripartida de Princípios da OIT relativa às Empresas Multinacionais e à Política Social²⁶, o procedimento de diligência devida em matéria de direitos humanos e ambientais deve implicar uma consulta significativa dos grupos potencialmente afectados e de outras partes interessadas, incluindo as organizações de trabalhadores, em função da dimensão da empresa e da natureza e contexto da operação. Por último, no seu parecer sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, o Comité Económico e Social Europeu²⁷ sublinha a importância de envolver os representantes dos trabalhadores e os sindicatos no

²⁴ P. 18 – disponível em https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

²⁵ P. 27, 28, 29, 30, 32, 34, 48 e 49 – disponível em: <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>.

²⁶ P. 10 – disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_emp/-emp_ent/-multi/documents/publication/wcms_094386.pdf.

²⁷ Ponto 3.6 – disponível em <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/sustainable-corporate-governance>.

processo de criação (identificação dos riscos) dos processos de diligência devida, bem como no acompanhamento (aplicação) e notificação das violações (mecanismos de alerta), referindo que “só com uma parceria social frutuosa é possível gerir a transformação para uma economia sustentável mais social e ecológica”.

Munidos destes ensinamentos, a última secção analisará se, e, em que medida, este objectivo de envolvimento dos sindicatos nos processos de diligência devida estará a ser alcançado no instrumento legislativo em construção. Para tal, começaremos com uma breve descrição do conceito de partes interessadas adoptado pela Proposta. Em seguida, examinar-se-á, em pormenor, a participação reconhecida aos representantes dos trabalhadores nas várias etapas que integram a obrigação em matéria de dever de diligência das empresas, apresentando algumas conclusões.

5. O envolvimento dos representantes dos trabalhadores no processo de diligência devida à luz da Proposta de Directiva

Como questão preliminar, talvez valha a pena atentar na noção de “partes interessadas” para efeitos da futura directiva. De acordo com a Proposta, serão partes interessadas (art. 3.º n) “os trabalhadores da empresa, os trabalhadores das suas filiais e outras pessoas, grupos de pessoas, comunidades ou entidades cujos direitos ou interesses sejam ou possam ser afetados pelos produtos, serviços e operações dessa empresa, das suas filiais e das suas relações empresariais.” Logo por aqui se nota a falta de uma menção explícita aos representantes ou estruturas de representação dos trabalhadores como partes interessadas, em contraste com o Guia da OCDE e com a fórmula utilizada na resolução do Parlamento Europeu de 2021, que incluía como partes interessadas as organizações cuja finalidade estatutária fosse a defesa dos direitos humanos incluindo os sociais e laborais. Decerto, a fórmula ampla utilizada pela Proposta permite, sem particulares dificuldades interpretativas, incluir na expressão “grupos” os próprios sindicatos, mas seria, julga-se, de todo conveniente uma referência específica a esta estrutura, atenta a função especial de representação dos interesses dos trabalhadores. Este foi, de resto, um dos aspectos que não passou despercebido aos olhos do Parlamento Europeu que justamente, no feixe de alterações aprovadas, em 1 Junho de 2023, inclui uma noção de partes interessadas ampla na qual são mencionados expressamente os trabalhadores e seus representantes²⁸.

Passando a analisar o papel atribuído aos representantes dos trabalhadores, nas várias etapas que integram o dever de diligência em matéria de protecção de direitos humanos e ambientais,

²⁸ Lê-se: «Partes interessadas afetadas» – as pessoas, os grupos de pessoas ou as comunidades cujos direitos ou interesses afetados pelos efeitos negativos decorrentes das atividades ou ações de uma empresa ou das atividades ou ações valor, e os representantes legítimos desses indivíduos ou grupos, incluindo os trabalhadores e seus representantes das suas filiais e ao longo da sua cadeia de valor, ou nos casos em que não existam indivíduos, grupos ou comunidade negativo no ambiente, organizações credíveis e experientes cujo objetivo inclua a proteção do ambiente”.

e em jeito de antecipação, pode desde já afirmar-se que esse papel terá ficado muito aquém de uma participação construtiva, estrutural e efectiva destes interlocutores²⁹.

Em primeiro lugar, na chamada fase de identificação dos efeitos potenciais ou reais negativos sobre os direitos humanos, o art. 6.º da Proposta limita-se a estabelecer que as empresas devem também, se for caso disso, proceder a consultas com grupos potencialmente afetados, incluindo trabalhadores e outras partes interessadas pertinentes, a fim de recolher informações sobre os efeitos negativos reais ou potenciais. Com esta opção, a Proposta afasta o carácter obrigatório da consulta das partes interessadas, desviando-se da Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social da OIT e das directrizes da OCDE para uma conduta empresarial responsável que atribuem carácter obrigatório a essa consulta dos representantes³⁰.

Em segundo lugar, no que diz respeito à actividade de prevenção e mitigação dos efeitos negativos potenciais ou de cessação dos efeitos reais, estabelece a Proposta que os Estados-Membros devem assegurar que as empresas tomem as medidas adequadas para prevenir ou, quando a prevenção não for possível ou não for imediatamente possível, atenuar adequadamente os potenciais impactos negativos nos direitos humanos e no ambiente que tenham sido, ou devessem ter sido, identificados ou fazer cessar esses efeitos (n.º 1 do artigo 7.º e n.º 1 do artigo 8.º). Dentre as medidas incluem-se: a adopção de planos de acção de prevenção ou planos de medidas correctivas; a obtenção de garantias contratuais dos parceiros directos com os quais as empresas tenham uma relação empresarial estabelecida de que se comprometem a assegurar o cumprimento dos códigos de conduta; a realização dos investimentos necessários, nomeadamente em processos e infraestruturas de gestão ou produção; o pagamento de indemnizações às pessoas afectadas e de compensações financeiras às comunidades afectadas; a tomada de decisão de suspensão ou cessação das relações comerciais com o parceiro com o qual se verificou o impacto social ou ambiental adverso. No entanto, a consulta das partes interessadas afectadas só é explicitamente mencionada no caso da adopção de planos de acção de prevenção e de planos de medidas correctivas (art. 7.º/2 (a); 8.º/3 (b)), mas já não no que diz respeito às restantes medidas preventivas e correctivas.

²⁹ Idêntica crítica foi apontada, na experiência francesa, a respeito da implementação do *devoir de vigilance*. Os estudos realizados sobre o processo em curso de aplicação da lei francesa mostraram como, na ausência de indicações precisas do legislador sobre a forma como os planos de vigilância deveriam ser elaborados, as empresas se limitaram a adaptar as suas práticas internas de responsabilidade social da empresa à obrigação de integrar planos de vigilância nas demonstrações financeiras das empresas. A primeira experimentação com os ciclos anuais de elaboração dos planos de vigilância, a partir de 2018, revelou um esforço insuficiente para elaborar um mapeamento rigoroso e abrangente dos riscos presentes na actividade das empresas, das suas filiais e das cadeias de abastecimento globais, e um fraco grau de envolvimento das estruturas sindicais. Sobre o ponto, Fausta GUARRIELLO, «Il ruolo del sindacato e delle rappresentanze del lavoro nei processi di due diligence», 583.

³⁰ María Luisa Martín HERNÁNDEZ, «La perspectiva de la Unión Europea sobre la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad tras la aprobación de la propuesta de directiva», in Wilfredo Sanguineti RAYMOND, Juan Bautista Vivero SERRANO, coord., *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 217-298, 293.

Chama-se aliás a atenção para o facto de existir mesmo uma etapa na Proposta em que a participação colectiva é mesmo considerada totalmente despicienda: a fase de acompanhamento e monitorização das medidas de diligência adoptadas pelas empresas. Nos termos do art. 10.º da Proposta, os Estados-Membros devem assegurar que as empresas realizam avaliações periódicas das suas próprias operações e das medidas, das suas filiais e, quando associadas às cadeias de valor da empresa, das suas relações empresariais estabelecidas, a fim de avaliar a eficácia da identificação, prevenção, atenuação, cessação e minimização da extensão dos efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente³¹.

Bem vistas as coisas, a única menção explícita aos sindicatos e/ou outras estruturas de representação dos trabalhadores surge no art. 9.º da Proposta. Ái se reconhece a estes sujeitos colectivos o direito de apresentarem reclamações sempre que tenham preocupações legítimas quanto aos efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente relacionados com as empresas. Contudo, mesmo a este nível podem apontar-se reparos à solução da futura directiva.

De facto, apesar de a proposta lhes reconhecer legitimidade para apresentarem reclamações, os sindicatos estão totalmente afastados do momento de conceptualização do próprio mecanismo de reclamação, do processo por via do qual a reclamação é feita e tratada, impendendo sobre as empresas apenas um dever de informar as estruturas dos procedimentos a que a reclamação obedece (n.º 3) e de permitir o acompanhamento das concretas reclamações que venham a fazer (n.º 4). Ora, esta solução desvia-se da lógica participativa mais intensa que subjaz aos Princípios Orientadores das Nações Unidas, os quais não limitam o envolvimento dos representantes a um mero direito à informação acerca dos mecanismos não judiciais de denúncia, mas, antes, fazem apelo a que os referidos mecanismos sejam baseados na participação e no diálogo: consultar os grupos interessados, para os quais esses mecanismos estão destinados, sobre sua concepção e seu desempenho, já que essa nota participativa poderá ser útil para que essas estruturas representativas o utilizem na prática e criem um interesse comum no seu sucesso³².

De outra parte, é de notar a completo silêncio em relação a mecanismos de reclamação estabelecidos em acordos de empresa europeus ou em acordos quadro globais estabelecidos entre grupos de empresas e organizações sindicais (federações e confederações sindicais de âmbito internacional), como resulta, aliás, das directrizes da OCDE para uma conduta empresarial responsável³³. Na verdade, a negociação de convenções colectivas de dimensão transnacional, conquanto represente um fenómeno com várias décadas, tem sido cunhado por um forte dinamismo no que diz respeito aos objectivos a perseguir e matérias a regular³⁴, designadamente,

³¹ Maria Luisa Martín HERNÁNDEZ, «La perspectiva de la Unión Europea sobre la diligencia debida empresarial en materia de sostenibilidad tras la aprobación de la propuesta de directiva», 294.

³² Princípio 31, ponto H.

³³ Ponto 6.2, c).

³⁴ Sendo certo que, em relação a determinados conteúdos, como as questões ambientais, estes acordos apresentam ainda sérias limitações, como sublinha Maria GIOVANNONE, «Le nuove dinamiche della contrattazione collettiva per la Just Transition: prospettive regolative per la convergenza tra interessi economici, sociali e ambientali», *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 4 (2021) 637-658, 646, referindo que,

pela preocupação de alargar a obrigação de respeito pelos direitos fundamentais laborais às cadeias de abastecimento globais como um dos compromissos a assumir no âmbito de tais acordos³⁵. Pois bem. Nas palavras de FAUSTA GUARIELLO³⁶, um dos aspectos mais inovadores dos acordos de última geração diz respeito, justamente, à previsão de mecanismos processuais de acompanhamento e verificação dessa obrigação de respeito pelos direitos fundamentais laborais, através da implementação de obrigações de informação, formação dos representantes dos trabalhadores e das direcções locais, tradução do acordo em todas as línguas dos países de estabelecimento, levantamento dos riscos e construção de indicadores pertinentes, direito de visita no local com acesso às instalações das empresas fornecedoras, definição de procedimentos de queixas, processos de apresentação de relatórios periódicos, avaliação conjunta dos resultados, anexação ao acordo da lista da cadeia de fornecedores, etc. Ou seja, a existência de tais acordos de empresa transnacionais não só constitui “per se” uma forma de implementação das obrigações de diligência devida – inclusivamente, com resultados mais promissores do que os compromissos unilaterais assumidos pelas empresas multinacionais no âmbito da responsabilidade social das empresas – como constitui um bom exemplo do desenvolvimento de experiências participativas dos sindicatos e dos representantes dos trabalhadores que deveria ser referenciado no âmbito da Proposta.

Por fim, nota-se a ausência de uma referência explícita a dois direitos que se relacionam com todas as etapas anteriormente percorridas e que são, digamos instrumentais, para um efectivo envolvimento das estruturas sindicais nos sistemas de protecção dos direitos humanos baseados na diligência devida.

Por um lado, para que os representantes possam desempenharem cabalmente o seu papel de vigilantes, desde logo, como identificadores dos efeitos adversos em matéria de direitos humanos, é crucial que disponham de dados sobre as redes de fornecedores, os elos das cadeias, etc.. O mapeamento dos riscos pressupõe, a montante, o mapeamento dos locais e das cadeias de abastecimento, filtrado pelo conhecimento dos sectores mais expostos à prática de violações e abusos dos direitos humanos e do ambiente. A obrigação de fornecer uma lista actualizada das empresas da cadeia de abastecimento parece ser, pois, um requisito de transparência necessário para definir um eficaz plano de vigilância. Por outras palavras, é fundamental que, de forma

em muitos casos, a questão ambiental é objecto de disposições, frequentemente reduzidas a meras cláusulas de estilo.

³⁵ O primeiro acordo deste tipo terá sido assinado pela multinacional Bsn-Danone com a federação sindical internacional UITA em 1988. A partir daí, o fenómeno foi crescendo ao longo do tempo, estendendo-se a multinacionais de diferentes países, e concentrando-se principalmente na Europa, onde a existência de um quadro regulamentar favorável ao diálogo social, bem como a criação de órgãos de representação dos trabalhadores nas empresas transnacionais, criaram objetivamente as condições para o desenvolvimento de relações de natureza contínua com a direção central das empresas multinacionais.

³⁶ Fausta GUARIELLO, «Il ruolo del sindacato e delle rappresentanze del lavoro nei processi di due diligence», 511.

acessória, estas estruturas possam solicitar às empresas informações sobre as cadeias de valor e outras informações adicionais³⁷.

Por outro lado, assumindo estes representantes o papel de denunciantes de infracções – condutas ilícitas ou mesmo criminosas – por vezes imputáveis às entidades empregadoras, tal exposição transforma-os naturalmente em alvos privilegiados de retaliação ou outros abusos de poder privado dessas entidades. Daí que se justifique plenamente uma tutela garantística contra eventuais medidas retaliadoras de que possam ser alvo, alinhada com a tutela de índole mais geral que já hoje resulta da Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento e do Conselho de 23 de outubro de 2019 relativa à protecção das pessoas que denunciam violações do Direito da União³⁸. Ora, também este ponto não foi devidamente acautelado pela Proposta, muito embora, uma vez mais, tenha despertado a atenção do Parlamento Europeu nas suas propostas de alteração³⁹.

6. Conclusões

Em suma, a Proposta de Directiva representa, sem dúvida, um passo importante para a criação de um quadro legislativo da União Europeia coerente em matéria de governação sustentável e dever de diligência das empresas, evidenciando, de forma firme, a passagem de um modelo de responsabilidade social das empresas de índole reputacional e voluntária para um modelo de responsabilidade estratégica e normativamente orientada. Nesse contexto de reorganização das empresas em sentido sustentável, a presença das estruturas sindicais pode ser o verdadeiro ponto de viragem na definição de uma verdadeira empresa social, seja pelos progressos que se venham

³⁷ Todavia, lê-se nas alterações aprovadas pelo Parlamento Europeu, em particular, no novo art. 8.º-D, n.ºs 3 e 4, respectivamente: “As empresas devem, conforme adequado, fornecer informações abrangentes, específicas e pertinentes às partes interessadas afetadas sobre a sua cadeia de valor e os seus efeitos negativos reais ou potenciais no ambiente, nos direitos humanos e na boa governação”; e “As partes interessadas afetadas devem poder solicitar informações escritas adicionais, que devem ser fornecidas pela empresa num prazo razoável e num formato adequado e compreensível. Sem prejuízo da Directiva (UE) 2016/943, se a empresa recusar um pedido de informações adicionais, a parte interessada afetada tem o direito de receber uma justificação por escrito dessa recusa. Os Estados-Membros devem assegurar que as autoridades de supervisão ou judiciais tenham competência para ordenar a divulgação das informações”.

³⁸ Entre nós, a este propósito, veja-se a Lei n.º 93/2021, de 20 de Dezembro, diploma que, estabelece o regime geral de proteção de denunciantes de infrações (entre estes se contando os trabalhadores que denunciem ou divulguem condutas ilícitas/criminosas, imputáveis ao empregador ou seus representantes na hierarquia da empresa), com vista a contribuir para uma melhor realização do interesse público. Sobre esta sensível matéria, por todos, Júlio GOMES, «Algumas observações sobre a Directiva (UE) 2019/1937 e a Lei n.º 93/2021», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2 (2021) 151-193.

³⁹ Lê-se nas alterações aprovadas pelo Parlamento, em particular, no novo art. 8.º-D/7: “Ao informar e consultar as partes interessadas afetadas, as empresas devem identificar e dirimir os obstáculos à cooperação e devem assegurar que os participantes não sejam alvo de retaliação ou de represálias, nomeadamente mantendo a confidencialidade ou o anonimato. As empresas devem prestar especial atenção às necessidades das partes interessadas vulneráveis, à sobreposição de vulnerabilidades e ao cruzamento de fatores, assegurar uma abordagem sensível às questões de género e respeitar plenamente a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas”.

a verificar no domínio da autonomia negocial colectiva, seja pela crescente legitimização que tais estruturas venham a assumir em termos de participação nos processos de decisão da empresa.

Contudo, um dos aspectos mais criticáveis da Proposta é, sem dúvida, o do papel ambíguo, opaco e limitado que aí se reconhece às estruturas de representação colectiva dos trabalhadores na implementação dos sistemas de protecção de direitos humanos baseados na diligencia devida. Parece justo reconhecer que a actual Proposta atribui pouca importância à participação dos sindicatos em todo o processo, quando comparada com o papel desempenhado por estes actores nas recomendações fornecidas por organizações intergovernamentais e órgãos consultivos. De acordo com essas recomendações, sendo a participação das partes interessadas, em particular dos sindicatos, uma componente essencial do processo de diligência devida, essa participação deve ser interactiva, abrangendo a informação, a consulta e a participação estrutural, ou seja, em todas as etapas. Pelo contrário, na Proposta, os sindicatos não são explicitamente mencionados como partes interessadas. A única referência explícita aos sindicatos diz respeito aos procedimentos de reclamação. Nas diferentes fases do processo de diligência devida, a participação das partes interessadas não é obrigatória. Em alguns casos, é claramente inexistente. Noutros, limitar-se-á a um papel essencialmente passivo, bem distante de uma verdadeira cooperação construtiva entre as empresas e estes interlocutores sociais privilegiados.

Coimbra, 2 de Fevereiro de 2024.

INCUMPRIMENTO E APOIOS PÚBLICOS

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanosAmbiente/06

Patrice Reis*

Resumo: A diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade impõe obrigações as empresas em matéria de *efeitos negativos* potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente, no que diz respeito às suas próprias operações, às operações das suas filiais e às operações da cadeia de valor realizadas por entidades com as quais a empresa tenha uma relação empresarial. A diretiva tem em conta o risco de incumprimento por parte das entidades sujeitas as ditas obrigações, prevendo aqui multas, medidas provisórias, a própria responsabilidade civil com a intervenção de um terceiro imparcial aqui o juiz e uma nova autoridade de supervisão a criar em todos os Estados membros. As medidas impostas em caso de incumprimento podem afetar o acesso a certos mercados dessas entidades como é o caso na própria contratação pública e no acesso a apoios públicos.

Palavras-chave: dever de diligência; direito europeu; responsabilidade empresarial; incumprimento; sanções; medidas cautelares; autoridade de regulação; responsabilidade civil; danos; contratação pública; critérios sociais e ambientais; acesso ao mercado; apoios públicos; exemplaridade; segurança jurídica.

Abstract: The Directive on Corporate Sustainability Due Diligence imposes obligations on companies about potential or actual negative effects on human rights and the environment in their own operations, the operations of their subsidiaries and operations in the value chain carried out by entities with which the company has a business relationship. The directive considers the risk of non-compliance on the part of the entities subject to these obligations, providing for fines, provisional measures, civil liability itself with the intervention of an impartial third party here the judge and a new supervisory authority to be set up in all member states. The measures imposed in the event of non-compliance may affect access to certain markets, such as public procurement and access to public support.

Keywords: Due diligence; european law; corporate responsibility; non-compliance; sanctions; precautionary measures; regulatory authority; civil liability; damages; public procurement; social and environmental criteria; market access; public support; exemplarity; legal certainty.

O comportamento das empresas em todos os setores da economia é fundamental para que a União Europeia seja bem-sucedida na transição para uma economia verde e no cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas¹, nomeadamente no que diz

* Professor de Direito da Faculdade de Direito de Nice, Universidade Côte d'Azur (UCA). Laboratório GREDEG UMR 7321 CNRS/UCA.

¹ A agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada por todos os Estados-Membros das Nações Unidas em 2015, define as prioridades e aspirações do desenvolvimento sustentável global para 2030 e procura mobilizar esforços globais à volta de um conjunto de objetivos e metas comuns. São 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que representam um apelo urgente à ação de todos os países para uma

respeito aos objetivos relacionados com os direitos humanos e o ambiente. A diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, a **Corporate Sustainability Due Diligence Directive** de 13 de junho de 2024², inspirado pela lei francesa de 27 de março de 2017³ e pela lei alemã de 16 de julho de 2021⁴, vem consagrar para certas empresas (1% das empresas da União europeia) várias obrigações relativas ao dever de diligência nas cadeias de valor (*supply chains*)⁵. Aliás, existe uma certa convergência europeia com regras já adotadas ou em debate em certos países da União europeia, para além da França e da Alemanha (Países-Baixos com a lei de 13 de novembro de 2019, as propostas na Dinamarca, Espanha, Bélgica...), e até fora da União, como é o caso da lei de 10 de junho de 2021 na Noruega (*ApnbestsLoven*) relativa ao dever de diligência das empresas.

A diretiva impõe obrigações as empresas em matéria de *efeitos negativos* potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente, no que diz respeito às suas próprias operações, às operações das suas filiais e às operações da cadeia de valor realizadas por entidades com as quais a empresa tenha *uma relação empresarial*⁶. Na medida em que as empresas europeias receavam o risco de desvantagens competitivas em relação às empresas de países terceiros que não têm os mesmos deveres, as regras em matéria de dever de diligência também devem aplicar-se às empresas de países terceiros que não estejam estabelecidas na UE, mas que desenvolvam atividades de determinada envergadura na UE. O incumprimento das regras que vão ser estabele-

parceria global, ver <https://unric.org/pt/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel/>. G.-H. BRUNDTLAND, *Our Common Future*, Montréal, Canada : éd. Le Fleuve, 1988.

² Diretiva 2024/1760 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 13 de junho de 2024 relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937, e o Regulamento (UE) 2023/2859, JOUE 5 de julho de 2024; ver também o projeto de *diretiva Corporate Sustainability Due Diligence CSDD: Doc. COM (2022) 71 final, 23/2/2022 – 2022/0051 (COD)*; Pierre-Henri CONAC, «La gouvernance durable des entreprises selon l'UE : un modèle européen avec des ambitions mondiales réalistes?», *RED*, 4/1 (2022) 129-137.

³ Lei n.º 2017-399, 27 de março de 2017, JO 28 março 2017, texto 1; Sophie SCHILLER, «Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre», *JCP E*, 15/étude 1193 (2017) 19-27.

⁴ *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten; Bundesgesetzblatt* (Jornal da República), 2021, Section I, 2959 et S; Sandie CALME, «La nouvelle loi allemande sur les obligations de vigilance des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement», *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 55/1 (2023) 239-242.

⁵ Projeto de tratado apresentado na ONU relativo ao dever de diligência nas cadeias comerciais internacionais (www.business-humanrights.org/en/big-issues/binding-treaty/), third revised draft, agosto de 2021 e alterado em julho 2023.

⁶ A relação empresarial estabelecida é uma relação comercial direta ou indireta que se prevê duradoura, dada a sua intensidade ou duração, e que não constitui uma parte insignificante ou meramente acessória da cadeia de valor. Esta definição será fundamental em termos de interpretação porque vai estabelecer as condições relativas a aplicação o não da própria diretiva, basta aqui para uma empresa abrangida pelo a diretiva utilizar mecanismos de concursos privados para escolher de maneira habitual os seus parceiros económicos na cadeia de valores para não haver uma qualquer relação empresarial estabelecida.

cidas tem de ter as mesmas consequências em termos de responsabilidade em caso de incumprimento para todas as empresas abrangidas.

O projeto de diretiva apresentado pela comissão europeia no 23 de fevereiro de 2022 foi objeto de alterações com a posição do conselho europeu do 20 de novembro de 2022 e votado pelo parlamento europeu no dia 1 junho de 2023, o texto definitivo da diretiva adotado no 13 de junho de 2024 só entrara em vigor para aplicação após transposição pelos Estados-Membros até ao 26 de julho de 2026.

Portanto aqui, não basta impor obrigações através uma diretiva para que estas sejam respeitadas, é preciso ter em conta o risco de incumprimento e poder acionar a responsabilidade da entidade em causa (I) Aqui evidentemente o jurista vai pensar em medidas, sanções que possam ser impostas a empresa que esteja em incumprimento, multas, medidas provisórias, responsabilidade civil com a intervenção de um terceiro imparcial em regra geral o juiz ou uma autoridade de supervisão. As medidas impostas em caso de incumprimento podem afetar o apoio públicos e também a própria contratação pública e concessões públicas⁷ (II).

I) Incumprimento e a responsabilidade empresarial

O incumprimento das obrigações de diligência é punível, quer com responsabilidade civil da empresa, quer com sanções ou as medidas administrativas impostas por uma autoridade nacional de controlo com poderes para efetuar investigações documentais e no local. Caberá, portanto, a esta autoridade, que terá de dispor em virtude da diretiva de amplos poderes e de um mandato específico, controlar o respeito das obrigações relativas à elaboração e ao conteúdo do plano de diligência. A criação desta nova autoridade administrativa independente a autoridade de regulação corresponde bem ao chamado modelo alemão previsto na lei alemã de 2021⁸ (A), sendo os tribunais judiciais chamados sobretudo a reparar os danos sofridos com o mecanismo clássico da responsabilidade civil da empresa, mecanismo que corresponde ao modelo francês de 2017⁹ (B).

⁷ Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, JOUE 28/3/2014, L94/65, Diretiva 2014/25 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, L94/243.

⁸ *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten*, Section I, 2959 et S; Sandie CALME, « La nouvelle loi allemande sur les obligations de vigilance des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement », 239-242.

⁹ Lei n.º 2017-399; Sophie SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », 19-27; Charlotte MICHON, « Le futur du devoir de vigilance? Regards sur le projet européen et l'évaluation de la loi française » *Rev. int. Compliance*, 2 (2022), comm. 87; Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, « Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique: quel rôle préventif pour le juge? » *Recueil Dalloz* 11 (2020), 609-611; Horatia MUIR-WATT, « Devoir de vigilance et droit international privé, Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires – International Review of Compliance and Business Ethics*, 4 (2017) 48-53, 51; Olivera BOSKOVIC, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé » *Recueil Dalloz*, 7 (2016), 385-388; Sandra COSSART / Tiphaine Beau de LOMÉNIE / Antoine LUBRANI, « Extension du

A) Incumprimento e autoridade nacional de supervisão

O incumprimento pressupõe medidas e sanções e uma autoridade que tenha o poder de adotar as ditas medidas e sanções, o modelo aqui adotado pela diretiva é o da lei alemã de 16 de julho de 2021 que regula os deveres de diligência das empresas nas cadeias de abastecimento, inspirada na lei francesa de 27 de março de 2017, mas diferindo desta neste ponto. A lei alemã não prevê a responsabilidade civil nem uma qualquer competência para uma jurisdição judicial, mas bem um sistema de medidas e sanções pecuniárias confiadas ao Serviço Federal de Economia e Controlo das Exportações. A diretiva impõe a criação em cada Estado Membro de uma autoridade supervisora competente para a aplicação da diretiva relativa ao dever de diligência (1) esta autoridade terá poderes relativos a implementação de medidas, obrigações diversas e a imposição de sanções (2).

1) Uma nova autoridade supervisora

A diretiva impõe aos estados-membros de criar uma autoridade administrativa independente: uma nova autoridade de regulação que terá um papel de supervisor. Os Estados-Membros devem assegurar que as autoridades de supervisão dispõem dos poderes e recursos adequados para desempenhar as funções conferidas pela diretiva proposta. Esta autoridade terá evidentemente uma missão de apoio às empresas, mas também poderá investigar e ordenar medidas para corrigir ou pôr termo a uma infração, impor sanções e receber relatórios de pessoas singulares ou coletivas.

A dita autoridade de supervisão pode dar início a uma investigação por sua própria iniciativa ou na sequência de preocupações fundamentadas que lhe tenham sido comunicadas por pessoas singulares ou pessoas coletivas, se considerar que dispõe de informações suficientes que indiciam um eventual incumprimento. Para tal efeito as autoridades de supervisão estabeleçam canais de fácil acesso para a receção das preocupações. Os procedimentos para a apresentação de preocupações fundamentadas devem ser justos, equitativos, atempados e gratuitos. A investigação pode ter por fundamento uma denúncia de violações por parte de um denunciante como por exemplo um trabalhador da empresa. Alias a Diretiva 2019/1937 do 23 de outubro de 2019 relativa a proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União¹⁰ aplica-se à

domaine de la vigilance : la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance» *RJSP*, 16 (2019) 88-94; Emmanuel DAOUD / Solene SROGGIA, «Les entreprises face aux premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance», *RJSP*, 16 (2019), 95-101.

¹⁰ Diretiva europeia 2019/1937 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DO 23 DE OUTUBRO DE 2019 RELATIVA À PROTEÇÃO DAS PESSOAS QUE DENUNCIAM VIOLAÇÕES DO DIREITO DA UNIÃO, JOUE n.º L305, 29 novembro 2019, 17-56, LEI PORTUGUESA 93/2021, do 20 de dezembro de 2021, de transposição da diretiva europeia, Diario da República, 20 de dezembro de 2021, n.º 244, 3-15; LEI FRANCESA DO 21 DE MARÇO DE 2022, de transposição da diretiva europeia; Florence CHALTIEL, «A la recherche d'un statut européen des lanceurs d'alerte», *Revue de l'Union Européenne*, 627 (2019) 201-202; Pauline DUFFOURQ, «Protection des lanceurs d'alerte et rôle du défenseur des droits: les enseignements de la loi du 21 mars 2022», *Dalloz actualités*, 233 (6/4/2022).

denúncia de todas as violações da diretiva relativa ao dever de diligência¹¹ e claro a própria proteção das pessoas que as denunciam. O denunciante é necessário para a assegurar a eficácia, a eficiência da regra, da norma jurídica porque vai aqui de uma certa maneira cumprir uma missão ao serviço do interesse geral o que justifica uma proteção particular contra qualquer tipo de retaliação.

Esta proposta de criação de uma nova autoridade de supervisão é algo de novo até para um país como a França que apesar de ter sido uns dos primeiros no mundo a criar o dever de diligência, utiliza simplesmente os tribunais judiciais e o mecanismo clássico da responsabilidade civil com a reparação integral do prejuízo sofrido, mediante a concessão de uma indemnização proporcionado ao dito prejuízo, não havendo, portanto, indemnizações punitivas como nos Estados Unidos com a common law¹². Portanto as sanções previstas no âmbito da proposta de diretiva são também mais amplas do que as do direito francês porque não se limitam a responsabilidade civil. A inspiração é aqui a lei alemã de 16 de julho de 2021¹³ com um sistema de medidas e sanções pecuniárias de natureza administrativa.

2) Sanções e medidas

O artigo 27 da diretiva indica claramente que as sanções previstas devem ser *efetivas, proporcionadas e dissuasivas*. Isto significa que os próprios estados-membros da União vão ter de definir as regras relativas às sanções aplicáveis para garantir uma aplicação efetiva da diretiva. Para tal efeito a diretiva exige que as autoridades de supervisão que vão ser designadas pelos poderes públicos nacionais tem de dispor, pelo menos, dos seguintes poderes:

Em primeiro lugar, a autoridade poderá adotar medidas provisórias para evitar o risco de danos graves e irreparáveis¹⁴, estas medidas não são evidentemente sanções, mas medidas provisórias o cautelares que só podem ser outorgadas pela dita autoridade em caso de urgência, urgência que terá de ser comprovada pela pessoa individual ou coletiva que intenta ações perante a autoridade de supervisão.

Em segundo lugar, a autoridade poderá ordenar a cessação das infrações às regras da diretiva, ordenar a proibição da repetição da conduta em causa e, se for caso disso, ordenar medidas corretivas proporcionais à violação e necessárias para pôr termo à mesma. A adoção destas medidas corretivas previstas pelo o artigo 25 da diretiva não impede a que se imponham outras sanções administrativas pela própria autoridade tal como previsto pelo o artigo 27 da dita

¹¹ Artigo 30 da Diretiva 2024/1760, de 13 de junho de 2024, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade.

¹² Cedric VANLEENHOVE, *Punitive damages in Private international Law: Lessons for the European Union*, 1st édition, Bruxelles: Intersentia, 2016; Stefania BARIATTI / Luigi FUMAGALLI / Zeno Crespi REGHIZZI, *Punitive damages and private international law: state of the arts and future dévelopments*, Milano: CEDAM, 2019.

¹³ Lei que entrou em vigor no 1 de janeiro de 2023.

¹⁴ Artigo 25 da Diretiva 2024/1760.

diretiva ou que se acione a responsabilidade civil perante os tribunais em caso de danos com base no artigo 29 da diretiva.

Em terceiro lugar, a autoridade poderá impor sanções pecuniárias. Este terceiro tipo de medidas será muito provavelmente as sanções as mais interessantes de um ponto visto prático porque as sanções pecuniárias administrativas que devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas, serão calculadas tendo em conta o volume líquido de negócios consolidado declarado por essa empresa. A referência ao volume de negócios consolidado foi integrada pelo parlamento europeu em junho de 2023 para o texto da diretiva poder realmente abranger os grupos multinacionais e não simplesmente a empresa como simples pessoa coletiva. Estas devem basear-se no volume de negócios líquido a nível mundial da empresa algo que existe também e já há muito tempo em direito da concorrência. O limite máximo das sanções pecuniárias não deve ser inferior 5% do volume de negócios líquido da empresa a nível mundial no exercício financeiro que antecede a decisão de imposição da sanção. O objetivo aqui é ter algo de muito parecido com o direito da concorrência tanto nacional como europeu¹⁵ que também serviu de modelo em termos de sanções administrativas a nível europeu para o regulamento relativo aos dados pessoais¹⁶ e mais recentemente aos regulamentos “*digital market act*”¹⁷ e “*digital services act*”¹⁸.

A proposta de diretiva previa também que as sanções administrativas pecuniárias possam ser substituídas por algo de novo em direito europeu: a suspensão da livre circulação ou da exportação de produtos. Esta medida visava essencialmente empresas de países terceiros (e não só) que não cumprem as regras da diretiva, o cumprimento das normas da diretiva a chamada “*compliance*” muitas vezes traduzida como a conformidade pode assim tornar-se numa das condições de acesso ao mercado europeu ou a um mercado nacional. Isto significa aqui que o incumprimento seria considerado de uma certa maneira como uma forma de concorrência desleal. A inspiração desta proposta era claramente alemã: a lei alemã de 16 de julho de 2021 que regula os deveres de diligência das empresas nas cadeias de abastecimento, confia o sistema de medidas e sanções pecuniárias ao Serviço Federal de Economia e Controlo das Exportações, portanto um serviço competente em matéria de comércio transfronteiriço. Infelizmente, o texto da diretiva finalmente adotado já não prevê essa possibilidade. Alias, o facto de esta medida não

¹⁵ Em Portugal, a Lei da concorrência, Lei n.º 18/2003, de 11 junho de 2003, em particular o artigo 43.º, prevê um limite máximo de 10% do volume de negócios, em caso de práticas proibidas como cartéis, abuso de posição dominante ou abuso de dependência económica (artigos 4.º, 6.º e 7.º). Em direito europeu, artigos 101 e 102 do Tratado e Regulamento CE n.º 1/2003 do Conselho, de 16/12/2002, relativo a execução das regras de concorrência estabelecidas pelo Tratado.

¹⁶ Regulamento (UE) 2018/1725 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 23 de outubro de 2018, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, JOUE 21/11/2018, L 295/39.

¹⁷ Regulamento (EU) 2022/2064 do 14/9/2022 relativo aos mercados digitais que altera as antigas diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (relativa a economia digital).

¹⁸ Regulamento (UE) 2022/2065 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 19 de outubro de 2022, relativo a um mercado único de serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE (Regulamento relativo aos serviços digitais) JOUE 27 de outubro de 2022, aplicável a partir de 17/2/2024.

ter sido finalmente adotado ao nível europeu sem impedir os estados-membros da criar faz aqui lembrar as tentativas falhas de introduzir uma forma de cláusula social ou ambiental nas regras do comércio internacional¹⁹.

As decisões das autoridades de supervisão relativas ao cumprimento da presente diretiva por parte de uma empresa não prejudicam a responsabilidade civil da empresa. Aliás as autoridades de supervisão devem partilhar quaisquer informações de que disponham sobre uma determinada empresa com o órgão jurisdicional perante o qual devem ser ouvidos os processos relativos à responsabilidade civil da empresa.

B) Incumprimento, danos e responsabilidade civil

O artigo 29 da diretiva prevê a possibilidade de as empresas serem responsabilizadas civilmente sempre que não cumpram as suas obrigações de diligência e tenham sido causados danos em resultado de um impacto adverso que deveria ter sido identificado, evitado, atenuado ou, no mínimo, reduzido através das medidas adequadas previstas na diretiva. A diretiva deixa claro que os esforços da empresa devem ser tidos em conta.

Além disso, as empresas podem ser isentas de responsabilidade pelos danos dos seus parceiros indiretos se puderem demonstrar que incorporaram garantias contratuais que os obrigam a respeitar o código de conduta da empresa e, se for caso disso, um plano de ação de prevenção de riscos, e que tomaram medidas suficientes para verificar o seu cumprimento. Aliás a responsabilidade civil de uma empresa por danos decorrentes de incumprimento não prejudica a responsabilidade civil de quaisquer parceiros empresariais diretos e indiretos da cadeia de valor. O artigo 29 da diretiva prevê que a empresa não pode ser considerada responsável se os danos tiveram sido causados apenas pelos seus parceiros comerciais na cadeia de atividades da empresa. Esta condição pode vir limitar na prática o recurso ao regime de responsabilidade civil, os tribunais competentes em cada estado-membro deverão estar atentos às estratégias empresariais cujo objetivo será de limitar a aplicação do regime de responsabilidade civil.

A sanção administrativa pronunciada pela autoridade administrativa independente competente para aplicação da diretiva não exclui a possibilidade de as vítimas-ofendidos intentarem uma ação judicial de responsabilidade civil pelos danos resultantes da falta de diligência. A prova da falta de diligência será facilitada tendo em conta uma decisão definitiva da dita autoridade de supervisão. Esta ação civil facilitada será o equivalente a uma ação em “follow on” típica das

¹⁹ Jagdish N. BHAGWATI, *The Wind of Hundred Days: How Washington Mismanaged Globalization*, Cambridge: MIT Press, 2000; Jagdish N. BHAGWATI / Robert E. HUDEC, *Fair Trade and Harmonization. Prerequisites for free trade?*, Cambridge: MIT Press, 1996; Simon J. EVENETT, «The World Trade Organization Ministerial Conference in Hong Kong : What's Next?», *Journal of World Trade*, 40/2 (April 2006) 221-238; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Promoting core labour standards and improving social governance in the context of globalisation*, Brussels, 18.7.2001, COM(2001) 416 final.

regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia²⁰.

Ao abrigo da proposta de diretiva a ação judicial pode ser individual ou coletiva o que não é o caso por exemplo em direito francês ao abrigo das leis de 2017 e de 2021. O “modelo” francês prevê simplesmente que as associações e outros grupos coletivos podem dar apoio para organizar a ação judicial da vítima direta, mas não podem eles próprios iniciar esta ação perante o único tribunal judicial competente em França para estas ações: o tribunal judicial de Paris²¹. A diretiva vai aqui mais longe e prevê que os sindicatos mandatados, as organizações da sociedade civil, ou outros intervenientes possam intentar ações perante os tribunais em nome de uma vítima ou de um grupo de vítimas de efeitos negativos, e que essas entidades tenham os direitos e as obrigações de uma parte requerente durante os processos.

Os estados-membros devem assegurar que o prazo de prescrição para intentar ações de indemnização seja de, pelo menos, cinco anos sem ser em qualquer caso inferior ao prazo previsto nos regimes nacionais gerais de responsabilidade civil. Os próprios estados-membros devem também assegurar que existam medidas para garantir que as despesas do processo não sejam excessivamente onerosas para os requerentes que procuram justiça.

Os requerentes devem poder pedir medidas de injunção, incluindo processos sumários que podem assumir a forma de uma medida provisória ou definitiva para cessar uma ação suscetível de violar a presente diretiva, ou para cumprir uma medida constante da presente diretiva.

O modelo é aqui a lei francesa de 2017 que prevê que **primeiro** seja possível uma injunção judicial para planos incompletos ou inadequados, que **segundo** a empresa pode ser responsabilizada civilmente pelos danos resultantes da falta de diligência **terceiro** a publicidade das decisões judiciais. A lei de 2017 foi completada pela lei do 22 de agosto de 2021²² que veio criar uma sanção relativa à privação do acesso a contratos públicos e concessões para as empresas sujeitas à lei, mas que não cumpram as suas obrigações.

II) Incumprimento, apoio público, contratação pública e concessões públicas

O artigo 31 da diretiva é relativo ao “*apoio públicos, contratação pública e concessões públicas*” e prevê que os Estados-Membros devem assegurar que o cumprimento das regras da diretiva seja considerado um aspeto ambiental ou social que as autoridades adjudicantes podem ter em conta como parte dos critérios de adjudicação dos contratos públicos e de concessões. A diretiva prevê também que o cumprimento da diretiva seja uma condição ambiental ou social que as

²⁰ Diretiva 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 26 DE NOVEMBRO DE 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, JOUE 5/12/2014, L349/1.

²¹ Lei nº 20-1729 de 22/12/2021, Código da Organização Judicial, artigo L 211-21.

²² Lei nº 2021-1104 do 22 de agosto de 2022 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets ou loi CLIMAT (lei sobre a luta contra as alterações climáticas e o reforço da resiliência aos seus efeitos chamada de lei do Clima).

autoridades adjudicantes podem estabelecer no que diz respeito a execução de contratos ou concessões públicas (A). A diretiva final já não prevê nenhuma regra relativa aos apoios públicos então que a proposta de diretiva previa que as empresas que solicitavam apoio público certificassem que não lhes foram impostas sanções por incumprimento das obrigações decorrentes da diretiva. A exclusão visava tanto o acesso a apoios ou contratos e constituía uma sanção original que existe em direito francês com uma referência implícita a concorrência desleal apesar de algumas dificuldades práticas a ter em conta na implementação (B).

A)O cumprimento da diretiva critério ambiental ou social na adjudicação e/ou na execução de um contrato ou concessão pública

A diretiva prevê que o cumprimento da diretiva seja um dos critérios ao lado do preço, do prazo de entrega para poder atribuir a uma empresa um contrato ou uma concessão pública. O critério é aqui um critério social ou ambiental, algo de já conhecido em direito europeu através da diretiva 2014/24/UE do 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos²³ iniciado com a evolução jurisprudencial sobre a questão da admissibilidade do recurso a critérios ecológicos de adjudicação de contratos públicos a partir do acórdão *Concordia Bus Finland*²⁴. A novidade, portanto, não é o critério ambiental ou social, mas o fato do próprio cumprimento das obrigações em matéria de dever de diligência poder fazer parte dos ditos critérios.

A entidade adjudicante tem então aqui a capacidade de selecionar os seus fornecedores na base do respeito...da lei. Algo de estranho para o jurista na medida em que o cumprimento de uma regra devia ser, em princípio, uma condição previa de acesso a contratação pública e não simplesmente um critério de atribuição do contrato ou da concessão. O critério ambiental ou social aqui referido será devidamente um elemento discriminatório como os outros critérios para escolher a melhor oferta algo de positivo para incentivar as empresas a cumprir as suas obrigações em matéria de dever de diligência. Mas o incentivo para cumprir não será provavelmente suficiente na medida em que as autoridades adjudicantes podem não incluir este critério: a artigo 31 da diretiva enuncia que autoridades adjudicantes “*podem ter em conta...como parte dos critérios de adjudicação ou de execução do contrato*”. A faculdade não é obrigação, a diretiva adotada fica aquém das expectativas: a lógica teria sido que para poder candidatar a um contrato públicos, uma concessão o simplesmente a qualquer apoio públicos, a candidatura não pode ser legalmente admissível em caso de incumprimento das obrigações relativas ao dever de diligência. O incumprimento seria então como estava previsto na proposta de diretiva de 2013 um motivo de exclusão do acesso a contratação pública ou a qualquer apoio públicos.

²³ Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, JOUE 28/3/2014, L94/65.

²⁴ CJUE, *Concordia Bus Finland*, de 17 de setembro de 2002, Proc. C-513/99.

B) O caso particular da exclusão do acesso a apoios ou contratos públicos

Quando se fala em apoios públicos, contratos públicos, adjudicações, concessões de serviços públicos ou de interesse geral é necessário não esquecer que estão sempre em causa as finanças públicas cuja gestão deve ser exemplar. Para tal efeito as pessoas que querem ter acesso a apoios públicos, a contratação pública ou a uma concessão pública devem também ser exemplares no cumprimento das leis. A chamada conformidade ou “*compliance*”²⁵ pode ter aqui consequências na concorrência, porque a conformidade pode se tornar numa condição de acesso a um mercado. Numa economia de mercado como é o mercado único, a concorrência deva ser livre e leal. Para ser leal, todos tem de ter acesso ao mercado nas mesmas condições: portanto não respeitar certas obrigações pode ser visto como uma forma de concorrência desleal. A proposta de diretiva previa no seu artigo 24 que “Os Estados-Membros devem assegurar que o (não) cumprimento das obrigações decorrentes da presente diretiva ou da sua aplicação voluntária seja considerado um dos aspetos ambientais e sociais a ter em conta em consonância com as normas aplicáveis à prestação de apoio público ou à adjudicação de contratos públicos e concessões. Os Estados-Membros devem estabelecer regras que assegurem que as empresas constituídas em conformidade com a legislação de um país terceiro nos termos do artigo 2.º, n.º 2, sejam excluídas de concursos para a adjudicação de contratos públicos caso não designem um representante autorizado”.

Isto significava que o incumprimento podia se tornar numa condição para ter acesso a uma prestação de apoio públicos ou a um contrato públicos. Aqui a chamada cláusula social ou ambiental²⁶ não é simplesmente como hoje um dos critérios ao lado do preço, do prazo de entrega para poder atribuir a uma empresa um contrato ou uma concessão pública, mas sim um elemento que condiciona a possibilidade de concorrer. Para tal efeito era necessário prever que a autoridade de supervisão pudesse pronunciar como medida ou sanção complementar a exclusão da empresa de toda a contratação pública e apoios públicos enquanto não tiver um plano de diligência e/o não for capaz de provar a sua conformidade. Esta disposição da proposta de diretiva tinha uma forte inspiração no artigo 35 da Lei n.º 2021-1104, de 22 de agosto de 2021, relativa ao combate às alterações climáticas e ao reforço da resiliência aos seus efeitos, conhecida como a “Lei do Clima”, introduziu duas sanções adicionais para as empresas sujeitas à obrigação de elaborar um plano de diligência nos termos do artigo L. 225-102-4 do Código Comercial francês e que não cumpram as suas obrigações a este respeito. Estas empresas podem ver-se excluídas

²⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, ed., *Compliance Monumental Goals*, coll. Compliance & Regulation, Paris: Journal of Regulation & Compliance (JoRC) and Bruylant, 2023; Kaonstantin Von BUSEKIST, dir., *International Compliance. Legal Requirements of Business Organisation in over 30 countries*, C.H. Beck. Hart. Nomos, Baden-Baden (Germany) 2016.

²⁶ Jagdish N. BHAGWATI, *The Wind of Hundred Days: How Washington Mismanaged Globalization*; Jagdish N. BHAGWATI / Robert E. HUDEC, *Fair Trade and Harmonization. Prerequisites for free trade?*; Simon J. EVENETT, «The World Trade Organization Ministerial Conference in Hong Kong : What's Next ?», 221-238; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Promoting core labour standards and improving social governance in the context of globalisation*.

do processo de adjudicação de um contrato público²⁷ ou de um contrato de concessão pública²⁸. No direito francês a exclusão só é possível se não houver plano de diligência, o que é uma interpretação restrita em relação a proposta de diretiva. E temos também de notar que a exclusão é uma simples faculdade: os artigos do código da contratação pública enunciam de maneira muito explícita que “Podem ver-se excluídas...”. E, ademais, a decisão de excluir ou não depende da própria autoridade pública que lança o processo de adjudicação ou de concessão pública, algo que cria uma forma de insegurança jurídica para a autoridade: não ter um plano é algo que pode justificar a exclusão, nomeadamente se o plano for incompleto ou inadequado, pelo que a dita autoridade não tem competência nem capacidade para se pronunciar. Esse poder tem, portanto, que recair nas mãos de uma autoridade de supervisão, algo que também não estava previsto na proposta de diretiva e que explica finalmente que o caso particular da exclusão fosse posto de lado no texto final da diretiva por motivos relacionados com a insegurança jurídica.

²⁷ CCP, art. L. 2141-7-1 (CCP: Código da Contratação Pública).

²⁸ CCP, art. L. 3123-7-1 (CCP: Código da Contratação Pública).

PARA LÁ DA DIRETIVA

RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES*

10.47907/SustentabilidadEmpresarialDireitosHumanosAmbiente/07

José Miguel Embid Irujo**

Resumo: A través de la noción de responsabilidad social corporativa (RSC) se ha hecho posible, desde hace décadas, la inserción de los intereses generales en la organización y el funcionamiento de las sociedades mercantiles, sobre todo de las más grandes. Su consideración por el Derecho ha sido escasa y han predominado las referencias del *soft law*, dejando un amplio espacio para la libertad de iniciativa de las propias sociedades. Modernamente, se habla sobre todo de sostenibilidad, con el propósito de superar el voluntarismo de la RSC y condicionar en cierto modo la propia operatividad de las grandes sociedades mercantiles. Así se advierte en la directiva 2024/1760 de la Unión europea, con importante incidencia en la actuación de los administradores sociales, como directos responsables de la gestión de la sociedad.

Palavras-chave: Responsabilidad social corporativa; sostenibilidad; administradores de sociedades.

Abstract: For decades, the notion of corporate social responsibility (CSR) has made it possible to include general interests in the organization and operation of companies, especially larger undertakings. While the law disregarded CSR, *soft law* references prevailed, providing leeway to initiatives fostered by the companies themselves. Today, the focus is rather placed on sustainability, with the aim of overcoming the voluntarism of CSR and modulating the very functioning of larger companies. This approach is that of the European Union's Directive 2024/1760, which has a significant impact on the actions of company directors, as those directly responsible for the management of the company.

Keywords: Corporate Social Responsibility; Sustainability; Company Directors.

I. La responsabilidad social corporativa como vehículo de ingreso del interés general en el Derecho de sociedades

Un rápido vistazo a la regulación de las sociedades, tanto civiles como mercantiles, en los códigos decimonónicos de Derecho privado, permite poner de manifiesto la atribución a dichas personas jurídicas de una finalidad esencialmente lucrativa como efecto básico de su estricta vinculación con la tutela de intereses puramente particulares. Así se advierte, todavía, en las normas

* El presente trabajo forma parte del proyecto de investigación “Método, finalidad y contenido en la ordenación normativa del gobierno corporativo” (PID2021-128186NB-I100), concedido por el Ministerio español de Ciencia y Tecnología, del que es investigador principal el autor. Se ha elaborado a partir de la conferencia que, con el mismo título, impartió el autor en el congreso internacional “Sustentabilidad empresarial, Direitos Humanos e Ambiente”, celebrado en la Universidad de Coimbra el 27 de octubre de 2023. Agradezco al magistrado y profesor Ricardo Costa su amable invitación.

** Profesor Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia.

vigentes de algunos códigos, como son los españoles, tanto si nos referimos al civil (art. 35; en adelante, C.c.) como si nos centramos en el de comercio (art. 116; en adelante, C. de c.).

Este planteamiento, característico de la mentalidad liberal que inspiró la redacción de tales cuerpos legales, ha experimentado variaciones significativas a lo largo del pasado siglo, como consecuencia de ideas y criterios de distinto signo, con repercusión igualmente diversa en la regulación de las sociedades mercantiles –en cuyo ámbito se enmarca el presente trabajo– de los distintos ordenamientos jurídicos. Sin perjuicio del intenso debate relativo a la determinación de lo que haya de entenderse por interés social, que recorre e identifica en buena medida el pensamiento en torno al Derecho de sociedades del siglo XX, conviene destacar, de entrada y con especial relieve, el principio de *mercantilidad por razón de la forma*, asentado ya en el tradicional Derecho alemán, y recogido en muy distintas regulaciones, con vigencia permanente incluso en nuestros días a propósito de las sociedades de capital.

A su tenor, resulta irrelevante el contenido del objeto social para la calificación de la correspondiente social como mercantil; lo decisivo, en tal sentido, es la adopción de una forma jurídica determinada para que tal sujeto asuma la condición de empresario “cualquiera que sea su objeto”, como lapidariamente advierte el art. 2 de la Ley (española) de sociedades de capital (en adelante, LSC). Y aunque esta última norma haya merecido valoraciones dispares en distintos sectores de la doctrina española, parece evidente, a la vista de lo advertido en la práctica societaria, que el ánimo de lucro no será, por sí solo, elemento esencial de la causa del contrato correspondiente a las sociedades de capital, sino meramente una circunstancia “natural”¹. En tal sentido, podrá no existir o, en su caso, convivir con otras finalidades de carácter no lucrativo.

Al lado de esta circunstancia esencialmente técnica, hay que aludir a un supuesto básico del Derecho de sociedades como es el interés social, y el sempiterno debate en torno a su contenido. Frente a una orientación contractualista, de corte clásico, donde dicho interés era el resultado de la comunidad de criterios y objetivos de los socios, encontramos diferentes versiones de naturaleza institucional, que permiten acoger intereses y propósitos ajenos a los socios, desde la órbita de la empresa, hasta los grupos de interés (*stakeholders*) ajenos tanto a ésta como a la propia sociedad.

¹ La innecesariedad del ánimo de lucro para la formulación de un concepto actual (“amplio”) de sociedad había sido formulada autorizadamente en la doctrina española hace considerable tiempo (cfr. J. GIRON TENA, *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid: edición del autor, 1976, 25 y ss.) En este sentido, de manera mucho más tardía, se expresa la importante resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de diciembre de 2020 (Boletín Oficial del Estado de 9 de enero de 2021). Por lo que se refiere al Derecho portugués, la finalidad lucrativa parece ser elemento básico del concepto de sociedad mercantil (cfr. Paulo Olavo CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 2022, 11). Últimamente, sobre el relieve del ánimo de lucro en la conformación actual del Derecho de sociedades, Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, «El ánimo de lucro en las sociedades de capital: cuestiones tipológicas y modelos societarios», en José Miguel EMBID IRUJO / Niccolò ABRIANI, dirs., *Problemas actuales del gobierno corporativo. IX Incontro/Encuentro italiano-español de Derecho mercantil*, Madrid: Marcial Pons, 2023, 187-198.

No puede darse por cerrado, evidentemente, este debate, sin perjuicio del paulatino y progresivo reconocimiento de otros intereses en el ámbito societario, bien mediante su integración en el interés social (que vendría convertirse, de este modo, en una suerte de supraconcepto del Derecho de sociedades), bien mediante su tipificación expresa en la regulación positiva, como ha sucedido con el interés de la empresa, en España, o con la *raison d'être* de las sociedades en el Derecho francés².

En el marco de este debate, que viene recorriendo, de manera no uniforme, el Derecho de sociedades desde el pasado siglo, y con el estímulo de nuevas ideas sobre el significado de la empresa en el mundo actual han surgido otros planteamientos en torno a la inserción del interés general en dicha disciplina jurídica, de los que es testigo la figura de la responsabilidad social corporativa (en adelante RSC), así como, más recientemente, la sostenibilidad. En ambos supuestos, y con orientaciones no siempre coincidentes, confluyen criterios diversos orientados a configurar la actividad de empresa, así como la organización de su titular jurídico, con arreglo a criterios satisfactorios para el interés general³.

Si bajo los auspicios de la RSC, las empresas, por lo común las de mayor dimensión, aspiran a ser consideradas "socialmente responsables", la segunda aparece referida derechamente a la actividad desarrollada por los operadores económicos, a fin de que sea sostenible desde la

² A propósito del Derecho francés de sociedades en este punto, con ciertos matices críticos, K. DECKERT, «Die Anerkennung des Unternehmensinteresse und Einführung der *raison d'être* von Gesellschaften im französischen Recht: tiefgreifende Reform oder politische Ansage?», en Stefan GRUNDMANN / Hanno MERKT / Peter MÜLBERT, dirs., *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2020, 151-162. Sobre el Derecho español, donde se reconoce expresamente el interés de la empresa (art. 225, 1.º LSC), véase José Miguel EMBID IRUJO, «Notas sobre el significado jurídico del interés de la empresa», en José Miguel EMBID IRUJO / Luís HERNANDO CEBRIÁ, dirs, *Reformas y continuidad en la regulación de las sociedades no cotizadas (Ley 5/2021, de 12 de abril, y Ley 16/2022, de 5 de septiembre)*, Granada: Comares, 2022, 23.54. Por lo que se refiere al Derecho portugués, la delimitación del interés social aparece vinculada con los deberes de los administradores sociales; al respecto, Paulo Olavo CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 565 y ss. Sobre tales deberes en relación con la RSC, Ricardo COSTA, «“Responsabilidade social” na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades», en Ricardo COSTA, org., *Direito das Empresas: Reflexões e decisões*, Coimbra:Almedina, 2022, 123-140.

³ Y todo ello, con independencia de otras posibilidades, como es la de admitir por vía legislativa, figuras societarias tipológicamente diferenciadas, como la sociedad de beneficio e interés común, en la que se pretende combinar el tradicional ánimo de lucro con la realización de objetivos acordes con el interés general. Estas sociedades, dotadas, podríamos decir, de una "causa mixta", frente al monismo causal del clásico Derecho de sociedades, no constituyen propiamente un tipo societario nuevo, sino que se configuran, por lo común, como variedades de las típicas sociedades de capital, tal y como se observa en diferentes ordenamientos jurídicos de Europa, como Italia (por muchos, Mario STELLA RICHTER JR. / Maria Lucia PASSADOR / Cecilia SERTOLI, «Tendenze e prospettive delle società benefit», *Analisi Giuridico dell'Economia*, 1, (2022), 213-237), y América, esencialmente. En el Derecho español, han sido objeto, recientemente, de un mero "reconocimiento" legislativo, a la espera de una próxima reglamentación, lo que permite defender su constitución autónoma mediante un adecuado ejercicio de la libertad contractual. Sobre esta figura, puede encontrarse una amplia información comparada en Henry PETER / Carlos VARGAS VASSEROT / Jaime ALCALDE SILVA (dirs.), *The International Handbook of Social Enterprise Law. Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies*, Cham: Springer, 2022.

perspectiva del acrónimo ESG, es decir, en atención al medio ambiente, a la realidad social y a la propia gobernanza de la empresa⁴.

II. Significado jurídico de la RSC: ¿de la voluntariedad a la vinculación?

1. Presentación: la voluntariedad, como respuesta clásica al problema

En el presente trabajo, concentraremos la atención en la RSC, sin entrar en mayores disquisiciones en torno a su identidad o divergencia con la sostenibilidad, a la vista de lo que se observa en diferentes aportaciones doctrinales⁵. Con todo, la noción misma de RSC, y su acento en la conducta autónomamente decidida por la empresa, refleja una orientación valiosa, en cuanto apela, como idea regulativa, a un propósito que va más allá de lo que, en su caso, puedan establecer las normas jurídicas. Se trata, a nuestro juicio, de un “programa para la acción” del que pueden formar parte actuaciones diversas, que van desde la clásica filantropía, a través de actos o negocios gratuitos, como las donaciones⁶, hasta criterios específicos para la mejor organización de la empresa⁷.

Desde la perspectiva jurídica, que es la propia de este trabajo, no interesa tanto profundizar en el específico conjunto de actuaciones que se proponga realizar la empresa que aspire a ser “socialmente responsable”, sino, más bien, determinar el relieve que para el ordenamiento pueda llegar a tener dicha magnitud. En principio, no parece que nos encontremos ante una auténtica institución jurídica, sino ante un fenómeno de la realidad, característico, por lo demás, como ya se ha señalado, de las empresas de mayor dimensión, de las que son titulares sociedades anónimas, por lo común cotizadas en Bolsa.

Sin perjuicio de la indicada constatación, la primera pregunta que puede hacerse en torno a la RSC desde la perspectiva jurídica se refiere al vínculo, si lo hubiera, entre RSC y empresa, o, quizás mejor, entre RSC y sociedad titular de la correspondiente actividad empresarial. Dicho de otra manera, la pregunta podría formularse en los siguientes términos: ¿Debe o, simplemente, puede la indicada empresa sociedad, “hacer” RSC?

⁴ Cfr. José Miguel EMBID IRUJO, «De la responsabilidad social corporativa a la sostenibilidad», en José Miguel EMBID IRUJO / Niccolò ABRIANI, dirs., *Problemas actuales del gobierno corporativo. IX Incontro/Encuentro italiano-español de Derecho Mercantil*, Madrid: Marcial Pons, 2023, 27-50.

⁵ No obstante, se aludirá a la relación, y a la posible transición, entre RSC y sostenibilidad, al final de este trabajo (cfr. *infra* VI).

⁶ Con un importante “efecto reputacional” (Ricardo COSTA, «Responsabilidad social» na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades», 132). Sobre este asunto, con gran detalle, Paula DEL VAL TALENS, *Donaciones societarias*, Cizur Menor: Aranzadi, 2021.

⁷ De ahí la progresiva conexión de la RSC con el (buen) gobierno corporativo, del que se ha convertido en elemento relevante; al respecto Hans Joachim BÖCKING / Carolin ALTHOFF, «Corporate Social Responsibility als Instrument guter Corporate Governance», en Stefan GRUNDMANN / Hanno MERKT / Peter MÜLBERT, dirs., *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 80. Geburtstag am 24. August 2020*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2020, 83-100.

La respuesta a tal cuestión, en el ámbito específicamente empresarial, sobre todo, ha sido nítida; la RSC es, como se acaba de señalar, un programa para la acción que la empresa-sociedad establece y adopta por su libre voluntad de manera exclusiva, sin que haya (ni deba haber, se piensa de manera mayoritaria) vinculación jurídica alguna. Planteadas las cosas de este modo, podría sostenerse, como en el pasado ha sido frecuente, que la RSC, como práctica puramente empresarial, carecería de relaciones con el ámbito del Derecho no sólo en lo que afectaría a su mera posibilidad, sino, sobre todo, a los efectos derivados de las concretas actuaciones en que podría materializarse.

2. Matices revisores del planteamiento tradicional

2.1. Premisa: un dato del Derecho positivo español

El propio desarrollo de la RSC en la práctica empresarial ha servido para poner de manifiesto diversos matices al planteamiento voluntarista, dominante en la materia, que acabamos de exponer de manera sumamente sintética. Y el primero de esos matices podría deducirse de esa misma práctica, atendiendo a su significado concreto y, sobre todo, a su frecuencia, en particular cuando se contempla el modo de comportarse de las grandes empresas. Cabe decir, en tal sentido, que los programas de RSC, en este específico ámbito empresarial, son un elemento permanente de su conducta, con una acusada proyección externa (aunque no sólo) y, por tanto, con incidencia significativa en el contorno de las empresas socialmente responsables.

Una confirmación expresa de esa frecuencia, del carácter consustancial, cabría decir, de la RSC respecto de la actividad de las grandes empresas y sociedades, lo encontramos precisamente en el terreno de la regulación, como pone de manifiesto el art. 529 ter, 1.º, a) LSC, dentro del ordenamiento español. Dicho precepto, y aunque sea de manera meramente identificativa, sin contenido material alguno, incluye dentro de las “facultades indelegables” del consejo de administración de las sociedades cotizadas, la aprobación de “la política de responsabilidad social corporativa”. No se trata, por lo demás, de mera retórica o de una concesión nominal a la realidad del tiempo presente; la alusión a la RSC en ese precepto aparece inserta en un conjunto de políticas relevantes cuya aprobación es competencia indelegable del consejo de administración; entre ellas, cabe destacar la política de inversiones y de financiación, así como la política de dividendos.

2.2. Visión individualizada y visión conjunta de la RSC

Sobre la base de lo que antecede, podemos estar en mejores condiciones para formular alguna reflexión fundada sobre la relación de la RSC con el ordenamiento jurídico, en el sentido de saber si existe algún tipo de vinculación para la empresa o la sociedad respectiva. Esa reflexión puede formularse a dos niveles distintos; uno, cabría decir, individual, relativo exclusivamente a tal empresa o sociedad, así como al conjunto de acciones que lleve o pretenda llevar a cabo en

el ámbito de la RSC, en atención a la difusión o exteriorización de la conducta pretendida; el segundo, de carácter más general, aspira a extraer algún resultado de la apreciación conjunta en torno a la política de RSC realizada por las distintas empresas o sociedades de manera continuada en el tiempo.

Por lo que a la primera vertiente se refiere, cabe traer a colación un clásico tema del Derecho de obligaciones y contratos, gracias al cual sería posible sostener la vinculación, desde luego, individual, de la empresa o sociedad con motivo de su política de RSC. Se trata de que con el programa para la acción que toda RSC supone se enuncian propósitos o intenciones (quizá, más propiamente, deberes) de la empresa que aspira a ser socialmente responsable, cuyo análisis jurídico nos acerca al ámbito específico de la *voluntad unilateral como fuente de obligaciones*.

Esta orientación no resulta usual entre los autores que se han ocupado de la RSC y más allá de su exactitud plantea diversos matices en los que ahora no es posible entrar⁸. Con todo, mediante ella se hace posible la inserción de nuestra figura, si se quiere con orientación individualizadora, en el ámbito del Derecho, al tiempo que sirve para reafirmar la voluntariedad como un elemento destacado de la RSC, si bien incardinada en el marco de la vinculación social que una tal promesa produce desde la perspectiva del Derecho privado⁹.

Si pasamos, por lo demás, del nivel “micro”, recién expresado, a otro “macro” –utilizando una terminología no propiamente jurídica-, es decir, si dejamos la citada orientación individualizadora para pasar a contemplar el supuesto de la RSC como expresión común de un cierto sector empresarial, resulta posible conseguir una visión ampliada de dicha figura, susceptible de acomodarse bien desde el Derecho a lo que auténticamente pueda representar. Y es que, al margen de lo que cada gran sociedad pueda considerar oportuno en el ámbito de su particular proceso decisorio, como contenido de su concreto programa de RSC, parece evidente, y no sólo ahora, que esa misma entidad “hace” RSC porque “no puede dejar de hacerla”. Ello es así por la concurrencia de diversas circunstancias relativas a esa gran sociedad, como son su relieve económico, su implantación social y por la trascendencia de su actividad para la comunidad o ámbito territorial donde esté instalada o a la que se extiendan sus efectos, las cuales influyen de manera decisiva en ese activo intangible, hoy de tanto valor, como es la reputación¹⁰.

⁸ Cfr. José Miguel EMBID IRUJO, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en Emilio Blanco MARTÍNEZ / Antonio Manuel MORALES MORENO, dir., *Estudios sobre Derecho de contratos*, I, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, 311-332, especialmente pp. 327-331.

⁹ Es bien conocido, como se ha indicado sumariamente en el texto, que el programa para la acción en que consiste la RSC suele contener declaraciones específicas en torno a aspectos concretos del mismo, recibiendo, por regla general, amplia divulgación en el medio social y ciudadano en el que se pretende hacer posible su operatividad. No parece dudoso que tales declaraciones vincularán a la empresa o sociedad declarante, que se verá en el deber de “activar” el contenido de su programa en el caso de que, fundadamente, así se le requiera.

¹⁰ Cfr. I. FERNÁNDEZ TORRES / R. Hernández Peñasco, «Reputación y buen gobierno», en Alfonso MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, dir., *Gobierno corporativo, sostenibilidad y reputación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, 99-122; más recientemente, Paula DEL VAL TALENS, «El deber de los administradores de velar por la reputación de la sociedad», en Amanda COHEN BENCHETRIT / Alfonso MUÑOZ PAREDES, dirs., *Deberes de los administradores de las sociedades de capital*, Cizur Menor: Aranzadi, 2023, 127-156.

Esta predisposición inevitable hacia la responsabilidad social (sin entrar ahora, por supuesto, en lo que tal pretensión pueda significar de manera efectiva en la práctica empresarial y social) que afecta al sector de las grandes empresas organizadas en forma de sociedad mercantil constituye, a nuestro juicio, un elemento del que no se puede prescindir en el análisis jurídico de la RSC; su consideración, por otra parte, obliga a modificar el punto de partida y a concluir, bien que con muchos matices, en una dirección opuesta a la que ha sido habitual en la realidad práctica.

No estaríamos, así, ante una conducta derivada en exclusiva de la pura y libre decisión de la empresa, pues, al margen de lo que pueda deducirse del temario propio de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, la RSC se nos revela, desde hace considerable tiempo, como un auténtico *uso empresarial*, todo lo impreciso que se quiera, pero realmente existente, con un indudable relieve jurídico. Entramos así en el terreno de los hechos, repetidos y constantes, con relevancia normativa, es decir, en el campo, de la costumbre¹¹, de considerable tradición, como es bien sabido, en el surgimiento y la consolidación del Derecho mercantil.

En cualquier caso, la circunstancia de que la normativa mercantil esté basada, a partir, sobre todo, de la codificación, en el Derecho escrito y legislado no impide la realización de conductas jurídicamente relevantes en su particular ámbito, carentes, a la vez, de toda regulación previa y expresa. La RSC sería, así, un supuesto de tal naturaleza, creado al amparo de una intensa práctica social y convertido, por ello mismo, en una nueva realidad jurídica, vinculante, si se quiere de manera elástica, para el sector empresarial especialmente afectado.

Los argumentos que se acaban de exponer permiten, en síntesis, reivindicar el significado jurídico de la RSC y justifican, al mismo tiempo, su tratamiento en el contexto actual como una forma singular, dotada de cierta tradición, para hacer posible el encaje del interés general en el Derecho de sociedades. A la vez, ofrece perspectivas de desarrollo futuro dentro de una materia, como la que nos ocupa, esencialmente abierta, en atención, como ya se ha señalado, a su carácter de idea regulativa, respetuosa con la autonomía de la voluntad y susceptible de acoger nuevos contenidos y posibilidades, frente a la mayor rigidez, al menos aparente, de la sostenibilidad.

III. La regulación de la RSC, entre el *soft Law* y el Derecho firme

Con arreglo a los matices que se acaban de exponer, parece posible sostener, en principio, que la RSC no es una magnitud ajena al Derecho y que, a la vez, resulta posible afirmar la existencia de un cierto modo de vinculación, por razón de su contenido, para la empresa o sociedad que pretenda llevarla a cabo.

Dicho esto, sin embargo, no es fácil acometer la tarea de establecer una regulación sobre la misma, por mínima o elemental que sea. La alusión al Derecho español de sociedades cotizadas,

¹¹ En general, sobre la costumbre, desde la perspectiva jurídica, puede verse el clásico trabajo de Noberto BOBBIO, *La consuetudine como fatto normativo*, Padova: Cedam, 1942 (reeditada, con el mismo título, en Torino: Giappichelli, 2010); para su traslación al ámbito de la RSC, cfr. José Miguel EMBID IRUJO / Paula DEL VAL TALENS, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016, 90-93.

como se recordará, no contenía referencia alguna a lo que pudiera significar materialmente la RSC y tenía un significado puramente nominal, cabría decir. Este planteamiento, relativamente común desde la perspectiva comparada en lo que al Derecho firme se refiere, se ha visto impulsado en los últimos años por la Unión europea, en cuyo ámbito se han elaborado, y se siguen elaborando, diferentes normas (por lo común, directivas) que intentan ir traduciendo en precisas normas jurídicas el significado de la RSC y de la sostenibilidad.

Se trata, con todo, de regulaciones de alcance limitado, referidas, de manera habitual, a aspectos externos de nuestra figura, comúnmente situados en la esfera informativa, como ha sucedido, entre otros textos, con las directivas europeas 2014/95/UE, de 22 de octubre¹², y 2022/2464, de 14 de diciembre, relativas respectivamente a la información no financiera y a la información sobre sostenibilidad, esta segunda como un eslabón de mayor intensidad respecto de la primera. En ambos casos, con todo, se trata de preceptos aplicables exclusivamente a empresas y grupos de considerable dimensión económica, lo que, una vez más confirma, la vinculación entre la RSC y este importante segmento de la tipología empresarial.

Por las limitaciones de este conjunto regulador, generalmente situado en la “periferia” de la RSC¹³, se entiende que, a la hora de intentar establecer un régimen jurídico de nuestra figura,

¹² De entre la muy abundante bibliografía sobre esta directiva, y sobre su transposición al Derecho alemán, resulta de gran interés la consulta de Peter HOMMELHOFF, *Lagebericht und Konzernlagebericht. Zentren eines Business Reporting*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2022, 69 y ss.

¹³ Siendo predominante, por tanto, este planteamiento “periférico” en la regulación de la RSC y la sostenibilidad, no es posible ignorar, sin embargo, que por vía preferentemente jurisprudencial se ha empezado a recorrer el camino hacia el núcleo jurídico de ambas figuras. Y el vehículo para ese recorrido es la responsabilidad civil, susceptible de surgir ante la realización de conductas socialmente inapropiadas o insostenibles por parte de una determinada empresa o, incluso, por parte de sociedades filiales insertas dentro de grandes grupos empresariales, sobre todo a escala internacional, imputando en este caso a la sociedad dominante el daño derivado de tales conductas. Como se acaba de indicar es, sobre todo, la Jurisprudencia quien ha reconocido esta posible responsabilidad civil al hilo de consideraciones de diverso alcance y sin un apoyo nítido en el Derecho positivo. Se cuenta ya con algunos fallos de distintos tribunales (cfr. Cees VAN DAM, «Breakthrough in Parent Company Law – Three Shell Defeats, the End of an Era and new Paradigms», *ECFR*, 18/5 (2021) 714-748) sin que, por lo demás, se haya formado una doctrina suficientemente sólida alrededor de este asunto. Resulta necesario destacar, a tal efecto, el relieve del componente internacional en la materia y, de manera especialmente relevante, que el contexto empresarial en el que se plantea la posible exigencia de responsabilidad es el de los grandes grupos de sociedades. En apariencia, se cruzan aquí dos caminos destacados en la evolución del moderno Derecho de sociedades, como sería, de un lado, la superación del planteamiento periférico, es decir, informativo, en la regulación de la RSC y la sostenibilidad, y, de otro, la necesaria configuración de un régimen jurídico para los grupos de sociedades. El entrecruzamiento de ambas vertientes muestra, si se quiere, un cierto predominio por parte de la RSC y la sostenibilidad al poner como elemento determinante de la posible responsabilidad de la sociedad dominante del grupo la grave inobservancia de aspectos sociales e, incluso, relativos a la tutela de los derechos humanos (al respecto, Maria Vittoria ZAMMITI, *La responsabilità della capogruppo per la condotta socialmente irresponsabile delle società subordinate*, Milano: Giuffrè, 2020). Menor en el tema que nos ocupa, o sea, en el avance hacia el núcleo jurídico de la RSC y la sostenibilidad, es el relieve del Derecho positivo, aunque no falta algún ejemplo relevante al respecto. Este es el caso del Derecho francés, merced a la Ley 2017-399, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las sociedades dominantes y de las empresas que imparten instrucciones

aunque sea circunscrito a escasos supuestos, se haya buscado un tratamiento ajeno al tradicional Derecho firme. Nos referimos a la frecuencia, observada en distintos ordenamientos jurídicos, con la que la RSC ha sido objeto de consideración desde la perspectiva del llamado Derecho blando (*soft Law*), mediante la formulación de diversas recomendaciones, sin vinculación directa, por tanto, para sus destinatarios.

Debe destacarse en tal sentido la mención expresa de la RSC en el código (español) de buen gobierno de las sociedades cotizadas (en adelante, CBGSC), en su versión de 2015; no obstante, la versión actual de dicho código, de 2020, en línea, quizás, con otros textos de la misma naturaleza, ha sustituido la mención a la RSC por abundantes referencias a la sostenibilidad. Con todo, la atenta lectura de esas diferentes alusiones permite concluir la sustancial identidad entre ambas denominaciones, en cuanto formas de inserción del interés general en el ámbito societario, según lo que aquí se ha sostenido.

IV. RSC y tipología societaria

La reciente alusión al Derecho blando como elemento regulador de la RSC ha puesto de manifiesto, de nuevo, la vinculación entre dicha figura y las sociedades de mayor dimensión económica. Se constata en este tema, desde la perspectiva jurídica, por tanto, un relevante elemento de tipología societaria¹⁴, que, sin embargo, no debería considerarse como un resultado inexorable.

vinculantes, objeto de cierta atención por parte de la doctrina jurídica internacional. Entre otros aspectos de relieve, en dicha ley se instaura un singular deber de vigilancia por parte de la sociedad dominante de un grupo en relación con el comportamiento de sus sociedades filiales en el extranjero.

Estrechamente relacionada con este planteamiento, es la muy reciente aprobación por la Unión europea de la directiva 2024/1760, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en relación con la sostenibilidad, tras un largo período de propuestas y proyectos, así como de considerable debate doctrinal. No es éste el lugar para llevar a cabo un análisis detallado de este importante texto normativo, cuya transposición al ordenamiento de los distintos Estados miembros traerá consigo dificultades considerables, al tiempo que introducirá una orientación sustancialmente nueva en la organización y el funcionamiento de las empresas afectadas, por lo común de considerable tamaño y situadas preferentemente en el ámbito, no bien regulado, de los grupos de sociedades. Al final de este trabajo, se aludirá sumariamente a su significado, en el contexto de las materias tratadas en él.

¹⁴ Bajo esta denominación, no estrictamente coincidente con la tipicidad en el Derecho de sociedades, se intenta acoger, de manera genérica, todo el espectro de modalidades societarias realmente existentes, cuya configuración, en buena medida, es resultado del despliegue efectivo de la autonomía de la voluntad, dentro de los márgenes permitidos por la normativa vigente. Para el Derecho mercantil en general y, por supuesto, para el Derecho de sociedades, el análisis tipológico resulta enormemente fructífero, como prueba, en el pasado siglo y entre otras vertientes, la relevante obra de Tullio Ascarelli, cuya influencia resulta perceptible todavía en la doctrina mercantilista italiana (al respecto, Giuseppe FERRI JR. / Mario STELLA RICHTER JR., dirs., *Tullio Ascarelli e il ragionamento tipologico*, Milano: Giuffrè, 2022). Toda reflexión sobre tipología societaria, por lo demás, se articula, con mayor o menor elasticidad, en torno a la noción de "tipo", sin perjuicio de la consideración de otras variantes o conceptos cercanos (modelo, forma societaria, etc.); al respecto, a propósito de la sociedad de responsabilidad limitada, pero con posible extrapolación a otras figuras, Alessio Diego SCANO, «Il tipo», en Carlo IBBA / Giorgio MARASÀ, dirs., *La società a responsabilità limitata*, I, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 31-86.

Con frecuencia se plantea en los últimos años la posibilidad de que la RSC “encuentre su espacio” en otros ámbitos tipológicos, como los correspondientes a las pequeñas y medianas empresas, por lo común constituidas como sociedades cerradas (sin precisar ahora el tipo concreto que hayan podido elegir). Esta reflexión, en buena medida, viene condicionada por la nueva visión de la actividad empresarial que se empieza a configurar en nuestros días, de un lado, y, de otro, por las urgencias derivadas de la sostenibilidad, en relación, entre otros temas, con el cambio climático. Sin embargo, esa potencial generalización de la RSC a todo el espectro societario ha de hacerse con sumo cuidado por la necesidad de observar con rigor el principio de proporción. Organizar un programa de RSC no es un asunto sencillo y requiere en la correspondiente sociedad recursos de diferente tipo, además del establecimiento de una estructura *ad hoc* más o menos permanente¹⁵.

En este contexto, por otra parte, se suele ir más allá del Derecho de las sociedades mercantiles, para incluir sociedades no mercantiles y también personas jurídicas de base institucional, como las fundaciones, como operadores supuestamente mejor predisuestos para la realización de un programa de RSC. En el caso de las sociedades cooperativas, como ejemplo más destacado de sociedad no mercantil (en el sentido formal-típico del término, no en lo que se refiere al contenido de la actividad desarrollada en el mercado), resulta discutible que concurra esa predisposición favorable a la RSC, como de manera habitual se afirma no sólo en algunos sectores de la doctrina, sino, sobre todo, en los medios de difusión propiamente cooperativos.

Está claro que en la razón de ser de las sociedades cooperativas existe un fenómeno mutualista, basado en la colaboración y la ayuda recíproca de los socios cooperativistas¹⁶. Pero no parece, en principio, que tal circunstancia, esencial a la forma jurídica de la cooperativa, signifique algo desde el punto de vista de la realización del interés general, a cuyo objetivo, como sabemos, se endereza la puesta en práctica de todo programa de RSC. Que se “añada” la RSC al mutualismo

¹⁵ Sin perjuicio, claro está, de que esa estructura pueda ser alguna ya existente, que absorba los cometidos correspondientes a la RSC, u otra de nueva creación, de carácter especializado en dicha materia. En tal sentido, véase, por ejemplo, la recomendación 53 del CBGSC; en ella se recomienda, literalmente, “que la supervisión de las políticas y reglas de la sociedad en materia medioambiental, social y de gobierno corporativo, así como de los códigos internos de conducta, se atribuya a una o se reparta entre varias comisiones del consejo de administración que podrán ser la comisión de auditoría, la de nombramientos, una comisión especializada en sostenibilidad o responsabilidad social corporativa u otra comisión especializada que el consejo de administración, en ejercicio de sus facultades de autoorganización, haya decidido crear. Y que tal comisión esté integrada únicamente por consejeros no ejecutivos, siendo la mayoría independientes y se le atribuyan específicamente las funciones mínimas que se indican en la recomendación siguiente”.

¹⁶ Sobre la mutualidad, como característica esencial de las sociedades cooperativas, Miguel Angel SANTOS DOMÍNGUEZ, *El poder de decisión del socio en las sociedades cooperativas: la Asamblea General*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014, 267-313; para este autor (pp. 267-268) hay mutualidad cuando quienes integran la sociedad cooperativa “ejercen conjuntamente una actividad económica para satisfacer sus necesidades”; y estando universalmente aceptado que “la cooperativa es una sociedad de base mutualista que ejerce una actividad empresarial para satisfacer necesidades comunes de los socios”, concluye calificando a este tipo societario como “una mutualidad con personalidad jurídica”.

es no sólo posible sino plenamente lícito, pero requiere, en todo caso, la específica voluntad de la cooperativa al efecto.

Distinto es el caso de las fundaciones y, de manera más específica, de las fundaciones titulares, de manera directa o indirecta, de actividades de empresa. Por regla general, estas personas jurídicas se constituyen para realizar un fin de interés general, de modo que, en el caso específico de esta singular modalidad fundacional¹⁷, se conjugaría el ejercicio de la actividad de empresa con la (necesaria) presencia, en la misma razón de ser de la fundación, de la satisfacción de objetivos o fines de interés general, de donde se deduce un vínculo necesario con la RSC en este concreto supuesto.

Por último, y dilatando la noción de tipología societaria, sería posible contemplar también el relieve de la RSC dentro de los grupos de sociedades, aunque en ellos, y a diferencia de los casos anteriores, nos encontramos ante un complejo empresarial policorporativo carente de personalidad jurídica y, por lo general, carente de adecuada regulación normativa¹⁸. En función de la estructura organizativa del grupo, cabría plantearse, en abstracto, dos posibles modelos a la hora de establecer pautas firmes en el que tema que nos ocupa.

El primero, relevante sobre todo para los grupos más centralizados, consistiría en el establecimiento de un programa de RSC común para todas las sociedades integrantes del grupo. Por su parte, el segundo modelo supondría la posibilidad de que existieran diferentes programas de RSC, correspondiendo cada uno a las distintas sociedades integrantes del grupo, sin perjuicio de la necesaria coordinación entre todos ellos bajo las instrucciones de la entidad que ejerciera la dirección unitaria en esta singular forma de empresa¹⁹.

V. Los administradores sociales ante la RSC

1. Presentación

En cuanto ejemplo de “política”, como sugiere el art. 529 ter 1.º a) LSC, antes citado, o como “programa para la acción”, tal y como se ha afirmado, en diferentes ocasiones, a lo largo del

¹⁷ Al respecto, José Miguel EMBID IRUJO, *Actividad económica en el mercado e interés general. Sobre el Derecho de fundaciones de nuestro tiempo*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019.

¹⁸ Una notable excepción a este respecto la constituye el Derecho portugués, gracias al régimen sobre dicha figura, sin perjuicio del tratamiento previo de los vínculos entre sociedades, contenido en el Código de sociedades comerciales (arts. 481-508G; en adelante, CSC). De entre la abundante doctrina, véase, por muchos, José Engrácia ANTUNES, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2002. Más recientemente, y con carácter sintético, Paulo Olavo CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 1129-1149.

¹⁹ De la escasa bibliografía existente al respecto, cfr. José Miguel EMBID IRUJO, «Responsabilità sociale d'impresa e disciplina dei gruppi di società», en Marina CASTELLANETA / Francesca VESSIA, dirs., *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, 41-62. A propósito de la información no financiera que han de proporcionar los grupos de sociedades, es interesante la consulta de Peter HOMMELHOFF, *Lagebericht und Konzernlagebericht. Zentren eines Business Reporting.*, especialmente, 144 y ss.

presente trabajo, la RSC no se limita a ser un conjunto de buenas intenciones o de propósitos más o menos valiosos, sino que solamente adquiere sentido en cuanto que “se realiza”, como quería Rudolf Ihering, en relación con el Derecho, en general²⁰. Y esa realización requiere, como es fácil de imaginar, un agente habilitado al efecto, el cual, en principio, no puede ser otro dentro del ámbito societario que el órgano administrativo. Plantear la posibilidad de que esa tarea sea asumida por la junta general carece de sentido, dado el carácter interno y discontinuo de este último órgano, sin perjuicio de su superior competencia para adoptar acuerdos en torno a los temas nucleares de la propia sociedad.

Son múltiples los problemas que concurren a la hora de establecer algunos criterios básicos en torno al significado de la RSC desde la perspectiva correspondiente a los administradores sociales, y al modo en que, en su caso, pueda reflejarse en su actividad, tanto en la vertiente puramente interna, de gestión²¹, como en lo relativo a su condición de representantes de la sociedad que administran, directamente responsables²². No parece dudoso, por lo demás, que la mejor manera de enfocar la cuestión ahora en estudio sea la de situarla en el contexto de los deberes que incumben a los administradores en el ejercicio de su cargo, lo que aquí sólo puede hacerse de manera sumaria.

2. RSC, administradores y dialéctica de los intereses

El primer punto al que conviene referirse ha de situarse necesariamente en el ámbito del interés social, magnitud de extraordinario relieve para los administradores, pues no en balde asumen la función de promoverlo, impulsarlo y defenderlo, sobre todo en el contexto de su deber de lealtad para con la sociedad. No obstante, y sin perjuicio de la inseguridad existente en torno a cuál sea hoy el contenido de dicho interés, teniendo en cuenta, además, sus posibles variaciones de acuerdo con la concreta tipología societaria, debe advertirse la efectiva existencia de otros intereses relevantes en el seno de las sociedades, sobre todo en las de mayor dimensión económica, así como, con especial relieve, en los grupos de sociedades.

Esa pluralidad de intereses, operativos, por lo común, con carácter simultáneo, puede traer consigo, como es fácil de imaginar, diferentes interferencias e incluso conflictos, dando lugar a

²⁰ La frase literal es *Das Recht ist dazu da, dass sich verwirkliche* y consta en varias obras de Ihering, entre otras en *Espíritu del Derecho Romano* (tomo la referencia de Cándido PAZ ARES, «Sobre la infracapitalización de sociedades», *Anuario de Derecho Civil*, XXXVI-III, 1983, 1587-1639, concretamente p. 1639).

²¹ En la doctrina portuguesa, Pedro Caetano NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra: Almedina, 2018.

²² Pensamos, desde luego, en los administradores de Derecho, esto es aquellos provistos de un nombramiento regular y cuya actividad se desarrolla en el marco de los parámetros de competencia, pero también espaciales y temporales, que les resulten aplicables. No parece inconveniente, por lo demás, extender las consideraciones contenidas en el texto a los administradores puramente fácticos, sin ignorar, claro está, sus particulares circunstancias; al respecto, por muchos, Ricardo Costa, *Os Administradores de Fato das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2016; en particular, sobre sus deberes, pp. 899 y ss.

lo que se ha llamado doctrinalmente la “dialéctica de los intereses”²³. Algunos de esos intereses –siempre, claro está, sin perjuicio del interés social– van siendo objeto de reconocimiento legislativo, aunque de manera desigual y no siempre con la debida claridad. Es el caso, por ejemplo, del interés de la empresa, reconocido recientemente por el Derecho español, según se ha indicado con carácter previo²⁴, pero también, el del siempre complejo interés del grupo, de influencia creciente a pesar de la escasa regulación de esta singular forma de empresa, como pone de manifiesto su consideración por parte de la doctrina, así como de la Jurisprudencia. Por último, debe tenerse presente el interés general, precisamente representado por la RSC y la sostenibilidad, como es bien sabido.

No es seguro que todos esos intereses constituyan magnitudes autónomas y plenamente separadas entre sí. En algunos casos, será posible afirmar la existencia de algunas interferencias, como puede suceder entre el interés social y el interés de la empresa, sobre todo si el primero aparece configurado con arreglo a una lógica institucionalista, aunque no sea absoluta. En otras ocasiones, cabrá incluso sostener la estrecha cercanía, cuando no auténtica identidad, de algunos de esos intereses; este será el caso del interés de la empresa y el interés del grupo, por la posibilidad de considerar este último como el interés de la empresa de grupo²⁵.

Menos clara es la posición que pueda atribuirse al interés general, es decir a la RSC, en esta “dialéctica de los intereses”, aunque no parece dudoso que la comprensión del interés social desde una perspectiva que no sólo atienda a la vertiente contractualista favorecerá su inserción

²³ Así, expresamente, Andrea PACIELLO, dir., *La “dialettica” degli interessi nella disciplina delle società per azioni*, Napoli: Jovene, 2011. Sobre los conflictos societarios, en particular relativos a socios y administradores, véase, en la doctrina española, Luis HERNANDO CEBRIÁ, dir., *Conflictos de intereses en las sociedades de capital: socios y administradores*, Madrid: Marcial Pons, 2022, y más recientemente, con un tratamiento conjunto de los ordenamientos portugués y español, Fernando CARBAJO CASCÓN, «Deberes de lealtad de los socios y conflictos de intereses con la sociedad», en Ricardo Costa/Alexandre de Soveral Martins/Paulo de Tarso Domingues/Carolina Cunha/Maria Elisabete Ramos/Rui Pereira Dias (eds.), *Diálogos com Coutinho de Abreu. Estudos oferecidos no aniversário do Professor*, Coimbra; Almedina, 2023, 251-290.

²⁴ Véase *supra* II, 2.1.

²⁵ Así, ya, José Miguel EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades y accionistas externos. La protección de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1987, 252-253. Con todo, la cuestión relativa al interés del grupo ha adquirido un relieve creciente en el ámbito empresarial por la destacada presencia de los grupos en el conjunto de los operadores económicos en el mercado. De hecho, frente a la tradición esencialmente protectora del Derecho de grupos, tal y como se estableció en el ordenamiento alemán, gracias a su regulación en la *Aktiengesetz* de 1965, se ha desarrollado en las últimas décadas una tendencia de signo organizativo, a cuyo tenor lo fundamental en esta materia es dar estabilidad al grupo de sociedades, entendido como estructura policorporativa de empresa, con la debida protección precisamente de su interés. El predominio de esta idea en buena parte de la doctrina especializada –no así en el Derecho positivo, que sigue siendo escaso a este respecto– permite restringir el alcance de la tutela de socios externos y acreedores de las sociedades integradas en el grupo, que ocupaba un lugar esencial en el citado ordenamiento alemán, y a imitación suya, en otros, pocos, países. Con todo, el objetivo de regular normativamente los grupos de sociedades ha perdido fuerza en los últimos años, lo que además de dificultar su adecuado tratamiento jurídico fomenta, como solución alternativa, el recurso a la autonomía de la voluntad, sin que a la altura del momento presente puedan formularse algunos principios seguros en esta compleja y relevante materia.

en la estructura y el funcionamiento de la sociedad, con la consiguiente repercusión en la esfera de actividad de los administradores. Así puede advertirse, con los debidos matices, a propósito de su consideración en el ámbito de los códigos de buen gobierno de las sociedades cotizadas, como sucede, de manera significativa en el Derecho español²⁶.

A la hora de que los administradores puedan encauzar, en el ejercicio de su actividad la, ya citada, “dialéctica de los intereses”, será determinante, sin duda alguna, el criterio establecido al efecto en cada ordenamiento en relación con cada uno de los intereses que se acaban de enumerar. Es lo cierto, con todo, que fuera del interés social, unánimemente reconocido, pero carente, por lo general, de una correcta delimitación en lo que a su contenido se refiere, la posición concreta de los restantes intereses varía mucho de unos ordenamientos a otros, arrojando sobre la materia una considerable carga de incertidumbre.

Este es el caso, desde luego, del interés del grupo, cuya importancia y trascendencia no pueden ignorarse, debido, en lo esencial, a la escasa regulación –por no decir, inexistente– de la figura desde el punto de vista del Derecho de sociedades. Ese deficiente tratamiento normativo puede plantear numerosas dificultades a los administradores, muchas veces afectados por un conflicto de “doble lealtad”, pudiéramos decir; lealtad, desde luego indiscutible, respecto del interés social de la sociedad que directamente gestionen y representen, pero lealtad, del mismo modo, al interés del grupo en su conjunto, cuya efectiva realización en la práctica puede ser –quizá de manera paradójica– el mejor modo de realizar el interés social correspondiente a su propia sociedad²⁷.

3. La RSC y la posición jurídica de los administradores

3.1. Premisa

Además de considerar el criterio que cada ordenamiento pueda tener respecto de los intereses presentes en el ámbito societario, resulta imprescindible analizar la posición jurídica concreta de los administradores sociales, tanto desde la perspectiva legal como estatutaria. Se trata, sin duda,

²⁶ En tal sentido, la recomendación 12 CBGSC contiene una interesante propuesta, a tenor de la cual se recomienda “que el consejo de administración desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independiente de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas que se hallen en la misma posición y se guíe por el interés social, entendido como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa. Y que en la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos ya las buenas prácticas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente”.

²⁷ Entre los escasos pronunciamientos judiciales que, en España, se han ocupado de este destacado asunto, merece la pena considerar la sentencia del Tribunal Supremo 695/2015, de 11 de diciembre; al respecto, José Miguel EMBID IRUJO, «Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (sala primera) de 11 de diciembre de 2015», *RDM*, 300 (2016) 301-320.

de un asunto de carácter genérico, susceptible de proyectarse sobre todos los intereses en presencia; no obstante, adquiere gran relieve a propósito del interés general que se exterioriza (y se pretende tutelar) mediante acciones de la RSC, a la vista de que la gran mayoría de los ordenamientos no disponen de una orientación firme al respecto, sin perjuicio de que, paulatinamente, se vaya teniendo en cuenta las circunstancias propias de dicha magnitud.

3.2. La discrecionalidad empresarial (*Business Judgment Rule*) de los administradores sociales y su relación con la RSC

Un primer conjunto de cuestiones de necesario análisis a los efectos determinar la relación de los administradores sociales con la realización, en su caso, de un programa de RSC en la sociedad que administran, se concentra alrededor del margen de maniobra de que esos mismos administradores puedan disponer conforme a la regulación existente en el Derecho de sociedades. Si como órgano necesario de toda sociedad de capital, los administradores son titulares de una serie amplia de competencias, en lo que atañe, como es bien sabido, a la gestión y la representación de la sociedad, no es tan claro el alcance que esas mismas competencias concedan la hora de realizar acciones diversas de RSC.

A los efectos de analizar dicho margen, si bien con la necesaria limitación derivada del carácter esquemático del presente trabajo, parece pertinente tener en cuenta, como primera circunstancia fundamental, la existencia, en su caso, de facultades discrecionales a favor de los administradores en el ámbito de la realidad empresarial y también societaria. Nos referimos, con esta formulación a la tutela de su “discrecionalidad empresarial”²⁸ (*Business Judgment Rule*), de acuerdo con lo establecido en el Derecho español (art. 226 LSC)²⁹.

Por lo que se refiere al primer elemento, no resulta necesario destacar la amplia aceptación que la regla del buen juicio empresarial (por utilizar una fórmula que recoja, con cierta fidelidad, el sentido de la expresión inglesa) ha tenido en la gran mayoría de los ordenamientos. Esa recepción, por otra parte, se ha hecho, en términos generales, con gran fidelidad a la tradición

²⁸ Según la terminología consagrada en el Derecho español de sociedades de capital, aunque la misma no resulte extraña para un sector de la doctrina comparada; así, en Italia, Mario LIBERTINI, «Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale», *Contratto e impresa*, XXXIX/1 (2023) 54-87.

²⁹ Que se corresponde sustancialmente con lo establecido en el art. 72 CSC, reformado en 2006 y anterior, por tanto, a la disciplina española sobre la materia. La bibliografía sobre esta noción es verdaderamente amplia en ambos ordenamientos; por lo que se refiere al Derecho español, véase Andrés RECALDE CASTELLS, «The Significance of the Business Judgment rule in Closed Companies», en Holger FLEISCHER / Andrés RECALDE / Gerald SPINDLER, dirs., *Family Firms and Closed Companies in Germany and Spain*, Tübingen; Mohr Siebeck, 2021, 251-281, y la bibliografía allí citada; por lo que se refiere al Derecho portugués, téngase en cuenta, de nuevo, Ricardo COSTA, «“Responsabilidade social” na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades», cit., *passim*, si bien tienen gran relieve los criterios propuestos por el autor para interpretar debidamente lo establecido en el art. 72 CSC (pp. 126-127), con especial incidencia en la dialéctica de los intereses, situando en plano prevalente al interés social, y en posición secundaria “los intereses de otros sujetos relevantes para la sostenibilidad de la sociedad, tales como los de sus trabajadores, clientes y acreedores”.

consagrada en el ámbito norteamericano, donde surgió, lo que permite establecer parámetros relativamente comunes en torno a su significado efectivo, desde el punto de vista de la posición de los administradores sociales y de la tutela, por tanto, de su discrecionalidad empresarial.

El asunto clave reside, entonces, en determinar si las acciones de RSC que los administradores pudieran adoptar se encuentran dentro del ámbito de las medidas “estratégicas y de negocio” donde opera, de acuerdo con el art. 226 LSC –que tomamos como elemento director de la presente reflexión–, la discrecionalidad empresarial, siempre que, claro está, se hayan observado los requisitos establecidos para su efectiva protección³⁰.

A nuestro juicio, este será el caso cuando la concreta acción de RSC que se tome en consideración venga referida directamente a la organización de la sociedad, a la gestión de los riesgos inherentes a su actividad, incluyendo, por supuesto, los de carácter no financiero, a los temas propios del *Compliance*, etc.; y ello, claro está, siempre que no supongan una modulación excesiva del ánimo de lucro societario³¹, reduciendo de manera significativa el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales correspondiente, por expreso reconocimiento legal, a todos los socios.

Menos segura será la respuesta cuando nos encontremos ante actos puros de filantropía empresarial, como pueden ser, según ya se ha advertido, las donaciones societarias³², sobre todo cuando resulten cuantitativamente significativas y sea problemática su conexión con el interés social³³. En tales casos, se hace difícil insertar plenamente tales conductas dentro de la discrecionalidad empresarial de los administradores, lo que a priori permitiría no sólo poner en

³⁰ Que son, a tenor de ese mismo precepto, actuar de buena fe, sin interés personal en el asunto concreto de que se trate, con suficiente información y siguiendo el procedimiento establecido al efecto (cfr. Andrés RECALDE CASTELLS, «The Significance of the Business Judgment rule in Closed Companies», 264-269). Nada se dice en la norma española, ni, por lo común, en otros ordenamientos, sobre la necesidad de que el administrador motive su conducta, como un requisito más de la discrecionalidad empresarial, aunque algunos autores así lo han propuesto, trayendo al ámbito jurídico-privado un clásico requisito establecido a propósito de la discrecionalidad de la Administración pública.

³¹ No es este el momento de volver sobre el relieve del ánimo de lucro en el actual Derecho de sociedades, materia a la que se ha hecho alusión previamente (cfr. *supra* I, nota 1). Pero sí conviene seguramente reiterar el carácter “natural” de la finalidad lucrativa en todas las sociedades mercantiles, circunstancia ésta que, como sabemos, permite constituir sociedades desprovistas de tal finalidad, no impide afirmar su presencia habitual en la inmensa mayoría de tales personas jurídicas.

³² Cfr. *supra* II, 1.

³³ Y, quizás, también con otros intereses legalmente protegidos en el ámbito societario, como sucede en el Derecho español, según sabemos, con el interés de la empresa (art. 225 LSC). La cuestión, no obstante, dista mucho de ser sencilla, ya que la ausencia de cualquier precisión, por mínima que sea, a la hora de reconocer dicho interés en la legislación societaria, plantea profundas dudas sobre el alcance efectivo de su tutela y la posible invalidez, en su caso, de los actos que se opusieran al mismo. Mayor nivel de dificultad plantea el tema que nos ocupa en el ámbito del grupo, a propósito, precisamente, de su interés y la existencia, como se ha propuesto por algún sector doctrinal, de un margen de discrecionalidad a escala del grupo. Además de los problemas inherentes a la aceptación de una *Business Judgment Rule* en el grupo, sería necesario determinar quienes serían los agentes de esa facultad discrecional, teniendo en cuenta el carácter policorporativo de esta singular modalidad de empresa.

duda su congruencia con el interés social, sino que, del mismo modo, facilitaría la interposición de acciones de responsabilidad contra los propios administradores³⁴.

3.3. Establecimiento de cláusulas estatutarias sobre RSC

Las circunstancias que sumariamente se acaban de exponer, así como las dudas que subsisten sobre la congruencia genérica de las acciones de RSC con el esquema básico del Derecho de sociedades, a pesar de la utilidad que a tal efecto pueda llegar a tener la discrecionalidad empresarial, sugieren la adopción de otros planteamientos. Y ello, con el fin de favorecer, desde luego, la inserción del interés general en dicho sector normativo, pero también con el propósito de otorgar a los administradores la necesaria seguridad jurídica en torno a la pertinencia de sus actuaciones en tal sentido³⁵.

Dentro del repertorio de posibilidades que cabe imaginar en tal sentido, surge de inmediato el establecimiento de una cláusula estatutaria sobre RSC, de reconocer su legitimidad y, al mismo tiempo, favorecer la viabilidad de las acciones correspondientes. Como resulta fácil de imaginar, en esa cláusula sería posible formular orientaciones específicas, así como finalidades concretas de responsabilidad social, determinando una suerte de equilibrio con el propósito lucrativo de

³⁴ La discrecionalidad empresarial de los administradores sociales, de gran relieve, como se acaba de ver, en el contexto de la RSC, adquiere un particular protagonismo en el caso de las sociedades de beneficio e interés común a las que se ha aludido de manera sumaria más arriba (cfr. *supra* I, nota 3). No hace falta reiterar el carácter compuesto, en cuanto a sus fines se refiere, de estas sociedades, dotadas desde un punto de vista jurídico de una causa mixta; conforme a ella, se trata de combinar el tradicional propósito lucrativo con el cumplimiento de fines de interés general. Ambas perspectivas y orientaciones resultan consustanciales a dicha figura (que no es, propiamente, un nuevo tipo societario, según la opinión prácticamente unánime en la doctrina). Queda claro que la discrecionalidad de los administradores habrá de ejercitarse en el marco de este diseño normativo, sin perjuicio de que puedan buscar en cada momento la manera más adecuada y razonable para lograr la composición equilibrada de las dos vertientes constitutivas de la sociedad de beneficio e interés común. Por tales caracteres, la figura en estudio no está exenta de tensiones y conflictos en torno a la observancia de su (dual) razón de ser o a su mantenimiento, en los términos inicialmente establecidos, con repercusión inmediata en el estatuto de los socios y la consiguiente posibilidad de que puedan ejercer el derecho de separación, en caso de disconformidad; al respecto, Paolo BUTTURINI, *Società benefit e diritto di recesso*, Torino: Giappichelli, 2022.

³⁵ No faltan opiniones conforme a las cuales las finalidades características de la RSC e, incluso, la propia idea de sostenibilidad, estarían recogidas, al menos como orientaciones principales, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, por lo que sería lícita la formulación de criterios de gestión inspirados en razones de responsabilidad social, no sólo de carácter ocasional, sino también de manera sistemática. Buena parte de estas opiniones se han formulado en el contexto de la propuesta de directiva europea sobre diligencia debida, por lo que, como se ha sostenido con acierto (cfr. Mario LIBERTINI, «Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale», 85), no cabe sostener que sea obligada una gestión sostenible de la empresa en el contexto de los Estados miembros de la Unión europea. Con la aprobación de la mencionada directiva (cfr. *infra* VI), el planteamiento puede ser otro, dadas las finalidades perseguidas con dicho texto, si bien habrá que tener en cuenta el modo con el que se lleve a cabo su transposición por parte de los Estados miembros.

la sociedad y fijando, del mismo modo, pautas de conducta e, incluso, límites a la discrecionalidad empresarial de los administradores dentro de ese específico ámbito³⁶.

No parece dudosa, a nuestro juicio, la legalidad de una cláusula semejante, la cual, a su vez, resulta recomendable por las razones que se acaban de aducir y también como instrumento idóneo para acreditar la voluntad de la sociedad de convertirse en una entidad “socialmente responsable”. Y todo ello, claro está, cuidando de su redacción, a fin de evitar problemas en un ámbito ciertamente complejo como el que ahora nos ocupa.

VI. ¿De la RSC a la sostenibilidad? El papel de los administradores (a modo de conclusión)

En varias ocasiones, a lo largo de este trabajo, se ha aludido a la sostenibilidad, como magnitud idónea para expresar en el momento actual la presencia del interés general en el Derecho de sociedades. No es seguro que quepa establecer diferencias significativas entre ella y la RSC, aunque, a juicio de diversos autores, la sostenibilidad constituya hoy un supuesto singular, que vendría a traducir, en tal sentido, una nueva forma de dar acogida en el ámbito societario a las finalidades y propósitos de interés general.

Sin entrar ahora en matices y polémicas³⁷, es posible afirmar, a nuestro juicio, que con ambas denominaciones se aborda, en lo sustancial, una temática sustancialmente idéntica, con el propósito añadido, si se quiere, de un mayor compromiso en el caso de la sostenibilidad, acompañado, a su vez, de una mayor ambición en lo que atañe a los objetivos del tratamiento regulador.

Es verdad, en todo caso, que la sostenibilidad, no obstante lo impreciso de su delimitación, se ha consolidado como objetivo, a la vez que como preocupación, en las necesidades sociales, y de ahí ha surgido un intenso propósito de tratamiento en el ámbito del Derecho, sin que, salvo excepciones, se haya podido establecer un conjunto sólido de criterios de política jurídica al respecto. Hay que tener en cuenta, además, que la idea de sostenibilidad resulta operativa en diferentes sectores del ordenamiento jurídico, aunque sea el Derecho de la empresa y de sociedades, como es bien sabido, el ámbito privilegiado para su recepción.

³⁶ Es este un asunto que se ha planteado con particular viveza en la doctrina italiana; al respecto, Mario LIBERTINI, «Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale», 85. Con arreglo a las opiniones que sintéticamente se han expuesto en la nota anterior, puede comprenderse que, dada su orientación básica, se sostenga en ellas el carácter superfluo de tal cláusula estatutaria, por suponer inherente en nuestros días la finalidad social a la gestión particular de las sociedades mercantiles, sobre todo de las más grandes. Pero, como señala el autor citado, en relación también con el posible contenido de la citada cláusula, no resulta fácil de defender, en la situación presente, la limitación de la discrecionalidad de los administradores; no obstante, esa limitación resultaría técnica y sustancialmente cuando un determinado criterio de gestión empresarial fuera notoriamente lesivo para los derechos humanos o causara un daño grave al medio ambiente, siempre que, claro está, existieran alternativas practicables y más sostenibles, a pesar de que pudieran suponer un mayor coste.

³⁷ Una síntesis de las aparentes diferencias entre RSC y sostenibilidad, en Umberto TOMBARI, «Corporate Social Responsibility (CSR), Environmental Social Governance (ESG) e “scopo delle società”», *Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obrbligazioni*, 2 (2021) 225-234.

Parece evidente, también, que en esa labor ordenadora no se trata sólo de contar con los instrumentos propios del Derecho blando, tradicionalmente muy relevantes en el ámbito de la RSC e igualmente en los primeros pasos de la sostenibilidad. El mayor compromiso, antes aludido, a propósito del tratamiento de esta última supone dar acogida a la normativa vinculante, propia del Derecho firme. De este modo, y frente al precedente de la RSC, se comenzaría el abandono de la periferia para acercarse al núcleo de la temática jurídica derivada del propósito de insertar los intereses generales en el ámbito organizativo y funcional de las empresas.

Se trata, con todo, de un proceso lento y erizado de dificultades, entre otras cosas, como consecuencia de la intensa contraposición de intereses que el tratamiento normativo de la sostenibilidad es susceptible de desencadenar. Por tal motivo, la tarea ordenadora ha de desarrollarse, en su caso, con arreglo a pautas prudentes y proporcionales, que sin anular el acceso al “núcleo” de la cuestión, permitan cohonestar debidamente la protección de los derechos humanos, la preservación del medio ambiente y la tutela de los diversos colectivos sociales, con la organización y el funcionamiento eficientes de las empresas, en particular, de las más grandes, objeto preferente de consideración en los proyectos reguladores.

Uno de los mejores, y más recientes, exponentes de esta orientación ordenadora lo constituye la directiva 2024/1760, de 13 de junio de 2024, de la Unión europea, varias veces aludida en este trabajo, aprobada con el propósito de establecer una pauta de diligencia empresarial acorde con los objetivos de la RSC y la sostenibilidad. Como es notorio, ha sido largo el camino dirigido a su conversión en norma vigente, con una significativa reducción de los objetivos inicialmente previstos, sin perjuicio del mantenimiento de las finalidades originarias que dieron lugar a su elaboración.

Aunque resulta ya evidente a la altura del momento en que nos encontramos, debe evitarse un equívoco que ha sido frecuente con motivo de las diferentes propuestas de directiva, preparadas en los últimos años por los órganos comunitarios. Nos referimos a la frecuente, además de inexacta, atribución de la diligencia contemplada en el texto europeo a los administradores de las sociedades afectadas, en el marco de sus deberes fiduciarios, y no, como resulta más congruente con el sentido y la finalidad de la regulación, a la propia empresa o sociedad afectada, como un desarrollo específico de los procesos de revisión legal (*due diligence*) tan habituales en diversas esferas de la actividad empresarial³⁸.

Sin tiempo ahora para analizar y exponer los muchos asuntos de interés contenidos en el texto europeo, quizá se pueda decir que la referencia a la sostenibilidad, no definida precisamente en su articulado, debe entenderse desde dos perspectivas: una, de carácter interno, como expresión de equilibrio económico-financiero y de adecuada organización de la empresa, y otra,

³⁸ Piénsese, por ejemplo, en las cuestiones referidas a la transmisión jurídica de la empresa, sobre todo a propósito del contrato de compraventa, como advierte, con gran detalle, Luis HERNANDO CEBRIÁ, *El contrato de compraventa de empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005; en términos generales sobre el asunto indicado en el texto, véase igualmente Luis HERNANDO CEBRIÁ, *La revisión legal (“Legal Due Diligence”) en el Derecho mercantil*, Granada: Comares, 2008.

de naturaleza externa, relativa a los aspectos sociales y ambientales. Esta dimensión genérica no excluye, con todo, que las empresas afectadas por la nueva regulación sean muy pocas, a la vista de los umbrales cuantitativos en ella establecidos; y ello sin perjuicio de que a través de diversos caminos (como son, sobre todo, la extensión a las filiales de la entidad matriz y la repercusión en los socios comerciales derivada de la cadena de valor) se difundan los requisitos obligatorios impuestos en la directiva.

El contenido esencial de tales obligaciones se traduce en la necesidad de que las empresas afectadas establezcan con el mayor detalle posible los riesgos susceptibles de afectar negativamente a la sostenibilidad externa como consecuencia de la actividad empresarial desarrollada en el mercado por los sujetos afectados por la directiva. Se trata, en resumidas cuentas, de prevenir los potenciales impactos negativos y, en caso de que la prevención no sea posible, de atenuarlos. Si tales riesgos llegaran a traducirse en auténticos efectos negativos, las empresas afectadas habrán de minimizar esas mismas consecuencias. Y no se excluye, en todo caso, la vía de la responsabilidad civil, así como la imposición, en su caso, de las correspondientes sanciones, gracias, entre otras cosas, al establecimiento de un sistema de control en los Estados miembros con la finalidad de hacer posible la vigencia de los principios y criterios contenidos en la norma europea.

Si hubiera que resumir lo que esta directiva significa desde el punto de vista genérico del Derecho de la empresa y de sociedades³⁹, incluso con un particular relieve en el ámbito de la Constitución económica, cabría decir que con ella se introducen mecanismos de limitación de la libertad de empresa. Y ello, no en el sentido de que se busque con la regulación europea orientar la actividad de las empresas afectadas en relación con determinados supuestos o sectores, pues se respetan los criterios que a tal fin se puedan decidir libremente. Se trata, más bien, de establecer mecanismos de vigilancia permanente en el ámbito empresarial sobre las actividades desarrolladas, sobre los riesgos que de ellas podrían derivarse para el medio ambiente, los derechos humanos y la protección social, con el deber de valorar periódicamente la propia actividad y la adecuación de las medidas adoptadas.

No se imponen, por tanto, obligaciones enderezadas a la consecución de un determinado resultado, sino, más bien, y como se ha sostenido por diversos autores, obligaciones de medios, cuya asunción y ejecución habrán de situarse de manera preferente en la órbita del órgano de administración de la sociedad o entidad matriz (en el caso de un grupo), con obvias repercusiones sobre el estatuto jurídico y los deberes de sus miembros. Y todo ello, como ya se ha advertido, sin perjuicio de la posible imposición de responsabilidades, con lo que, mediante esta directiva

³⁹ De gran interés sobre este asunto es el trabajo de Michelangelo SCAGLIUSI, «Diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: problemas y perspectivas», presentado en el seminario predoctoral celebrado el 17 de mayo de 2024 en el Departamento de Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont», de la Universidad de Valencia, y que será objeto de publicación en breve en la revista «La Ley Mercantil». Agradezco al autor su amabilidad para la consulta del citado texto.

—según se ha señalado también—, saldríamos de la “periferia” reguladora, así como del mantenimiento de relaciones constantes con los sectores de intereses vinculados con la empresa afectada⁴⁰.

No es posible ignorar la importancia de la disciplina establecida en la directiva 2024/1760, así como los indudables efectos que traerá consigo su aplicación respecto de la actividad de las grandes empresas y los grupos de sociedades de mayor dimensión. Queda por llevarse a cabo, con todo, el proceso de transposición de su contenido a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tarea ésta que, a buen seguro, traerá consigo debates y tensiones significativos, sin que resulte posible, por lo demás, eludir el amplio contenido ordenador del texto europeo.

En relación directa con lo tratado en el presente trabajo, no resulta sencillo extraer consecuencias precisas y, en particular, determinar si con la directiva 2024/1760 se impone nítidamente la gestión sostenible por parte de los administradores de las sociedades y entidades afectadas. Es éste un criterio mantenido por distintos autores antes de su aprobación, mereciendo igualmente críticas significativas. A la hora de proponer una respuesta clara, pensamos que debe partirse del efecto principal, antes señalado, que causará el texto europeo en la organización y el funcionamiento de esas mismas sociedades y que, como se recordará, trae consigo una indiscutible limitación de la libertad de empresa.

Siendo esto así, sin embargo, no nos parece posible afirmar que, de este modo, se imponga una gestión sostenible, en el sentido estricto que cabe atribuir a dicha fórmula. Más bien, debe pensarse, como criterio general, que la sostenibilidad es un elemento de necesaria consideración a la hora de establecer y desarrollar las diversas políticas por parte de los administradores sociales, sin que resulte exclusivo ni, a la vez, se convierta en una instancia absoluta desde la que juzgar el conjunto de opciones abiertas a la gestión empresarial. La directiva, si no hemos entendido mal su contenido, impone una serie de conductas, ciertamente detalladas y minuciosas, estableciendo, a su vez, mecanismos idóneos para su puesta en práctica. Pero no obliga, desde luego, a conseguir un determinado resultado ni a elegir, por ejemplo, una determinada línea de negocio o a establecer, en su caso, prácticas comerciales específicas y únicas para su posible desarrollo.

Queda por ver, con todo, los efectos concretos que sobre la realidad empresarial de los Estados miembros tenga o pueda tener la aplicación de las normas derivadas de la transposición de la directiva 2024/1760. Del mismo modo, no será ajena a las posibles soluciones, bien normativas, bien jurisprudenciales, la específica sensibilidad social que en cada caso exista; es importante reconocer que la sostenibilidad, antes que una figura jurídica, representa, como ya se ha señalado,

⁴⁰ No hace falta destacar el importante papel que, en orden a la observancia de esta regulación, corresponde a los administradores de las sociedades afectadas por su contenido. Se trata de un asunto recurrente en la ordenación de la RSC y la sostenibilidad, con independencia de si la norma se refiere a la periferia o al núcleo y al margen, incluso, de la naturaleza de la regulación. Entre las muchas referencias doctrinales, puede verse en la doctrina española, recientemente, el trabajo de Carmen De VIVERO DE PORRAS, «Los objetivos ESG y su impacto en el deber de diligencia de los administradores», *Revista de Derecho de Sociedades*, 70 (2024) 123-164. Aún tomando a la RSC como eje de análisis, tiene interés, igualmente, el estudio de Irene NAVARRO FRÍAS, «Responsabilidad social corporativa, cumplimiento normativo y deberes de los administradores», *Revista de Derecho de Sociedades*, 63 (2021) 177-228.

una inquietud y una preocupación, con amplio desarrollo en numerosas capas de la sociedad. En este punto, como en tantos otros, el ordenamiento jurídico no puede permanecer al margen de esa sensibilidad, sin perjuicio de que, al mismo tiempo, deban los juristas buscar fórmulas idóneas para conseguir situaciones justas, seguras y equilibradas. Se trata de una gran tarea que comienza precisamente en estos momentos.

HÁ ESPAÇO PARA SUSTENTABILIDADE NAS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS?

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanoseAmbiente/08

Alessio Bartolacelli*

Resumo: Neste ensaio, explora-se a viabilidade da sustentabilidade nas PMEs. Destaca-se a falta de uma definição jurídica clara de sustentabilidade, o que dificulta sua aplicação prática. A sustentabilidade nas PMEs é geralmente voluntária devido à falta de regulamentação específica, com a Diretiva (UE) 2024/1760 focada principalmente em grandes empresas, ainda que as PMEs estejam envolvidas através das cadeias de controlo societário e contratuais.

O capítulo discute os desafios das PMEs, como os altos custos e a falta de recursos, e sugere que a sustentabilidade deve, contudo, ser vista como uma necessidade. Ele propõe abordagens voluntárias e obrigatórias, enfatizando a importância de apoio externo para que as PMEs possam implementar práticas sustentáveis de forma eficaz. Não se considera eficaz uma abordagem segmentada (empresas sociais, B-corps...), uma vez que ela não estaria alinhada com a necessidade de uma sustentabilidade geral devida por parte de todas as sociedades.

Em resumo, conclui-se que, apesar dos desafios, a sustentabilidade nas PMEs é essencial para um futuro sustentável, necessitando de regulamentação e recursos financeiros adequados.

Palavras-chave: Sustentabilidade; PME (Pequenas e Médias Empresas); Diretiva CSDDD; Governança sustentável; Investimento sustentável.

Abstract: This essay explores the feasibility of sustainability in SMEs. It highlights the lack of a clear legal definition of sustainability, which complicates its practical application. Sustainability in SMEs is generally voluntary due to the lack of specific regulations, with Directive (EU) 2024/1760 primarily focused on large companies, although SMEs are involved through corporate and contractual control chains.

The chapter discusses the challenges faced by SMEs, such as high costs and lack of resources, and suggests that sustainability should, however, be seen as a necessity. It proposes voluntary and mandatory approaches, emphasizing the importance of external support for SMEs to effectively implement sustainable practices. A segmented approach (social enterprises, B-corps, etc.) is not considered effective, as it would not align with the need for general sustainability the author assumes required from all companies.

In summary, it concludes that despite the challenges, sustainability in SMEs is essential for a sustainable future, requiring appropriate regulation and financial resources.

Keywords: Sustainability, SMEs; CSDDD Directive; Sustainable governance; Sustainable investment.

* Professore Associato di Diritto Commerciale, Università di Modena e Reggio Emilia.

** O autor deseja agradecer a amabilidade e a paciência da Doutora Maria Inês de Oliveira Martins, a quem coube desta vez o pesadelo da revisão linguística deste ensaio, pelo ótimo trabalho que conduziu. Naturalmente, todos os erros ou imprecisões são do próprio autor.

1. Introdução definitória: a sustentabilidade...

Para investigarmos o tema da promoção da sustentabilidade nas Pequenas e Médias Empresas (daqui em diante também apenas PME), num quadro que se desenvolva para lá do estrito direito nacional, é desde logo importante identificar com maior precisão as definições relativas aos temas fundamentais, ou seja os conceitos por um lado de sustentabilidade, e por outro de Pequena e Média Empresa.

Quanto à sustentabilidade, a tarefa é mais complicada pelo facto de não existir uma definição *jurídica* de sustentabilidade. Isto torna muito perigoso qualquer discurso sobre a sustentabilidade, exatamente por este estar sujeito a um arbítrio de raciocínio por parte do falante, e não necessariamente de má-fé. Muito simplesmente, onde não haja uma definição jurídica, qualquer pessoa, ou empresa, tem todo o direito de achar a sustentabilidade algo diferente, ora mais, ora menos abrangente; e isto tudo torna ainda mais complicado para o consumidor no mercado fazer uma escolha consciente e ponderada, pelo que se tornam úteis, senão necessários, suportes externos¹.

Tendo em vista esta consideração geral, é, pois, preciso que, na abertura deste ensaio, se diga o que por nossa parte se entende por sustentabilidade.

A noção, já se disse, não vem dum texto normativo, e há diferentes “recortes” que se fizeram ao longo do tempo². O que aqui parece mais interessante foi desenvolvido por dois juristas em 2019, que definem a sustentabilidade como “Garantir a base social dentro dos limites do planeta”³. A vantagem do uso desta definição é que ela lida com os diferentes perfis da sustentabilidade de uma maneira holística, tendo em consideração os diversos recortes de que ela se compõe: o social (a base social), o ambiental (os limites do planeta) e, ainda que implicitamente, o de governação do fenómeno, que tem a ver com o modo de combinação dos antecedentes. Os três aspetos, não por acaso, são os mesmos que constituem a bem conhecida abreviação ESG: *environmental, social and governance*⁴.

¹ Veja-se *infra* o discurso sobre as sociedades *benefit* em particular, no parágrafo 4.2.1. A nível europeu, veja-se a recentíssima Diretiva (UE) 2024/825 do Parlamento Europeu e do Conselho de 28 de fevereiro de 2024, que altera as Diretivas 2005/29/CE e 2011/83/UE no que diz respeito à capacitação dos consumidores para a transição ecológica através de uma melhor proteção contra práticas desleais e através de melhor informação, também conhecida como “Diretiva greenwashing”.

² A mais conhecida é talvez a presente no chamado Reporte Brundtland «O Nosso Futuro Comum», da Comissão Mundial para o Ambiente e o Desenvolvimento, de 1987, onde se entende o desenvolvimento sustentável como o «desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de resposta das gerações futuras às suas próprias necessidades».

³ Beate SJÄFJELL / Christopher M. BRUNER, «Corporations and Sustainability», in Beate SJÄFJELL / Christopher M. BRUNER, eds., *Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge: CUP, 2019, 3-12, 6, desenvolvida em particular a partir dos estudos de Kate RAWORTH, *A Safe and Just Space for Humanity: Can We Live within the Doughnut*, Oxfam Discussion Paper, Oxford: Oxfam, 2012. [Consult. 18.1.2025]. Disponível em: https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/dp-a-safe-and-just-space-for-humanity-130212-en_5.pdf.

⁴ Sobre isto, veja-se a Agenda 2030 das Nações Unidas em que se explicitam as tarefas e os objetivos de sustentabilidade a ser realizados dentro do ano 2030. NAÇÕES UNIDAS, *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*.

Quando falarmos de sustentabilidade, e de sustentabilidade na sua aplicação ao direito das sociedades, contudo, podemos encontrar algumas diferenças em relação ao conceito geral de ESG. De facto, como já se intui na definição que vimos, no âmbito das sociedades os pontos fundamentais da dimensão social e ambiental têm a ver com a atividade da sociedade, enquanto a governação tem mais uma dimensão de organização da empresa. Por outras palavras, se as dimensões social e ambiental definem *o que* a sociedade faz, a governação mais tem a ver *o como* a sociedade deve ser organizada para alcançar aqueles objetivos. E isto é o que nos parece que mais caracteriza a sustentabilidade societária dentro do tema geral do ESG, e que a definição que aqui escolhemos adotar bem põe em evidência. O que nos parece ser o ponto focal é, de facto, a identificação de limites; limites planetários, com certeza, quanto à sustentabilidade ambiental; mas limites à ação da sociedade – e por fim à discricionariedade dos administradores da sociedade⁵ – também.

Neste sentido, a abordagem ao tema da sustentabilidade no direito das sociedades pode ter pelo menos dois diferentes níveis. Por um lado, uma modalidade de qualquer maneira “suave”, voluntária; e por outro lado uma mais radical, que considera a sustentabilidade como um dever, até do ponto de vista jurídico, que se torna necessário quando se considera que o facto de a sociedade ser sustentável não pode ser visto como uma opção, mas sim como uma necessidade. Claramente, a segunda opção, que é sem dúvida a mais séria, depende de uma clara escolha político-normativa por parte do legislador, o que não parece ser atualmente o caso, em particular nas sociedades de menores dimensões⁶. Isto quer dizer que, no presente estado da regulamentação, praticamente em todos os países, o tema da sustentabilidade nas PME é deixado à aplicação voluntária da própria sociedade, sem deveres que derivem diretamente da lei. É fortemente questionável se isto pode ser considerado suficiente, em particular tendo em conta o número de PME no contexto europeu, e – pelo ponto de vista da teoria geral do tema – sobretudo se achamos que a atuação sustentável por parte dos atores económicos deveria ser vista atualmente como uma necessidade e não meramente como uma opção. De toda maneira, *hoc iure utimur*, e por isso cabe a cada empresa decidir se, como e quanto ser realmente sustentável.

Isto, contudo, determina mais uma necessidade definitória: se a noção que adotámos define um princípio geral, não ajuda já na identificação das específicas tarefas que incumbem sobre as sociedades que queiram ser sustentáveis. Pode-se dizer que, como não há uma definição unívoca

17 *objetivos para transformar o nosso mundo*. [Consult. 18.1.2025]. Disponível em: <https://unric.org/pt/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel/>.

⁵ Sobre o tema veja-se, desenvolvidamente, Ricardo COSTA, «Responsabilidade social» na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades», em Ricardo COSTA, coord., *Direito das Empresas. Reflexões e decisões*, Coimbra: Almedina, 2022, 123 ss.

⁶ Se olharmos apenas para a abordagem da União Europeia sobre o tema, nota-se claramente que o tema tem como principal alvo as grandes empresas: assim, por exemplo, para a informações não financeiras e de diversidade (Diretiva 2014/95/UE), agora substituído pelo relatório de sustentabilidade (Diretiva UE 2022/2464); e o mesmo vale quanto à novíssima Diretiva sobre os deveres de diligência dos administradores, aprovada ao 24 de abril de 2024. Trataremos *infra* das implicações de ambas as diretivas sobre as PME.

de sustentabilidade, há o risco real que haja tantas definições quantos são os atores económicos; e o risco, pelo lado do consumidor final, de que tudo, ou quase, se torne *formalmente* sustentável, fazendo com que nada o seja, *realmente*. A ausência duma definição torna-se eventualmente no principal aliado do *green* – e do *social-washing*.

Dadas estas premissas, vê-se bem como a necessidade de encontrar uma definição legal de termos efetivos em que a sustentabilidade se decline tem razões ligadas também ao mercado e à concorrência legítima entre empresas. E neste sentido talvez seja possível encontrar elementos de suporte em alguma regulamentação europeia, mesmo que não especificamente ditada para as empresas de pequenas e médias dimensões.

As noções a que nos referimos são as de “fatores de sustentabilidade” e de “investimento sustentável” que se podem encontrar na disciplina da União europeia sobre a informação no setor dos serviços financeiros⁷. Aí, lê-se que fatores de sustentabilidade são “as questões ambientais, sociais e laborais, o respeito dos direitos humanos, a luta contra a corrupção e o suborno”⁸; enquanto sustentável é aquele investimento feito “numa atividade económica que contribui para um objetivo de natureza ambiental, tal como medido, por exemplo, pelos indicadores fundamentais da eficiência dos recursos em matéria de utilização de energia, de energias renováveis, de matérias-primas, da água e dos solos, de produção de resíduos e de emissões de gases com efeito de estufa, ou do impacto na biodiversidade e na economia circular, ou um investimento numa atividade económica que contribui para um objetivo de natureza social, em particular um investimento que contribui para combater as desigualdades ou que promove a coesão social, a integração social e as relações laborais, ou um investimento em capital humano ou em comunidades económica ou socialmente desfavorecidas, desde que tais investimentos não prejudiquem significativamente nenhum desses objetivos e desde que as empresas beneficiárias do investimento empreguem práticas de boa governação, em particular no que diz respeito a estruturas de gestão, relações laborais e práticas de remuneração do pessoal sãs e ao cumprimento das obrigações fiscais”⁹.

É verdade que o Art. 2 do diploma claramente indica que as definições são “para efeitos do presente regulamento”, e não teriam em princípio validade geral; de mesma maneira, contudo, elas expressam, no que diz respeito ao tema que nos interessa, alguns princípios que são completamente coerentes com a definição geral que em abertura escolhemos adotar. A sustentabilidade, assim, tem a ver com fatores quer sociais, quer ambientais; a sociedade que queira ser sustentável deve ter sistemas de governação que contem com uma estrutura organizada segundo boas práticas; deve ter objetivos claros e que – por princípio – devem ser mensuráveis¹⁰; e, o que é o

⁷ REGULAMENTO (UE) 2019/2088 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de novembro de 2019 relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros.

⁸ REGULAMENTO (UE) 2019/2088 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, Art. 2, n. 24.

⁹ REGULAMENTO (UE) 2019/2088 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, Art. 2, n. 17.

¹⁰ Assim se pode deduzir pela referência, nos objetivos ambientais, a fatores materiais que pressupõem a possibilidade de medir a sua utilização ou a sua emissão em termos quantitativos, como por exemplo se pode ver ainda nas regras europeias, na disciplina da taxonomia das atividades sustentáveis: cf. REGULAMENTO (UE)

ponto da maior importância, sem que a tentativa de alcançar um objetivo (social ou ambiental) seja prejudicial para outro (respectivamente, ambiental ou social). Noutros termos, trata-se de mais uma confirmação do caráter intrinsecamente holístico da definição de sustentabilidade. Na prática, isto significa que uma sociedade que vise a promover práticas de *real* sustentabilidade social não se poderia (na nossa visão, não se pode) dizer sustentável caso faça isso prejudicando o meio ambiente, e vice-versa.

Tendo em consideração este quadro geral, já temos uma descrição fundamental do que uma sociedade deve – e não deve – fazer para ser considerada – e assim para se poder apresentar no mercado como – uma sociedade sustentável.

2. (sequência)... e as pequenas e médias empresas

A segunda definição necessária é a de pequena e média empresa, e mais uma vez o direito da União europeia vem em nossa ajuda.

A noção de pequena e média empresa, efetivamente, está presente em textos normativos europeus desde o ano de 2003, com pequenos retoques nos anos seguintes. De acordo com a Recomendação da Comissão europeia de 6 de Maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas¹¹, “a categoria das micro, pequenas e médias empresas (PME) é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros”¹². Ainda que ligeiramente alterada¹³, a definição foi também adotada pela Diretiva 2013/34/UE relativa às demonstrações financeiras anuais, e consolidadas e aos relatórios conexos¹⁴; os parâmetros foram a este últimos fins modificados em 2023¹⁵, mantendo o número médio de empregados durante o ano a que se refere o balanço em 250, mas estabelecendo como critérios um total de balanço dentro de 25 milhões de Euro e um volume de negócios líquidos

2020/852 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 18 de junho de 2020, relativo ao estabelecimento de um regime para a promoção do investimento sustentável, e que altera o Regulamento (UE) 2019/2088 (em particular os art. 9 ss.). Mas isto deveria também dito em relação aos fatores sociais, ainda que por um lado falte a taxonomia europeia respetiva; e por outro lado isto seja sem dúvida muito mais complexo devido à natureza dos assuntos sociais, que nem sempre são facilmente mesuráveis.

¹¹ RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO, de 6 de Maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas (Recomendação 2003/361/CE).

¹² RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO, 2003/361/CE, Art. 2(1).

¹³ Pelo menos dois dos três critérios de: menos de 250 empregados no ano a que se refere o balanço; total de balanço até 20 milhões de Euro; volume de negócios líquidos menos de 40 milhões de Euro.

¹⁴ DIRETIVA 2013/34/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 26 de junho de 2013, relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas, que altera a Diretiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga as Diretivas 78/660/CEE e 83/349/CEE do Conselho, Art. 3(3).

¹⁵ Através da DIRETIVA DELEGADA (UE) 2023/2775 DA COMISSÃO, de 17 de outubro de 2023, que altera a Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no que respeita aos ajustamentos dos critérios de dimensão para as micro, pequenas, médias e grandes empresas ou grupos.

dentro de 50 milhões de Euro, sendo suficiente, para a aquisição da qualificação o cumprimento de pelo menos dois dos três critérios.

Sendo estes os critérios – na verdade bastante laxos e ainda assim não perfeitamente compatíveis entre a mais antiga Recomendação e as mais recentes Diretivas – utilizados pela União Europeia, neste momento 99% das empresas europeias são qualificáveis como PME¹⁶. Se combinarmos esta informação, já por si muito significativa, com o que dissemos quanto à não obrigatoriedade de condutas sustentáveis, a não ser nas grandes empresas, veríamos confirmada a ideia de que o tema da sustentabilidade é neste momento ainda percebido como algo pertencente principalmente, senão exclusivamente, à grande indústria. Apenas a grande indústria, de facto, tem recursos para pagar os custos da sustentabilidade; mas uma adesão a uma *cultura geral da* sustentabilidade deveria ser muito mais espalhada do que apenas para as grandes empresas. Se a grande maioria dos atores económicos não tem qualquer obrigação, a apostila do legislador, principalmente o legislador europeu, nesta fase histórica, é que para a realização de uma sociedade geralmente mais sustentável chegaria o cumprimento de relativamente poucas regras específicas por parte das empresas gigantes, deixando as PME substancialmente livres. O que é, naturalmente, questionável¹⁷.

Uma última nota preliminar tem a ver com a qualificação em termos jurídico-formais das PME no quadro geral do direito societário. Sendo a definição de PME baseada sobre dados económico-empresariais, é muito claro que não determine necessariamente, por parte das empresas aqui consideradas, a adoção de uma especial forma de organização, em termos tipológicos.

Neste sentido, temos de separar os perfis hermenêuticos daqueles fatuais; as regras imperativas da lei, aquelas dispositivas, e aquelas que encontram o seu fundamento apenas na vontade dos sócios; e, nestas últimas duas categorias, as soluções legais e então técnica – e legalmente praticáveis, e as soluções apenas oportunas no tempo certo.

Os possíveis perfis hermenêuticos, já se disse, são quanto às PME particularmente escassos, devido à ausência de específicas referências a modelos de organização e governação no âmbito de textos normativos. Quanto aos aspectos fatuais, bem é conhecido como as PME, tradicionalmente, se organizam de forma de sociedades “fechadas”, em princípio correspondentes aos modelos societários reconduzíveis à família a que a SQ portuguesa pertence – em termos gerais, a GmbH alemã, a SRL italiana e belga, a SL espanhola, a Sàrl francesa, ainda que o modelo que parece será mais utilizado para a constituição de PME nos próximos anos seja o da SAS, ou seja da anónima simplificada¹⁸.

¹⁶ De acordo com um estudo do Parlamento da EU de Outubro 2023: PARLAMENTO EUROPEU, *Fichas temáticas sobre a União Europeia*, [Consult. 18.1.2025]. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/63/piccole-e-medie-imprese>.

¹⁷ E, neste sentido, é de interesse o mecanismo de obrigação em cascata da Diretiva sobre os deveres de vigilância dos administradores, através do qual deveria ter lugar uma promoção, embora que indireta, da sustentabilidade também para as PME. Veja-se *infra*, parágrafo 3.1.

¹⁸ Neste sentido, Alain PIETRANCOSTA, «Introduction», in Andrea VICARI / Alexander SCHALL, eds, *Company Laws of the EU. A Handbook*, München-Oxford-Baden Baden: Bech-Hart-Nomos, 2020, 12 s.

O problema de qualquer maneira tipológico que temos sobre este assunto é que esta família está correntemente num evidente processo de transformação em largas partes da União europeia. Muitas e relevantes são as experiências nacionais – e em breve iremos abordar isso também – em que estas sociedades que tradicional e historicamente tinham a conotação de “fechadas” por recusarem em substância a entrada no mercado de capitais e a conexa possibilidade de livre negociação das quotas estão progressivamente a abrir-se a formas de chamada para capitais, de risco e de dívida, que lembram muito de perto as sociedades cotadas¹⁹. Acresce que os limites relaxados da noção “económica” de PME presentes na disciplina europeia fazem com que seja bem possível que sejam classificadas como PME sociedades que pertencem a um tipo jurídico tradicionalmente considerado como “superior”, ou seja anónimas.

Estas considerações ajudam a entender como a equação PME=SQ (ou PME= GmbH, ou SRL, ou SL, etcetera), se no passado foi geralmente correta, já não o parece ser mais, em três sentidos: pode haver PME que não são organizadas como tipos equiparáveis à SQ; pode haver SQ que tenham dimensões até excedentes às das PME; e sobretudo, sempre mais frequentemente, já não há as sociedades fechadas no sentido unívoco em que durante mais de cem anos – desde o estabelecimento da GmbH alemã em 1892 – estivemos acostumados a pensar. Em termos gerais, as dimensões que uma PME pode ter, de acordo com as regras europeias, fazem com que não se possa justificar uma atitude generalizada, perante este fenómeno, do tipo de: “coitadinha da empresinha”, *small is beautiful*, e similares. As PME tradicionais em muitos casos cresceram de dimensão e de capacidade, e em muitos casos embora mantendo a qualificação de PME tornaram-se adultas: com as naturais consequências em termos de competências, possibilidades e, naturalmente, responsabilidade.

Apesar destas reflexões, quando for preciso encontrar um tipo societário de referência quanto ao regime normativo de aplicação, a maioria das observações do presente ensaio terão em consideração particularmente os tipos da família das SQ, por razões de respeito da tradição, mas com o *caveat* da transformação radical deste modelo em alguns quadrantes, de que já se disse.

3. As PME no Direito Europeu mais recente

3.1. Na Diretiva sobre o dever de diligência dos administradores das empresas em matéria de sustentabilidade

Como já se salientou, no dia 24 de abril 2024, na última sessão disponível do Parlamento europeu antes das eleições de Junho 2024, foi aprovada a primeira leitura da Proposta de Diretiva

¹⁹ Hans De Wulf, «An Introduction to and Evaluation of the 2019 Belgian Companies Act – Preparing for the Previous War?» *European Company and Financial Law Review*, 20/1 (2023) 109-161, especialmente a p. 133 quanto à experiência das BV belgas. No mesmo sentido as mais recentes reformas italianas, com a reforma do Art. 100-ter do Testo Único da Finança: Francesco Brizzi, «Offerta al pubblico e circolazione delle quote di s.r.l. in seguito alla novella dell'art. 100-ter T.U.F.: prime riflessioni», *Rivista ODC*, 10/3 (2023) 894-927 e, em breve, Silvia Corso / Aldo Laudonio, «Le s.r.l. aperte al mercato tra crowdfunding», *Rivista ODC* 11/1 (2024), 119-174.

sobre o dever de diligência dos administradores das empresas em matéria de sustentabilidade.²⁰ A aprovação veio depois de meses de enorme incerteza, não apenas sobre a forma final do texto, mas até sobre a possibilidade da sua aprovação. Ainda no mês de Março de 2024, o sucesso da proposta, que parecia garantido apenas quatro meses atrás, em Dezembro de 2023, quando as instituições europeias emitiram um comunicado de imprensa para dar a conhecer o acordo no trílogo sobre a aprovação de um texto partilhado²¹, era no mínimo muito duvidoso²². Contudo, *in extremis*, a presidência belga do Conselho conseguiu encontrar uma solução de compromisso (concluída no mês de Maio de 2024), que, embora fortemente diluída, trouxe a dita aprovação no dia 13 de Junho 2024, com publicação no dia 5 de Julho 2024 e entrada em vigor desde o sucessivo dia 25 de Julho: *Diretiva (UE) 2024/1760 (CSDDD)*²³.

De facto, como bem se sabe, as PME não são o primeiro objetivo da Diretiva, que está antes de mais focada nas empresas de grandes dimensões, coerentemente com a estratégia tradicional da União europeia em tema de sustentabilidade²⁴. Verdade é que a própria natureza da Diretiva, com o sistema da cadeia de atividades que está aí desenvolvido, faz com que dentro de tal cadeia, estejam (e fortemente) presentes as PME também. A Diretiva, portanto, já por isso não se pode dizer indiferente às pequenas e médias empresas.²⁵

²⁰ O texto original pode encontrar-se aqui: PROPOSTA DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AO DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE E QUE ALTERA A DIRETIVA (EU) 2019/1937, COM 2022 71, 2022/0051 (COD). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071>.

²¹ Cf. CONSELHO EUROPEU / CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *Dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade: Conselho e Parlamento chegam a acordo para proteger o ambiente e os direitos humanos*, Comunicado de Impresa, [Consult. 18.1.2025]. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2023/12/14/corporate-sustainability-due-diligence-council-and-parliament-strike-deal-to-protect-environment-and-human-rights/>.

²² Veja-se por exemplo este artigo de imprensa generalista: Jon McGOWAN, *Vote on EU Corporate Sustainability Due Diligence Law Falls Short, March 15 Deadline Looms*, Forbes (28 Fev. 2024), [Consult. 18.1.2025]. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/jonmcgowan/2024/02/28/vote-on-eu-corporate-sustainability-due-diligence-law-falls-short-march-15-deadline-looms/?sh=67a42437de93>.

²³ O texto finalmente aprovado pelo Parlamento pode encontrar-se no site: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329_PT.html. A versão final da Diretiva (UE) 2024/1760 é assim designada: DIRETIVA (UE) 2024/1760 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 13 de junho de 2024, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859.

²⁴ Como já se viu, é a abordagem que já conhecemos desde a Diretiva sobre a informação não financeira e o relatório de sustentabilidade; cf. *supra*, nota 6, e *infra*, o parágrafo 3.2. As definições das empresas sujeitas à aplicação da Diretiva se podem encontrar no Art. 2.º da mesma.

²⁵ Isto é salientado pelo próprio *Considerando* 69.º: “Embora as PME não estejam incluídas no âmbito de aplicação da presente diretiva, podem ser afetadas pelas suas disposições enquanto contratantes ou subcontratantes das empresas abrangidas pelo âmbito de aplicação. O objetivo é, no entanto, atenuar os encargos financeiros ou administrativos que pesam sobre as PME, muitas das quais já enfrentam dificuldades no contexto da crise económica e sanitária mundial. A fim de apoiar as PME, os Estados Membros, com o apoio da Comissão, deverão criar e explorar, individual ou conjuntamente, sítios Web, portais ou plataformas intuitivos e específicos para a prestação de informações e apoio às empresas, e poderão também apoiar financeiramente

Na Diretiva é evidente como a Comissão reconhece que para as PME os custos que procederiam de uma completa aplicação da diretiva seriam excessivos²⁶, e mesmo por isso os “efeitos indiretos (da diretiva sobre as PME) serão atenuados através de medidas de apoio e orientações a nível da União e dos Estados-Membros, bem como nas relações entre empresas, utilizando cláusulas contratuais-tipo e requisitos de proporcionalidade para o parceiro comercial de maior dimensão”²⁷.

No texto da Diretiva, a parte em que em maior medida e mais diretamente se toma em consideração a posição das PME é em vários *Considerandos*, em particular no 46.^º²⁸ 56.^º²⁹ 69.^º³⁰

as PME e ajudá-las a desenvolver as suas capacidades. Esse apoio pode também ser tornado acessível e, se necessário, adaptado e alargado aos operadores económicos a montante em países terceiros. As empresas cujos parceiros comerciais sejam PME são igualmente incentivadas a apoiar essas PME no cumprimento das medidas relativas ao dever de diligência, bem como a utilizar requisitos justos, razoáveis, não discriminatórios e proporcionados em relação às PME.”

Veja-se também pelo menos o *Considerando 41.º*, onde se encontra o princípio que apenas informações limitadas se deveriam requerer às sociedades parceiras comerciais de grandes empresas sujeitas à diretiva mas que não apresentem grandes riscos de impactos negativos efetivos ou potenciais, a “fim de limitar os encargos para as empresas de menor dimensão criados por pedidos de informação”.

²⁶ Cf. a exposição de motivos da proposta original da CSDDD, ponto 2, parágrafo Proporcionalidade: “Para esta categoria de empresas, os encargos financeiros e administrativos decorrentes da criação e aplicação de um processo de dever de diligência seriam relativamente elevados.” A mesma preocupação é presente no já mencionado *Considerando 69.º* (veja-se a nota imediatamente anterior).

²⁷ Ainda a exposição de motivos, ponto 3, parágrafo “Adequação da regulamentação e simplificação”. No texto final encontram-se indicações sobre o apoio às SME ainda nos *Considerandos 69.º* (“A fim de apoiar as PME, os Estados Membros, com o apoio da Comissão, deverão criar e explorar, individual ou conjuntamente, sítios Web, portais ou plataformas intuitivos e específicos para a prestação de informações e apoio às empresas, e poderão também apoiar financeiramente as PME e ajudá-las a desenvolver as suas capacidades”) e 70.^º (“A Comissão deverá criar um serviço de assistência único sobre o dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade. Esse serviço de assistência único deverá poder colaborar e solicitar informações às autoridades nacionais competentes em cada Estado Membro, incluindo os serviços de assistência nacionais, caso existam, por exemplo, para ajudar a adaptar as informações e orientações aos contextos nacionais e à sua divulgação, sem prejuízo da atribuição de funções e competências entre as autoridades no âmbito dos sistemas nacionais. O serviço de assistência único e as autoridades nacionais competentes deverão também estabelecer contactos entre si para assegurar a cooperação transfronteiriça”) e nos artigos 10.^º e 11.^º como logo se verá.

²⁸ (46) “(...) As empresas deverão também prestar apoio específico e proporcionado a uma pequena e média empresa (PME) que seja um parceiro comercial da empresa, se necessário à luz dos recursos, dos conhecimentos e das limitações da PME, nomeadamente facultando ou facilitando o acesso a atividades de reforço das capacidades, formação ou atualização dos sistemas de gestão e, caso o cumprimento do código de conduta ou do plano de ação preventivo comprometa a viabilidade da PME, facultando apoio financeiro específico e proporcionado, nomeadamente financiamento direto, empréstimos com juros baixos, garantias de aprovisionamento contínuo ou assistência na obtenção do financiamento. O conceito de «comprometer a viabilidade de uma PME» deverá ser interpretado como suscetível de provocar a falência da PME ou de a colocar numa situação de falência iminente”.

²⁹ (56) “Quando são obtidas garantias contratuais de uma PME que seja um parceiro comercial indireto, as empresas deverão avaliar se as garantias contratuais deverão ser acompanhadas de medidas adequadas para as PME. Quando a PME pede para suportar uma parte dos custos, ou com o acordo da empresa, a PME deverá poder partilhar os resultados da verificação com outras empresas”.

³⁰ Veja-se *supra*, nota 25.

e 71.^o,³¹ com alguns outros que dizem respeito a específicos tipos de empresas,³² e aos deveres de relatório sobre a aplicação da Diretiva por parte da própria Comissão Europeia.³³

Em geral, do desenho que decorre destes princípios³⁴, e que encontra regras específicas nos artigos, vê-se bem como a ideia geral do legislador europeu é a de um balanceamento entre a necessidade de garantir a fiabilidade da cadeia de atividades, em que claramente as PME são incluídas, e a de não sufocar com excessivos custos de adaptação, promovendo contudo uma lógica de devida diligência nas PME também, pelo menos quando sejam parte de uma cadeia de atividades. Neste sentido, tais PME devem cumprir os requisitos da CSDDD, no sentido de que estão sujeitas ao respeito do código de conduta elaborado pela sociedade sujeita diretamente à aplicação da CSDDD, de que sejam parceiros comerciais diretos e, em casos excepcionais, até indiretos³⁵.

Para este fim cabe primariamente aos Estados-Membros, coadjuvados pela própria Comissão europeia, dar uma especial atenção às PME para as suportar no cumprimento das obrigações decorrentes da diretiva, também através do desenvolvimento de sítios da internet, plataformas ou portais específicos³⁶, ou até apoiando financeiramente as PME³⁷.

A abordagem adotada pela Diretiva, contudo, não diz respeito aos deveres de suportar as PME apenas por parte dos Estados-Membros e da Comissão, mas também pelas próprias empresas de grandes dimensões, diretamente sujeitas à Diretiva, que sejam parceiras comerciais diretas das PME (ou seja, quando a PME está na cadeia de valor da grande empresa).

Diga-se imediatamente: as regras elaboradas parecem questionáveis. Já dissemos como o principal problema das PME são os elevados custos que teriam de pagar se tivessem de desenvolver a devida diligência da mesma forma em que as empresas maiores devem. No entanto, há o problema de que, se faltar um elo na cadeia de atividades suposta pelo legislador europeu, todo o sistema perde credibilidade: não há garantia alguma do que acontece naquela passagem que não está devidamente documentada. Era portanto preciso que o legislador europeu encontrasse

³¹(71) “A fim de complementar o apoio dos Estados Membros às empresas, incluindo as PME, na sua aplicação das obrigações em matéria de dever de diligência, a Comissão pode basear-se nos instrumentos, projetos e outras ações existentes da União que contribuam para a aplicação do dever de diligência na União e em países terceiros. Pode instituir novas medidas de apoio que ajudem as empresas, incluindo as PME, a cumprir as obrigações em matéria de dever de diligência, incluindo um observatório da transparência da cadeia de atividades e a facilitação de iniciativas setoriais ou multilaterais”.

³² Veja-se a referência às empresas de venda de produtos agrícolas e alimentares de dimensões mais reduzidas, *Considerando* 47.^º e 50.^º.

³³ *Considerando* 98.^º, onde se salienta que o primeiro relatório deveria especificamente ter em conta os impactos da Diretiva nas PME.

³⁴ Que são reforçados por exemplo pelos *Considerando* 50.^º e 57.^º também, onde se menciona a necessidade que, entre os fatores considerados pela sociedade aquando da elaboração e atuação do plano de ação corretivo sobre os impactos negativos potenciais (50) e efetivos (57), sejam adequadamente considerados os impactos “nas PME ou nos pequenos agricultores”.

³⁵ Cf. Arts 10.^º, 4, e 11.^º, 5.

³⁶ Cfr. *Considerando* 71.^º e Art. 20.^º.

³⁷ Cfr. Art. 20.^º, 2, necessariamente a ser coordenado com as regras sobre as ajudas de Estado.

um ponto de equilíbrio entre a exigência de fiabilidade da cadeia de atividades e a de não tornar excessivos os custos de cumprimento a ser pagos diretamente pelas PME. Os Artigos 10.º (sobre a prevenção dos efeitos negativos potenciais) e 11.º (sobre o dever de fazer cessar os efeitos negativos reais) são exatamente tal ponto de equilíbrio; o que é questionável é se este é efetivo.

O artigo 10.º tem a ver com o dever das empresas maiores de tomar as medidas adequadas para prevenir efeitos negativos potenciais para direitos humanos e de ambiente que as empresas que deverão cumprir com a diretiva têm que tomar por si próprias com implicação para com as demais empresas incluídas na sua cadeia de atividades. As PME entram neste sistema enquanto parceiras comerciais da empresa maior, e ao abrigo do parágrafo 2, alínea e), a empresa maior deve – como medida adequada para prevenir os efeitos negativos potenciais – “Prestar apoio específico e proporcionado às PME que sejam parceiros comerciais da empresa, se necessário à luz dos recursos, dos conhecimentos e das limitações da PME, nomeadamente facultando ou facilitando o acesso a atividades de reforço das capacidades, formação ou atualização dos sistemas de gestão e, caso o cumprimento do código de conduta ou do plano de ação preventivo comprometa a viabilidade da PME, facultando apoio financeiro específico e proporcionado, nomeadamente financiamento direto, empréstimos com juros baixos, garantias de aprovisionamento contínuo ou assistência na obtenção do financiamento”. De qualquer maneira, a preservação (também no sentido da sua sustentabilidade económica) da PME interna à cadeia de atividades torna-se por si própria uma medida de prevenção de efeitos negativos potenciais: caso o respeito do código de conduta elaborado pela grande empresa se torne economicamente insuportável por parte da PME, a grande empresa *deve* prestar apoio – não apenas logístico organizativo, mas até financeiro – à PME.

Para lá desta obrigação, em geral o parágrafo 2, alínea b) estabelece que, uma vez que a sociedade de maiores dimensões tenha elaborado o seu código de conduta, a que todos os parceiros comerciais na cadeia de atividades estão sujeitos, o cumprimento do tal código de conduta (e do plano de ação preventivo elaborado ainda pela sociedade maior conforme os princípios do código de conduta) por parte das empresas na cadeia de atividade deveria ser assegurado por meio da obtenção de garantias contratuais que os parceiros empresariais da empresa sujeita à diretiva devem proporcionar à própria empresa. Através de tais garantias, a PME parceira comercial assegura que irá cumprir o código de conduta da empresa maior, inclusive “obtendo as garantias contratuais correspondentes junto dos seus parceiros, na medida em que as atividades destes últimos façam parte da cadeia de atividades da empresa”, segundo o sistema da contratação em cascata³⁸.

Nesta situação, as garantias – quer da PME parceiro direto, quer das empresas parceiras indiretas – devem ser assistidas por um sistema de averiguação de cumprimento, cujos detalhes

³⁸ A menção específica da contratação em cascata, presente na versão original da proposta, já não se pode encontrar na Diretiva. Apesar disso, parece que o sistema é substancialmente correspondente ao originariamente elaborado, apenas com a limitação das garantias a ser obtidas respeitarem só àquelas empresas cujas atividades façam parte (ainda que indiretamente) da cadeia da empresa maior.

estão presentes no parágrafo 5. Ao abrigo desta última norma, quando a empresa parceira comercial da empresa diretamente obrigada a cumprir a diretiva for uma PME, a própria diretiva adota uma solução intermédia. A PME deve obrigar-se a proporcionar as ditas garantias contratuais – as próprias e aquelas dos seus parceiros no sentido *supra* explicado – da mesma maneira que os demais parceiros comerciais (não PME) da empresa. Contudo, a empresa sujeita à CSDDD por um lado tem a possibilidade de avaliar se “as garantias contratuais obtidas junto de uma PME devem ser acompanhadas de alguma das medidas adequadas destinadas às PME” de que já se disse; e, por outro lado, por regra “suporta os custos da verificação independente por terceiros” das garantias oferecidas pelas PME³⁹.

Paralelamente, o artigo 11.º sobre a cessação dos efeitos negativos reais prevê garantias contratuais análogas por parte dos parceiros diretos da empresa obrigada ao cumprimento da diretiva, tendo por objeto não já a prevenção de efeitos negativos, mas sim o compromisso do cumprimento do código de conduta da sociedade e do plano de medidas corretivas, ou seja a cessação de condutas negativas e a eliminação dos seus efeitos. Neste caso também, se o parceiro for uma PME, os custos dela relativos à verificação independente serão suportados pela empresa obrigada ao cumprimento da diretiva, exatamente nos mesmos temos referidos quanto aos impactos potenciais.

Já se disse, o sistema é claramente uma tentativa de equilibrar interesses de certa maneira em conflito quanto aos custos, mas necessariamente ligados no negócio, dentro da cadeia de atividades. O sistema que assim se desenha, evidentemente, é de uma forma de suporte das PME ao abrigo da qual estas são de certa maneira colocadas sob a “proteção” como que “materna” das empresas de grandes dimensões de que são parceiras comerciais diretas.

O problema é que este sistema, que é fundamentalmente estruturado pensando numa possibilidade de poupança para as PME, corre o risco de ser contraproducente. De facto, como não há refeições gratuitas, e a verificação das garantias contratuais tem um custo, não é conveniente para a empresa maior ter relações comerciais estabelecidas com PME, quando não for absolutamente necessário: ter uma PME na cadeia de atividades torna-se um custo adicional para a empresa maior obrigada ao cumprimento da Diretiva, já que é esta que deve pagar para a verificação dos ditos contratos. Onde a PME for substituível por uma empresa similar que não seja PME, não haveria que suportar tais custos, e isto faz com que uma conduta razoável da empresa maior seja a de manter as relações apenas com aquelas PME de que realmente não pode prescindir. Em grande escala, isto pode tornar-se numa espécie de boomerang para as PME: as mais especializadas, e possivelmente as melhores no seu âmbito de negócio, irão ter um valor acrescentado que justificará os maiores custos que provêm da verificação das garantias contratuais; as outras

³⁹ Apenas em regra, pois é possível que a PME peça para suportar pelo menos uma parte do custo da verificação independente por terceiros, de acordo com a empresa sujeita à CSDDD. Neste caso, e parece que apenas neste caso, a não ser que empresa sujeita à CSDDD decida dar igualmente o seu consentimento, o que parece realmente pouco provável, a PME pode partilhar com outras empresas potencialmente também sujeitas à CSDDD os resultados da verificação que foi pelo menos parcialmente por si mesma paga.

serão substituídas por empresas de dimensões maiores, que irão suportar os próprios custos da averiguação. É assim a não ser que as próprias PME decidam suportar os custos da própria averiguação, desta maneira tendo a possibilidade de utilizar tal averiguação no processo de garantia contratual que poderiam ter para com demais sociedades maiores, como a CSDDD explicitamente permite⁴⁰. Para que este incentivo para as PME seja real e efetivo, contudo, é necessário que as garantias contratuais sejam o mais possível estandardizadas (assim como, diga-se, os códigos de conduta das empresas maiores, cujo respeito é exatamente o que as garantias em análise visam garantir), para que as medidas de averiguação que as PME suportam por si mesmas valham para as diferentes empresas maiores das quais a PME é parceira comercial direta e não. Enquanto – e, de forma mais pessimista, se – não houver tal estandardização, este incentivo ao *self-payment* da averiguação por parte da PME não parece ter um real futuro.

3.2. Na Diretiva sobre o relato de sustentabilidade das empresas

As PME estão presentes na nova disciplina do relatório de sustentabilidade das empresas também. Neste caso, o diploma europeu⁴¹ declaradamente⁴² destina-se primariamente quer às empresas de maiores dimensões, quer às PME. O ponto focal é que há uma exceção geral que faz com que as previsões do diploma não se apliquem a todas as PME – e nem a todas as empresas grandes também, na verdade – pois destina-se apenas às que sejam “entidades de interesse geral”⁴³.

Uma primeira exceção geral é, então, quando a PME não seja uma entidade de interesse geral; neste caso, já não há obrigações derivadas diretamente da diretiva.

Em segundo lugar, uma particular subcategoria de PME tem uma isenção geral das obrigações da diretiva, sendo ela a das microempresas⁴⁴, que – mesmo na muito improvável eventualidade de serem entidades de interesse geral – não estão sujeitas à aplicação da diretiva.⁴⁵ Em ambos os casos que acabámos de mencionar, então, uma eventual obrigação de relatório de sustenta-

⁴⁰ Vejam-se as últimas frases dos Arts 10.º5 e 11.º6.

⁴¹ DIRETIVA (UE) 2022/2464 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 14 de dezembro de 2022, que altera o Regulamento (UE) n.º 537/2014, a Diretiva 2004/109/CE, a Diretiva 2006/43/CE e a Diretiva 2013/34/UE no que diz respeito ao relato de sustentabilidade das empresas, daqui adiante também CSRD, do seu nome em inglês (*Corporate sustainability reporting directive*). Por simplificação para o leitor, as citações das normas referem-se aos artigos da Diretiva 2013/34/UE, modificada pelo diploma em análise, que é o texto normativo que aqui primariamente interessa.

⁴² Art. 1.º, 3, Diretiva 2013/34/UE.

⁴³ Cf. art. 2.º, ponto 1, alínea a), Diretiva 2013/34/UE.

⁴⁴ Ou seja, empresas com pelo menos dois dos três critérios de: menos de 10 empregados no ano a que se refere o balanço; total de balanço até 450.000 Euro; volume de negócios líquidos menos de 900.000 Euro; art. 3.1, Diretiva 2013/34/UE.

⁴⁵ Art. 1, 3, Diretiva 2013/34/UE.

bilidade deriva apenas de um compromisso voluntário da empresa, e segundo regras não necessariamente alinhadas com as da Diretiva CSRD⁴⁶.

Há ainda uma abordagem diferenciada quanto ao conteúdo das obrigações, visando não sobreregar as sociedades, quando uma plena aplicação das regras poderia trazer desvantagens económicas para as empresas particulares maiores do que os benefícios gerais de informação para o mercado. Também neste caso o tema geral é o da busca de um ponto de equilíbrio, mas aqui a diferenciação de obrigações é mais desenvolvida do que na Diretiva sobre o dever de vigilância.

Na CSRD, de facto, as PME são autorizadas a preparar um relatório de sustentabilidade simplificado – exatamente como a Diretiva 2013/34/EU admite em relação aos balanços sintéticos⁴⁷ – com apenas algumas das informações ordinariamente pedidas, e outras de forma mais sucinta⁴⁸. Ainda, previa adequada explicação das razões e até o exercício 2028 – e então o balanço 2029 –, as PME podem decidir não incluir o relato de sustentabilidade no seu relatório de gestão.⁴⁹

A norma mais relevante é, contudo, contida no Art. 29.º-C da Diretiva 2013/34/EU, onde se explica que a Comissão adota atos delegados “a fim de estabelecer normas de relato de sustentabilidade proporcionais às capacidades e características das pequenas e médias empresas, bem como à escala e complexidade das suas atividades”. Esta regra vai complementar a do Art. 19.º-A, 6⁵⁰.

A ideia geral, então, na CSRD é que não é suficiente a qualificação como PME para não ser sujeito às regras sobre os relatórios de sustentabilidade. Por um lado, a isenção aplica-se, em geral, apenas às microempresas; em segundo lugar, aplica-se as empresas (também, mas não necessariamente PME) que não sejam entidades de interesse geral. Finalmente, as PME recebem um tratamento mais favorável em termos de possibilidade (até o balanço 2029) de *comply or explain* e, caso o regime se aplique, de possibilidade de simplificação das suas obrigações de relatório. Este parece um equilíbrio bem conseguido em termos gerais.

Uma outra regra parece ter interesse neste contexto. A saber, a de que as empresas sujeitas à elaboração do relatório de sustentabilidade devem, para lá das demais, proporcionar informações também em referência à “gestão e qualidade das relações com os clientes, os fornecedores e as comunidades afetadas pelas atividades da empresa, nomeadamente as modalidades de pagamento, em particular no que diz respeito aos pagamentos em atraso a pequenas e médias empresas”⁵¹. Ou seja, entre os fatores de sustentabilidade que a diretiva considera devemos incluir também

⁴⁶ Sobre o tema, veja-se Deirdre AHERN, «The Sustainability Reporting Ripple: Direct and Indirect Implications of the EU Corporate Sustainability Reporting Directive for SME Actors», em curso de publicação em Alessio BARTOLACELLI, *The Prism of Sustainability*, Napoli: Editoriale Scientifica. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4517356.

⁴⁷ Art. 14.º, Diretiva 2013/34/UE.

⁴⁸ Art. 19.º-A, 6, Diretiva 2013/34/UE.

⁴⁹ Art. 19.º-A, 7, Diretiva 2013/34/UE.

⁵⁰ Trata-se de atos que são basados sobre *standards* elaborados pela EFRAG. Veja-se, a este respeito, o site da própria EFRAG: <https://www.efrag.org/en/sustainability-reporting/esrs-workstreams/smes> [consult. 18.1.2025].

⁵¹ Art. 29.º-B, 2(c)(v), Diretiva 2013/34/EU.

os pagamentos às PME (qualquer PME, não apenas as de interesse geral, e incluindo naturalmente aqui as microempresas também), cujo atraso pudesse – isto é claramente o entendimento do legislador – pôr em perigo a sustentabilidade financeira da PME.

4. Perfis de sustentabilidade voluntária das PME

Até este ponto, tratámos de aspectos de sustentabilidade normativamente impostos às PME, direta ou indiretamente. Já se viu acima como é bem possível – e até é correntemente habitual – que as PME decidam voluntariamente se abrir-se a preocupações de sustentabilidade. Estas parecem ter pelo menos três diferentes linhas de ação: *a)* sustentabilidade no objeto da atividade social; *b)* sustentabilidade no financiamento da atividade social; e *c)* sustentabilidade na governação da sociedade.

4.1. Objeto da sociedade e sustentabilidade

4.1.1. Abordagem geral

Quando se encara o assunto da sustentabilidade no objeto da sociedade, é possível ter duas atitudes diferentes: por um lado garantir a sustentabilidade apenas por parte de algumas sociedades, que sirvam como “campeões das empresas boas” (e, esperançosamente, das boas empresas também ...)⁵²; ou, por outro lado, “difundir” uma atitude sustentável por todas as sociedades, fazendo assim com que não haja sociedades que necessariamente – institucionalmente – devam ser mais sustentáveis do que as outras, sendo o compromisso para com a sustentabilidade reconhecido como uma espécie de dever geral de todas as empresas⁵³.

Claramente, esta segunda atitude é muito mais ambiciosa e daí a possibilidade de uma difusão largamente maior e mais capilarizada da sustentabilidade na economia; ao mesmo tempo, tem também um impacto muito maior sobre as sociedades e a sua governação interna, e por isso torna-se de aplicação muito mais complexa por parte do legislador, que por isso tendencialmente prefere adotar políticas de sinalização e, enfim, de segmentação⁵⁴.

⁵² Este é o sentido da bem conhecida fórmula em inglês *Doing Well by Doing Good*; sobre o assunto vejam-se, entre muitíssimos, os perfis críticos salientados por Andrew LYNN, «Why “Doing Well by Doing Good” Went Wrong: Getting Beyond “Good Ethics Pays” Claims in Managerial Thinking», *Academy of Management Review* 46/3 (2021), 512-533, <https://doi.org/10.5465/amr.2018.0250>.

⁵³ Cf. as considerações de Carol LIAO, «Social Enterprise Law. Friend or Foe to Corporate Sustainability?», in Beate SJÄFJELL / Christopher M. BRUNER, eds., *Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, 655-668.

⁵⁴ É este o caso das sociedades assim chamadas “benefit” que se manifestam cada vez mais nos Países europeus também, não apenas como “selos” privados, mas inclusivamente como modelos normativos de organização de sociedades desenvolvidos pelos legisladores nacionais. Sobre o tema, que tem diferentes perfis problemáticos sobretudo quanto à efetividade da previsão e que não se podem aqui aprofundar adequadamente veja-se Alessio BARTOLACELLI, «Modelos de sociedades “especiais” com fim adicional de “benefício comum”: *benefit corporativo* dos EUA, *società benefit* italianas e *sociétés à mission* francesas (com uma nota anglo-

Verdade é que não há como esconder o facto que uma abordagem “difusa”, ou “generalizada”, não pode ter um valor universal: estarão sempre presentes sociedades que são, por definição, insustentáveis: pense-se apenas nas empresas produtoras de armas, de tabaco, de bebidas alcoólicas, de materiais pornográficos, de combustíveis fósseis⁵⁵. É bem possível que tais empresas se comprometam a reduzir o seu impacto social e/ou ambiental, mas é a sua própria atividade que não lhes permite atingir o impacto zero. E naturalmente os Estados não podem (ou, pelo menos, não sempre) desistir dos bens produzidos por tais empresas: de qualquer maneira, pode-se dizer que é o nosso próprio estilo de vida que não permite uma plena realização da sustentabilidade, e as empresas (e os seus produtos) simplesmente são meios para a realização de tal estilo de vida. Ao mesmo tempo, ainda que nem todas as sociedades *possam* ser sustentáveis por causa da sua própria atividade, isto não significa que, para lá daquelas que são intrinsecamente insustentáveis (em relação às quais seria, contudo, possível pensar numa redução do impacto), bem poderia haver uma política de séria promoção da sustentabilidade para todas as outras empresas. O que, contudo, não parece ter lugar em lado algum⁵⁶.

Não é simples sequer entender *como* esta tal sustentabilidade se deveria declinar nas diversas sociedades: em princípio, para lá da governação da sociedade nos termos que já se viram e que em breve novamente e mais aprofundadamente se observarão, e que por si própria não dá garantias sobre a efetividade da sustentabilidade, como a sustentabilidade de *governance* deve-se ver mais como meio que como fim⁵⁷, a intervenção que favoreça a sustentabilidade deveria ter a

alemã», in J. M. Coutinho de ABREU / Paulo Tarso DOMINGUES, *VI Congresso direito das sociedades em revista*, Coimbra: Almedina, 2021, 285-364.

Mais em geral, trata-se de entender também se é preferível, para promoção da sustentabilidade, o desenvolvimento de novos modelos de sociedade ou uma maior atenção a sistemas de certificação: Sophie Cools, «Social Entrepreneurship: The Choice Between Labels, Variants, Dedicated and Conventional Corporate Forms», *European Company and Financial Law Review*, (2023), 85-108; Florian MÖSLEIN, «Certifying “Good” Companies. A Comparative Study of Regulatory Design», in Beate SJÄFJELL / Christopher M. BRUNER, eds., *Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, 669-681; Alessio BARTOLACELLI «To B or not to B, that is the question. A few unsolicited remarks for the Spanish lawmaker (but not only) regarding the establishment of the sociedades de beneficio e interés común as a label», em Maria Concepción Chamorro DOMÍNGUEZ, *Creación de valor sostenible en sociedades cotizadas y pymes*. Madrid: Editorial La Ley, 2024, 401-463.

⁵⁵ Para outras ilustrações veja-se por exemplo a lista das atividades e dos setores excluídos da European Investment Bank: EUROPEAN INVESTMENT BANK, *EIB eligibility, excluded activities and excluded sectors list, Consolidated list of the Bank's exclusions*, [Consult. 18.1.2025]. Disponível em: https://www.eib.org/attachments/publications/eib_eligibility_excluded_activities_en.pdf.

⁵⁶ Trata-se de uma competição entre ordenamentos jurídicos que pode ser uma *race to the bottom*: sobre o assunto, quanto aos perfis ambientais, veja-se, por exemplo, Katharina HOLZINGER, Thomas SOMMERER, *Race to the Bottom' or 'Race to Brussels?*, Working Paper n. 1/2008, Konstanz: Chair of International Relations and Conflict Management, Universität Konstanz. [Consult. 18.1.2025]. Disponível em: <https://kops.uni-konstanz.de/server/api/core/bitstreams/701a5919-a9dc-4f8a-b865-c1eaf42e5a1c/content>.

⁵⁷ A letra G de ESG é argumento sempre de muito difícil compreensão; veja-se, por exemplo, quanto aos EUA, Jennifer O'HARE, «Don't Forget the "G" in ESG: The SEC and Corporate Governance Disclosure», *Arizona Law Review*, 64/2 (2022) 417-461. Veja-se também o já mencionado Reg. 2019/2088, Art. 2, n. 24, transcrito *supra* em correspondência com a nota 8, em que fica clara a função instrumental do governo quanto à realização da sustentabilidade social e ambiental.

ver com os próprios produtos ou serviços da empresa e como eles se realizam. Isto, claramente, vai abrir as portas a uma infinidade de possíveis declinações na prática, que aqui não se podem sequer ilustrar nos seus termos fundamentais. É, porém, relevante pensar pelo menos em como uma intervenção de promoção geral da sustentabilidade poderia ter lugar. Neste sentido, a alternativa fundamental é naturalmente entre medidas obrigatórias e voluntárias, ainda que promovidas através de incentivos.

Para lá dos casos da Devida Diligência e do relatório de sustentabilidade de que já se disse no parágrafo anterior, e que têm a ver primariamente com sociedades que não são PME, outras medidas obrigatórias não parecem neste momento estar presentes, senão de forma muito leve. De todo o modo, elas têm pelo menos duas desvantagens: por um lado, como já se viu, não podem ser aplicadas de forma generalizada a todas as empresas por causa da especificidade de cada uma delas em relação ao produto ou serviço desenvolvido. Um catálogo que especifique *ações e práticas* sustentáveis seria por um lado enorme, e por outro condenado a ser eternamente incompleto, segundo o paradoxo de Aquiles e a tartaruga: o desenvolvimento da sociedade na prática sempre estará à frente de qualquer lista; e as cláusulas gerais, que seriam bem mais apropriadas a este tipo de assuntos, prestam-se mal a ser a fonte de obrigações *específicas* para as empresas e os seus administradores. Por outro lado, ainda que fosse possível encontrar um instrumento jurídico viável para o estabelecimento das obrigações específicas de sustentabilidade, quaisquer que elas fossem, o que não é claramente individualizável, isto iria ter como consequência um aumento dos custos para a empresa, que ela nem sempre poderá suportar⁵⁸. E, naturalmente, o Estado não pode, num sistema de livre mercado, impor de forma generalizada⁵⁹ aos sócios um limite aos lucros distribuíveis (*quando houver* lucros distribuíveis, claramente) a fim de manter os preços finais dos bens ao mesmo nível que tinham ante da imposição de obrigações de sustentabilidade. Neste quadro geral, então, o risco é que os primeiros a suportar o custo da sustentabilidade sejam os consumidores ou os usuários finais dos produtos e serviços proporcionados pelas empresas. Com a possibilidade que os consumidores orientem as suas preferências

⁵⁸ Neste sentido é apenas oportuno lembrar como na CSDDD em vários lugares se explicita como as PME são excluídas da aplicação da Diretiva exatamente por razões de custos: veja-se mais desenvolvidamente *supra*, parágrafo 3.1. E no mesmo diploma oportunamente no *Considerando 46.º* trata-se do suporte à sustentabilidade económica das PME.

⁵⁹ Neste sentido, como se vai imediatamente ver no parágrafo 4.1.2, os casos em que isto acontece são limitados e com um valor quase de interesse público: pense-se nas cooperativas com mutualidade prevalente italianas (Antonio FICI, «Chapter 9. Italy», in Gemma FAJARDO / Antonio FICI / Hagen HENRY / David HIEZ / Deolinda MEIRA / Hans-H. MÜNKNER / Ian SMITH, *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2017, 347-408, 351), nas empresas sociais, novamente italianas (Giorgio MARASÀ, «Utilità sociale e scopo di lucro nelle imprese sociali: osservazioni sul quadro attuale e sulle prospettive di riforma», em Giorgio MARASÀ, *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, Torino: Giappichelli, 2019, 1-12) ou nas Community Interest Companies inglesas (Alessio BARTOLACELLI, «Modelos de sociedades “especiais” com fim adicional de “benefício comum”: *benefit corpoatios* dos EUA, *società benefit* italianas e *sociétés à mission* francesas (com uma nota anglo-alemã)», 352).

para produtos de preço mais baixo, produzidos no estrangeiro por parte de empresas que não tenham as mesmas obrigações de sustentabilidade vigentes no país da primeira empresa.

Com certeza que o problema se poderia mitigar através de impostos e direitos de importação, mas de todo o modo isto significaria que o custo da sustentabilidade afinal deveria ser suportado pelos consumidores, com a possibilidade de as empresas que o pudessem fazer se deslocalizarem para mercados com menos obrigações de sustentabilidade. Este, contudo, não parece ser o caso das PME, que frequentemente estão mais ligadas ao seu território de referência, e nem sempre têm recursos financeiros suficientes para adotar contramedidas eficazes. Uma política de sustentabilidade obrigatória por força da própria lei parece então ser até contraproducente para as pequenas e as médias empresas.

4.1.2. Abordagem segmentada: empresas sociais e sociedades *benefit*

Por outro lado, a política de promoção da sustentabilidade pode desenvolver-se através do estabelecimento de formas jurídicas específicas, ou de etiquetas, para aquelas empresas que queiram, livremente ou através de um incentivo por parte do Estado, comprometer-se mais em relação a abordagens sustentáveis nas próprias atividades. Estes são tipicamente os casos das empresas definidas como sociais e das sociedades “*benefit*”, que têm como característica fundamental exatamente uma maior atenção a perfis de utilidade social ou geral, combinada em diferente medida com a finalidade lucrativa geralmente própria das sociedades.

Verdade é que, em primeiro lugar, devemos sublinhar que não há uma definição unívoca de empresa social, e dentro deste conceito bem podem caber espécies de empresas muito diferentes.⁶⁰ Aqui entende-se empresa social no sentido da noção muito estrita do legislador italiano, pelo qual são empresas sociais propriamente ditas apenas aquelas que tenham um objeto específico, que está incluído numa lista presente no próprio diploma que regulamenta o modelo⁶¹. Estas têm a característica de satisfazer um interesse que é percebido pelo legislador como um

⁶⁰ Uma definição (informal) de empresa social, proporcionada pela Comissão Europeia se pode encontrar em EUROPEAN COMMISSION, *Social enterprises*. [Consult. 18.1.2025]. Disponível em: https://single-market-economy.ec.europa.eu/sectors/proximity-and-social-economy/social-economy-eu/social-enterprises_en?prefLang=pt.

Na literatura académica, veja-se Henry PETER / Carlos Vargas VASSEROT / Jaime Alcalde SILVA (eds), *The International Handbook of Social Enterprise Law. Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies*, Cham: Springer, 2023, and in that volume in particular the chapters: Carlos Vargas VASSEROT, «Social Enterprise in the European Union: Gradual Recognition of Their Importance and Models of Legal Regulation», 27-45; and Antonio FICI, «Models and Trends of Social Enterprise Regulation in the European Union», 153-171.

⁶¹ Mas neste caso também, deve-se dizer como é bem possível que o objeto, ainda que de qualquer maneira certificado como de interesse geral pela coletividade pelo próprio legislador, não necessariamente será sustentável, ou, até sendo-o por si, que seja prosseguido de forma sustentável. Neste sentido pode talvez dizer-se que há apenas uma presunção relativa de sustentabilidade nas empresas sociais, pelo menos pelo ponto de vista da sustentabilidade social. Veja-se especificamente o art.º 2.º do Decreto Legislativo 112/2017 sobre a empresa social, em que há uma lista de 22 diferentes linhas de atividade do microcrédito ao turismo religioso, da promoção da investigação científica à cooperação para o desenvolvimento.

interesse geral, pelo menos no sentido social, mas ao mesmo tempo a lista das atividades não cobre inteiramente os perfis ambientais. E se entendemos a sustentabilidade no sentido holístico que referimos na abertura deste ensaio, é pelo menos questionável se as empresas sociais devem ser classificadas *sempre* como empresas sustentáveis.

Quanto às sociedades *benefit*, o problema fundamental é se entendemos estas como aquelas empresas que têm a certificação de B-Corp emitida pela sociedade norte-americana B-Lab, ou se são as sociedades que tenham uma forma jurídica estabelecida pelo legislador nacional⁶². As características das duas opções podem ser até não muito diferentes, já que a própria B-Lab exerceu uma atividade de lobby para o estabelecimento de formas societárias particulares⁶³, mas há aspectos que são peculiares e têm a ver com a própria eficácia da ação normativa pelo legislador estadual.

O problema, que aqui apenas pode ser esboçado, é a *efetividade* da atividade ou da finalidade de benefício comum destas sociedades. Cada entidade certificadora estabelece os seus níveis mínimos para a concessão da certificação. Naturalmente, isto significa que é bem possível que (onde haja vários certificadores disponíveis) alguns certificadores sejam mais de confiança do que outros. Como bem foi escrito, a certificação de sustentabilidade é, por si mesma, um mercado⁶⁴. A breve mas relevante história das sociedades *benefit* mostra de forma evidente como praticamente no assunto não há mercado, mas sim um monopólio por parte da B-Lab, que definiu em primeiro lugar o conceito de sociedade *benefit*, estabeleceu um padrão de referência, definiu o standard de concessão da certificação, e os elementos fundamentais do relatório anual. Como a B-Lab fez isto já há muito tempo, ganhou uma inegável prominência na certificação da sustentabilidade, ao ponto de o que nasceu como certificação privada – a B-Corp, onde B estava por Benefit – ser agora em diferentes estados um fenômeno público, como modelo de sociedade estabelecido pelo próprio Estado, mas onde há um papel também para a própria B-Lab⁶⁵.

Os aspectos criticáveis são múltiplos e não se podem aqui aprofundar. Chegue apenas dizer que o facto de a B-Lab ser praticamente um monopolista da certificação de sustentabilidade não significa que os padrões que estabeleceu sejam necessariamente rigorosos ou de confiança, e que o nível de sustentabilidade a alcançar seja uma boa garantia quanto à fiabilidade da sociedade certificada. Quanto a este último ponto, note-se que a certificação B-Corp é concedida

⁶² Para maiores informações sobre o assunto e uma bibliografia mais desenvolvida veja-se Alessio BARTOLACELLI, «Modelos de sociedades “especiais” com fim adicional de “benefício comum”: *benefit corpoatios* dos EUA, *società benefit* italianas e *sociétés à mission* francesas (com uma nota anglo-alemã)», cit., passim.

⁶³ Sobre o tema, entre os muitíssimos, Carol LIAO, «A Critical Canadian Perspective on the Benefit Corporation», *Seattle University Law Review*, 40/2 (2017) 683-716.

⁶⁴ Mario Stella RICHTER Jr, «Società benefit e società non benefit», *Rivista ODC*, 5/2 (2017), 1-11, 4; John Haskell MURRAY, «Social Enterprise Innovation: Delaware's Public Benefit Corporation Law», *Harvard Business Law Review*, 4 (2014) 345-371, 361 s.

⁶⁵ O argumento é desenvolvido em Alessio BARTOLACELLI, «Modelos de sociedades “especiais” com fim adicional de “benefício comum”: *benefit corpoatios* dos EUA, *società benefit* italianas e *sociétés à mission* francesas (com uma nota anglo-alemã)», cit., passim., onde se encontram as justificações argumentativas de todos os assuntos que seguem e a bibliografia correlata.

pela B-Lab quando a sociedade que a pretenda obter chegue a uma pontuação de pelo menos 80 sobre 200 na escala elaborada pela B-Lab; o que significa, mais incisivamente, que é aceitavelmente sustentável uma sociedade que tenha 4/10 de conformidade para com os padrão da B-Lab. E, onde a sociedade pretenda a certificação, mas não chegue a este nível mínimo – e minimal... – é a própria B-Lab a sugerir como a sociedade pode alcançar o objetivo e obter a certificação – pela qual naturalmente a B-Lab é paga quer no momento da concessão, quer da revisão anual da qualificação. Já se deu conta desta parte do problema, e se pôde apreciar também a questão do conflito de interesses que lhe está intrínseco.

Mas o conflito é ainda maior quando olharmos os modelos públicos que foram desenvolvidos pelo impulso da B-Lab. Uma consideração geral é, pelo menos na ideia de quem escreve estas linhas, que a definição *pública* de sociedade *benefit* deveria dar muito maior confiança do que a “garantida” por uma certificação privada. Noutro lugar demonstrou-se que assim não é, ou pelo menos não sempre. Neste sentido, pode-se dizer que a fiabilidade do que se pode reconhecer como uma certificação pública deveria estar submetida a um sistema de controlos de que o Estado fosse garante. Mas pelo menos em algumas regiões isto não acontece: por exemplo, na Itália, é suficiente que a sociedade tenha uma indicação de um “benefício comum” no seu estatuto, que tenha um responsável pelo “benefício comum” nomeado pelos administradores, que faça um relatório sobre o “benefício comum” a cada ano, e manterá a qualidade *pública* de sociedade *benefit*. E é assim mesmo que a atividade de benefício comum seja minimal: é verdade que a sociedade deve submeter a própria atividade a uma autoavaliação segundo um standard internacionalmente reconhecido (que será, pelo menos geralmente, o elaborado pela B-Lab, por sinal...) mas diferentemente do reconhecimento da qualificação *privada*, para obter e manter o *status público* de sociedade *benefit* não há um nível mínimo a alcançar. O que, claramente, prejudica substancialmente a confiabilidade da etiqueta *pública*. E, ainda mais, até os remédios da lei italiana contra as sociedades *benefit* que não prossigam as finalidades de benefício comum são questionáveis na sua efetividade: para lá das ações judiciais, que estão sempre disponíveis, qualquer interessado pode utilizar os instrumentos do direito do consumidor para que a sociedade desista do seu comportamento e seja sancionada pela Autoridade da Concorrência e do Mercado – Antitrust⁶⁶. Tal autoridade, contudo, tem poderes sancionatórios, mas não de modificação da qualificação da sociedade. Isto é: em Itália, uma sociedade *benefit* torna-se tal por força de uma declaração da própria sociedade (mais propriamente, dos sócios que incluem a finalidade de “benefício comum” na cláusula do objeto social), sem um controlo inicial por parte de autoridade pública, e com controlos sucessivos apenas deixados à iniciativa (eventual) de concorrentes ou consumidores, e que contudo não levam à perda da qualidade de sociedade *benefit*. O que

⁶⁶ Sobre este tema, e com a tentativa de encontrar um sistema de coordenação internacional relativamente ao *greenwashing* das sociedades *benefit* através das disposições do direito do consumidor, veja-se Alessio BARTOLACELLI, «Predicare bene e razzolare male»: la concorrenza sleale delle società dichiaratamente *benefit* ma che non persegono una finalità di beneficio comune», in Luis María Miranda SERRANO / Javier Pagador LÓPEZ (dir.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Madrid; Marcial Pons, 2021, 317-340.

significa que é possível o paradoxo de haver sociedades que mantenham a qualificação de *benefit* ainda que não prossigam finalidade alguma de “benefício comum”, que nunca a tenham prosseguido, e que nunca a venham a prosseguir, caso achem que por razões de reputação é preferível correr o risco de sanções por parte da autoridade Antitrust e manter a qualificação de sociedade *benefit* que pode ser de agrado ao mercado, do que ter um real compromisso com a sustentabilidade. E se esta é uma situação pouco realista, porque as sanções serão possivelmente altas o bastante para desencorajar uma tão fraudulenta atitude, bem mais provável é a situação em que uma sociedade, cujo objeto principal bem poderá nada ter a ver com a sustentabilidade, se comprometa a uma finalidade mínima de “benefício comum”, que até implemente, e que assim esteja a salvo de sanções por utilizar licitamente a qualificação de sociedade *benefit*. Como é evidente, um sistema como este não é adequado para garantir nem que uma sociedade *benefit* seja realmente sustentável, nem que, ainda que o possa ser teoricamente, na prática atue de modo consequente com ele.

A ideia geral, então, é por um lado que, se se desenvolvem formas jurídicas específicas, é preciso que haja instrumentos adequados para garantir quer a *real* contribuição da sociedade para o “benefício comum”, quer que o estatuto apenas se mantém para aquelas sociedades que *realmente* prossigam a finalidade de benefício comum declarada no estatuto⁶⁷.

Por outro lado, contudo, não parece que as formas jurídicas específicas sejam a solução ideal: a própria segmentação que já observámos faz com que haja uma seleção de sociedades percebidas como “boas”, com a consequência de serem as demais “máis”. Mas estas sociedades “boas” devem de toda maneira respeitar as regras do direito societário geral, e de vez em quando estas últimas não são completamente compatíveis com as regras ditadas pela qualificação como sociedade “benefit”⁶⁸.

Mais eficaz parece ser a fórmula da certificação, com o Estado a ter uma função de garantia da fiabilidade da própria certificação e da entidade certificadora: desta maneira, minimiza-se o papel do Estado, a bondade da certificação tem até um reconhecimento público, os remédios de direito do consumo permanecem aplicáveis e a obtenção e perda da certificação é com certeza menos formalizada, e então mais simples, com toda a vantagem para as empresas que se queiram comprometer⁶⁹.

⁶⁷ Neste sentido o sistema francês é sem dúvida mais eficiente do que o italiano, graças à intervenção de um organismo independente externo à sociedade: Alessio BARTOLACELLI, «Modelos de sociedades “especiais” com fim adicional de “benefício comum”: *benefit corpoatios* dos EUA, *società benefit* italianas e *sociétés à mission* francesas (com uma nota anglo-alemã)», 341 ss.

⁶⁸ Pense-se nos deveres dos administradores, e das ações de responsabilidade contra deles, ou o direito de separação: todos temas que encontram no debate jurídico italiano elementos de perplexidade quanto ao regime efetivamente aplicável as *società benefit*.

⁶⁹ Veja-se para um desenvolvimento desta linha de argumentação, Alessio BARTOLACELLI «To B or not to B, that is the question. A few unsolicited remarks for the Spanish lawmaker (but not only) regarding the establishment of the sociedades de beneficio e interés común as a label», cit.

Como a vasta maioria das sociedades *benefit* é formada por PME, é evidente como o raciocínio que já se desenvolveu tem um grande impacto em particular sobre as pequenas e médias empresas; e o facto de elas serem a esmagadora maioria das sociedades europeias faz com que as PME se tornem também em perspetiva as principais protagonistas do mundo do «benefício comum».

4.1.3. A sustentabilidade *ex post*: os relatórios

Finalmente, há outra abordagem possível quanto à sustentabilidade, pelo menos na conceção do legislador europeu, e é a relativa aos relatórios de sustentabilidade. Como vimos incidentalmente, há uma interseção com o tema do relatório na área das sociedades *benefit* também, onde vigora a obrigação (pelo menos teórica⁷⁰) de preparar relatórios anuais. Porém, o tema dos relatórios é muito mais desenvolvido na legislação europeia, antes com os relatórios chamados “não financeiros”, e agora com o relatório de sustentabilidade, que se referiu⁷¹.

A questão é que, segundo o direito europeu, a obrigatoriedade do relatório vale apenas, como referido, para empresas de maiores dimensões. A pergunta que se coloca é se faz sentido pensar – a nível nacional ou supranacional – numa forma de relatório de sustentabilidade para PME⁷².

Os temas fundamentais parecem ser a função e os destinatários dos relatórios. O relatório tem funções potencialmente muito diferentes; como é evidente, em particular nas grandes empresas os relatórios estão concebidos como modo de permitir aos grandes investidores obter um conhecimento adequado das políticas de sustentabilidade das sociedades em que estivessem interessados em adquirir participações. E esta conclusão é até fortalecida pela exigência, na Diretiva (UE) 2022/2464, *Considerando 55*, e agora o Art. 29.º-D da Diretiva 2013/34/UE, alterada pela Diretiva (UE) 2022/2464, de que todas as informações proporcionadas no relatório sejam “machine readable” (legíveis por máquina em formatos eletrónicos), favorecendo assim a possibilidade de uma automatização na aquisição de informações de sustentabilidade, principalmente por parte de investidores acostumados a utilizar formas informáticas de recolha de dados. Mas se os investidores são os principais destinatários, não se pode dizer que sejam os únicos. Em particular, os relatórios podem servir para consumidores ou associações de consumidores para selecionar as empresas mais virtuosas em termos de sustentabilidade. E ainda, como se trata de sociedades de grandes dimensões, os relatórios podem também servir a quem já for sócio – e não apenas aos sócios potenciais como investidores profissionais – para averiguar se e como as políticas de sustentabilidade foram prosseguidas, com um impacto possível inclusivamente sobre a remuneração dos administradores.

⁷⁰ Como assinala, quanto aos EUA, John Haskell MURRAY, «An Early Report on Benefit Reports», *West Virginia Law Review*, 118/1 (2015), 25-57, 34.

⁷¹ Supra, parágrafo 3.2.

⁷² O tema é abordado por Deirdre AHERN, «The Sustainability Reporting Ripple: Direct and Indirect Implications of the EU Corporate Sustainability Reporting Directive for SME Actors», cit.; e quanto às iniciativas do EFRAG veja-se *supra* a nota 50.

Se olharmos esta série de funções e destinatários, e substituímos as grandes empresas por PME, esta exigência fará sentido? E fará sentido, em particular considerando os custos, económicos e em termos de trabalhadores envolvidos e tempo despendido, ligados à preparação dos relatórios? Considerando apenas o que acabámos de observar, a resposta seria negativa. É contudo necessário considerar mais uma categoria de interessados no relatório, a saber, os bancos no momento em que a PME precise de fundos, como vamos ver em breve.

Em primeiro lugar, é necessário sublinhar como a própria natureza do relatório faz com que não se possa dizer que é um instrumento da sustentabilidade, por si próprio considerado. Não o pode ser, porque tem uma visão orientada para o passado, e não para o futuro: o relatório apenas dá conta daquilo que *já aconteceu*. A sua função positiva para o futuro limita-se à fotografia da sustentabilidade de uma empresa para os efeitos que os destinatários da informação pretendam. Destinatários que vimos ser os investidores profissionais (e os intermediários também), como possíveis sócios futuros; os sócios atuais, com finalidade de controlo; os consumidores; ou, como antecipámos, os bancos. Ora, segundo a visão tradicional das PME, falamos de sociedades tendencialmente privadas, com poucos sócios, e sem acesso ao mercado do capital; por isso, uma função específica relativa aos investidores profissionais é pelo menos muito questionável. Compreende-se que a obrigatoriedade do relatório tenha sido estendida às PME cotadas, como se viu, que entre as PME são de certeza as “menos privadas”.

Quanto aos sócios atuais da sociedade, nas sociedades privadas geralmente há sistemas de informação particular dos sócios em que cada sócio tem o direito ou a possibilidade de obter informação, sem precisar de um relatório formal⁷³.

Quanto aos consumidores, como particulares ou em associação: com certeza iriam beneficiar de um relatório, pelo menos teoricamente. O problema é que não há a certeza de que os consumidores realmente leiam os relatórios⁷⁴, e ainda que os leiam, tenham as competências para entender um relatório tão desenvolvido como o desenhado pela Diretiva (UE) 2022/2464. Outros instrumentos serão porventura mais eficazes, tendo por base o sítio de internet da sociedade.

Falta a última das categorias que mencionámos, ou seja os organismos de crédito. Como veremos nos próximos parágrafos, a sustentabilidade é um dos temas-chave quanto ao financiamento das

⁷³ Veja-se, por exemplo, o art. 2476 do código civil italiano sobre o direito de fiscalização do sócio da *società a responsabilità limitata*, que é um direito individual de cada sócio.

⁷⁴ Há um caso italiano muito recente, que concerne a uma sociedade *benefit*, ainda que não por causa da sua qualificação como *benefit*, a sociedade *Fileni Alimentare s.p.a.*, ativa no setor da alimentação, que foi discutido perante a autoridade Antitrust italiana. Neste caso, em que a Fileni foi acusada de – e finalmente condenada por – não realizar efetivamente atividades de sustentabilidade ambiental que tinha no entanto declarado publicamente ter levado a cabo, diz-se claramente que o relatório de sustentabilidade da sociedade para o ano 2021, no prazo entre Junho 2022 e Junho 2023, tinha sido descarregado no total apenas cinco vezes (ponto 18). O acórdão da Antitrust é o número 31025, no caso PS12496 Fileni sostenibilità, decidido o 16 Janeiro 2024, [Consult. 18.1.2025]. Disponível em: <https://service.agcm.it/detttaglio?db=C12560D000291394&uid=51BE42382D389AA7C1258AB300408669&view=&title=PS12496-FILENI%20SOSTENIBILIT%C3%80&fs=Pratiche%20scorrette>.

sociedades. Isto quer no caso de financiamento direto da sociedade – por exemplo, através da emissão de títulos “verdes” destinados ao mercado – quer no caso de financiamento “verde” ou “social” indireto, ou seja, através de um banco que, todavia, se comprometeu para com o público dos investidores emprestar dinheiro apenas a sociedades que possam demonstrar ser sustentáveis. Considerando o grande desenvolvimento que estas linhas de financiamento correntemente têm, e considerando como os empréstimos bancários continuam sendo as principais formas de financiamento de PME na prática, entende-se bem como os bancos podem tornar-se destinatários fundamentais dos relatórios de sustentabilidade das PME, para corretamente averiguar o mérito da empresa para obter crédito e entender as possibilidades de que efetivamente reembolse o empréstimo. Neste sentido, já acontece que sejam os próprios bancos a pressionar as sociedades, no momento em que queiram obter financiamento, para que apresentem um relatório de sustentabilidade, geralmente desenhado por cada banco segundo as próprias exigências.

Em termos gerais, naturalmente, cada PME tem a possibilidade de se submeter *voluntariamente* às regras que são imperativas para sociedades de maiores dimensões: para lá de (em todo o caso questionáveis) finalidades de reputação, não se vê porém porque uma PME se deveria decidir por isso, em particular considerando os custos não negligenciáveis de tal conduta auto-imposta. Uma completa (e certificada, mas contudo menos complexa) informação proporcionada no portal eletrónico da sociedade será muito provavelmente uma via de informação para terceiros muito mais efetiva do que um relatório. Além de que a disciplina do direito do consumidor tem um papel fundamental na garantia de fiabilidade das informações proporcionadas.⁷⁵ Quanto aos financiamentos bancários, uma das ambições dos standards de relatório voluntário das PME correntemente elaborados pela EFRAG é exatamente de servir como modelo para os relatórios exigidos pelos bancos, de modo a ter um standard pré-definido e confiável à disposição das PME quando precisarem de contrair empréstimos. Considerando a importância do financiamento por meio de canais bancários, isto tornar-se-ia não uma obrigação em sentido próprio, mas com certeza um enorme incentivo à redação dos relatórios e, naturalmente, à prossecução das práticas de sustentabilidade que o mundo creditício requeira para a concessão de empréstimos.

4.2. O financiamento sustentável

Na área do financiamento sustentável das PME é naturalmente preciso fazer uma distinção fundamental entre financiamento de capital de risco (*equity*), de dívida (e é questionável se devemos aqui concentrarmo-nos primariamente sobre os *bonds*, como veremos) e, onde possível, de financiamento híbrido (*quasi equity, mezzanines Kapital* e similares).

⁷⁵ Há, contudo, uma situação particular que merece atenção específica, a saber, a de a empresa, sendo uma PME não cotada, ter uma relação particular com a administração pública. É por exemplo o caso de PME que tenham contratos de empreitada com uma entidade da administração pública. Há casos em que, no concurso, há preferência pela escolha de empresas mais sustentáveis: parece que nestes casos, tais empresas terão de demonstrar a própria sustentabilidade ao longo da realização da obra, e então, diria também através da preparação do específico relatório anual de sustentabilidade.

4.2.1. Financiamento de dívida

O tema pode ser abordado quer de forma direta, que por via indireta. A primeira é prévia à segunda, que diz respeito aos empréstimos bancários, embora esta última seja a de maior interesse para as PME, como acabámos de observar.

A via direta tem lugar através da emissão, por parte da própria sociedade, de obrigações marcadas por características de sustentabilidade ambiental e/ou social; os chamados *green bonds* são a mais bem conhecida modalidade de tais instrumentos⁷⁶.

O tema merece um tratamento muito mais desenvolvido do que é possível fazer neste texto. O problema essencial que aqui se encontra é que, como as PME não são necessariamente reconduzíveis a um específico tipo societário, nem sempre a sociedade terá a possibilidade de emitir obrigações: há regras societárias em diversos Estados que não dão às sociedades “privadas” o direito de emitir obrigações⁷⁷. Quando assim for, então, a emissão de obrigações verdes, ou sociais, ou sustentáveis, é proibida assim como é a de obrigações “tradicionalas”.

As obrigações verdes, ou sociais, ou sustentáveis são aquelas cujas receitas devem ser utilizadas para financiar atividades económicas com impacto positivo duradouro no ambiente, ou no âmbito social, ou ambas⁷⁸. Claramente, há diversas matérias envolvidas, como a da certificação do uso das receitas, a da revisão por partes terceiras, a da informação a proporcionar ao público investidor, e várias mais. A nível europeu, estes temas são tratados no Regulamento 2023/2631, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de novembro 2023, que proporciona um quadro geral coerente e harmonizado sobre o tema do financiamento sustentável, embora de momento apenas quanto ao perfil ambiental. O que aqui é relevante é exatamente que as sociedades que pretendam exercer atividades de qualquer forma sustentáveis e que precisem de financiamento para o fazer têm a possibilidade de utilizar instrumentos jurídicos que se podem qualificar como sustentáveis, e que podem assim ser apresentados como “verdes” no mercado financeiro.

Deve porém sublinhar-se um aspeto fundamental: as obrigações sustentáveis não garantem que a sociedade que as emite seja por si própria sustentável: se todos os mecanismos de averiguação funcionarem adequadamente, o investidor tem uma garantia – ou melhor, uma razoável

⁷⁶ Ainda não parece haver grande abundância de estudos científicos sobre o tema que abranjam o aspeto legal. Veja-se, contudo Stephen Kim PART, «Green Bonds and Beyond: Debt Financing as a Sustainability Driver», in Beate SJÄFJELL / Christopher M. BRUNER, eds., *Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 596-610; Diletta LENZI, «La finanza d'impatto e i green e social bonds. Fattispecie e disciplina tra norme speciali e principi generali», *Banca Impresa Società*, 40/1(2021) 115-156; Monica COSSU, «Tassonomia finanziaria e normativa dei prodotti finanziari sostenibili e governo societario», *Banca Impresa Società*, 41/3 (2022) 433-487; Eugenia MACCHIAVELLO, «PMI sostenibili ed accesso a fonti alternative di finanziamento: green DLT-based finance e recenti normative europee», em *Banca Impresa Società*, 42/3 (2023), 523-554. Para considerações de ciências económicas, veja-se Alfonso Del GIUDICE, *La finanza sostenibile, Strategie, mercato e investitori istituzionali*, Turim: Giappichelli, 2019, espec. 77 ss.

⁷⁷ O panorama é presente em Andrea VICARI, *European Company Law*, Berlin: De Gruyter, 2020, 302 ss., onde mais indicações punctuais.

⁷⁸ Veja-se o Regulamento (UE) 2023/2631 de 22 novembro 2023, sobre as obrigações verdes europeias, *Considerando 12*.

expectativa – de que o seu dinheiro será utilizado para atividades sustentáveis; atividades que, contudo, não necessariamente – aliás, quase nunca – constituem o total das atividades da dita sociedade, e cujos restantes negócios bem podem ser mais “castanhos” do que “verdes”, e não socialmente sustentáveis.

Na relativamente grande família das obrigações sustentáveis, as que mais poderão ter um impacto positivo sobre a sociedade na sua complexidade são as chamadas de *sustainability-linked bonds* (ou, na versão em português do Regulamento 2023/2361, as “obrigações ligadas à sustentabilidade”⁷⁹), ou seja, obrigações cujas receitas não têm necessariamente que ser utilizadas para um ou mais negócios verdes desenvolvidos pela sociedade, mas sim para que a sociedade, através de atividades financiadas por essas receitas, melhore determinados fatores chave da sua própria organização. Caso falhe nessa melhoria, a sociedade terá por exemplo de pagar juros mais elevados aos investidores. Claramente, a emissão destas obrigações tem por consequência, se a sociedade não falhar, que o seu nível de sustentabilidade se torne maior⁸⁰.

Mas, como já se disse, nem sempre as PME podem emitir obrigações. Caso não tenham esta possibilidade, a fonte normal de financiamento de dívida da sociedade é o empréstimo bancário⁸¹. E já se viu como a sustentabilidade – aliás, um adequado relatório de sustentabilidade que evidencie o compromisso da sociedade para com a sustentabilidade segundo a política prosseguiida pelo instituto de crédito que concede o empréstimo – tem um específico papel neste processo. Isto pode acontecer quando o empréstimo tenha características “normais”, ou seja quando não é diretamente ligado a um uso “verde” ou “social” dos recursos; mas é ainda mais importante quando foi o banco quem emitiu obrigações sustentáveis. O banco vai assim encontrar no mercado dinheiro que sucessivamente irá emprestar a outras empresas, entre as quais primariamente PME, para que estas realizem obras “verdes”, “sociais”, “sustentáveis”. Neste sentido, o empréstimo bancário tem uma obrigação adicional, para lá do dever de devolver o empréstimo e pagar os juros, que diz respeito à forma como o dinheiro emprestado pelo banco é utilizado.

Evidentemente, ora mais, ora menos, estes instrumentos são bem capazes de suportar a sociedade, e em particular a sociedade de pequena e média dimensão, no alcançar de uma maior sustentabilidade⁸². Há contudo zonas cinzentas muito relevantes.

⁷⁹ Veja-se o Considerando 9 do Regulamento (UE) 2023/2631.

⁸⁰ Para mais informações sobre estes e os outros tipos de *bonds* de que aqui se discorreu, vejam-se as páginas *web* dedicadas pela IMCA – International Capital Market Associations. Os princípios relativos aos títulos “vinculados à sustentabilidade” se podem encontrar, na tradução portuguesa, a este link: *The SUSTAINABILITY-LINKED BOND PRINCIPLES, Princípios de Títulos Vinculados à Sustentabilidade. Diretrizes do Processo Voluntário*, Jun 2020. [Consult. 18.1.2025]. Disponível em: <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Regulatory/Green-Bonds/Translations/2020/Portuguese-SLPB2020-June-280920.pdf>.

⁸¹ Na verdade, há também o caso, muito generalizado na prática, dos empréstimos dos sócios à sociedade (para experiências veja-se Andrea VICARI, European Company Law, cit., ibi), que contudo não parecem ter uma real possibilidade de manifestação em termos sustentáveis.

⁸² Ainda que no Regulamento (UE) 2023/2631 se encontre uma particular disposição para as PME. No Considerando 14 lê-se: “A fim de facilitar a emissão de Obrigações Verdes Europeias por empresas de menor dimensão, os critérios de afetação das receitas das Obrigações Verdes Europeias a atividades económicas

Em primeiro lugar, como se viu, o Regulamento europeu apenas diz respeito às obrigações verdes: nada se diz sobre as obrigações “sociais” e as mistas verdes e sociais. Isto não é por acaso: o quadro geral destes instrumentos prevê que os objetivos prometidos sejam alcançados dentro de um certo tempo. Esta tarefa tem a ver com a necessidade geral de mensurabilidade dos resultados, e isto é muito mais simples quando se fale de tarefas “verdes”, que têm características mais mensuráveis, do que as tarefas sociais⁸³. E, neste mesmo sentido, não é por acaso que a poderosa e ponderosa taxonomia elaborada pela União Europeia⁸⁴ correntemente tem a ver apenas com as atividades “verdes” da sociedade, deixando para o futuro as sociais.

4.2.2. Financiamento de risco

O discurso sobre os canais sustentáveis de financiamento de risco da sociedade é muito mais simples: neste momento não há indicações particulares, nem regras especiais sobre o tema, nem a nível europeu, nem – tanto quanto é de meu conhecimento – a nível nacional.

Em primeiro lugar, coloca-se porém o problema de definir o que é um financiamento sustentável no âmbito do capital de risco. Ainda que se reconheça que tal é extremamente subjetivo e arbitrário, pensamos que se pode falar de financiamento sustentável quando a sociedade tenha decidido ter um certo nível de compromisso no âmbito da sustentabilidade, e como obrigação suplementar, por exemplo a fim de demonstrar ao público a efetividade do seu compromisso,

sustentáveis do ponto de vista ambiental deverão aplicar-se apenas às receitas líquidas dessas obrigações. As receitas líquidas consistem na diferença entre as receitas totais das obrigações e os custos de emissão diretamente relacionados com a emissão da obrigação, que incluem os custos dos intermediários financeiros responsáveis pela emissão, os custos de aconselhamento, os custos legais, os custos de notação e os custos relacionados com a verificação externa. Os emitentes de Obrigações Verdes Europeias deverão poder decidir afetar as receitas brutas, sem dedução dos custos, a atividades económicas sustentáveis do ponto de vista ambiental”.

⁸³ Pense-se apenas, por exemplo e por um lado, em níveis de emissões, em gastos energéticos, em quantidade de resíduos reciclados, em quantidade de energia produzida por fontes renováveis, etc. E quanto à mensurabilidade da degradação ambiental, vejam-se, na CSDDD, o Considerando 32 e o Anexo 1, ao ponto 15.

E, por outro lado, na dificuldade de medir os impactos sociais: salários, mas em que local? Em termos reais, ou nominais? E as coisas tornam-se ainda mais problemáticas quando a sociedade tenha filiais no estrangeiro, onde a capacidade de compra do salário pode ser muito diferente. O mesmo pode dizer-se quanto aos demais direitos dos trabalhadores, que são sujeitos à disciplina do direito do trabalho também. E depois pode pensar-se em todas as demais áreas da ação latamente social da sociedade (consumidores, fornecedores, as comunidades territoriais onde a sociedade tenha os seus estabelecimentos). Estas poucas considerações tornam logo evidente como a abordagem geral e holística para com a sustentabilidade ainda tem um longo caminho para frente.

⁸⁴ REGULAMENTO (UE) 2020/852 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 18 de junho 2020, relativo ao estabelecimento de um regime para a promoção do investimento sustentável, e que altera o Regulamento (UE) 2019/2088 e, no detalhe, o REGULAMENTO DELEGADO (UE) 2021/2139 DA COMISSÃO, de 4 de junho de 2021 que completa o Regulamento (UE) 2020/852 do Parlamento Europeu e do Conselho mediante o estabelecimento de critérios técnicos de avaliação para determinar em que condições uma atividade económica é qualificada como contribuindo substancialmente para a mitigação das alterações climáticas ou para a adaptação às alterações climáticas e estabelecer se essa atividade económica não prejudica significativamente o cumprimento de nenhum dos outros objetivos ambientais.

faça com que partes interessadas externas que tenham uma relação para com o objeto do compromisso de sustentabilidade da sociedade entrem na própria sociedade, com uma posição a definir, para melhor *contribuir para a atuação ou monitorar* as atividades. Os interessados que entraram desta maneira na sociedade poderão, neste sentido, dar indicações ou sugestões aos administradores da sociedade para melhor atingir os objetivos sustentáveis da sociedade; ou até poderão diretamente contribuir para alcançar tais objetivos, nomeando administradores com função específica; ou poderão ter poderes de supervisão do que é decidido no conselho da sociedade, segundo as normais regras de direito societário.

Ainda, sempre respeitando o quadro geral das regras do tipo social que se pretenda utilizar, podem desenvolver-se outras formas de intervenção, por exemplo, incentivando a que algumas partes interessadas se tornem sócias da sociedade, até, quando possível, com direitos especiais por exemplo de nomeação de administradores da sociedade, ou na supervisão da sua atividade⁸⁵.

Detetam-se algumas dificuldades em relação a esta última situação: por exemplo, o preço de entrada da parte interessada; o nível de participação ao capital a reconhecer; o nível e o tipo de direitos dos novos sócios; a transferibilidade, ou não, da participação; etc.

Há depois que investigar a *forma* de participação. Também neste caso, a situação parece mais simples nas PME de forma de sociedade anônima, podendo haver a criação de uma específica categoria de ações para interessados específicos com alguns direitos sociais dedicados⁸⁶. Mas há casos em que o direito das sociedades privadas admite que haja direitos especiais reconhecidos a alguns sócios; e neste caso a situação seria ideal para os interessados⁸⁷.

Claramente, no caso aqui em análise de participação dos interessados no capital da sociedade, o envolvimento dos *stakeholders* é máximo, mas a situação não parece sempre isenta de problemas. Por um lado, uma participação no capital de risco significa que os interessados têm de contribuir de qualquer forma para o capital, e isto deve naturalmente seguir o regime das entradas, como bem se sabe geralmente mais exigente nas sociedades anônimas, por causa da harmonização europeia. Isto faz com que seja porventura preferível utilizar este instrumento nas sociedades fechadas, que poderão ter regras mais flexíveis sobre a formação do capital; mas aí também não

⁸⁵ A ideia é a dos direitos especiais dos sócios de *società a responsabilità limitata* italiana, como se pode ver no art. 2468, parágrafos 3 e 4, do código civil italiano. Sobre o assunto: Alessandra DACCÒ, «*Diritti particolari* e *recesso dalla s.r.l.*», Milano: Giuffrè, 2013; Paolo BUTTURINI, «I diritti particolari dei soci: profili generali», in Elisabetta PEDERZINI / Rolandino GUIDOTTI (eds), *La governance delle società a responsabilità limitata*, 2.^a ed., Milão: Wolters Kluwer-CEDAM, 2022, 83-128.

⁸⁶ Trata do tema Alessandra DACCÒ, «*Fortune e sfortune delle categorie di azioni*» em Piergaetano Marchetti, Sara Pietra Rossi, Giovanni Strampelli, Federico Urbani, Marco Ventoruzzo (eds), *La s.p.a. nell'epoca della sostenibilità e della transizione tecnologica*, Milão: Giuffrè, 2024, 967-990.

⁸⁷ Naturalmente há casos em que a sociedade, ainda que tipologicamente “fechada”, pode emitir categorias de quotas: pense-se nas BV holandesas, ou nas SRL belgas, para além das mais recentes modificações do direito das srl italianas. Sobre o tema: Peter Agstner, Le s.r.l. aperte: uno sguardo comparatistico, em rivistaodc.eu, 1/2024, 198. Nestes casos, os direitos de que se trata no texto podem estar incorporados nos títulos. Sobre o assunto nas categorias de quotas no direito italiano: Caterina PASQUARIELLO, «I diritti particolari riguardanti l'amministrazione della società e le categorie di quote», in Elisabetta PEDERZINI / Rolandino GUIDOTTI, eds., *La governance delle società a responsabilità limitata*, 2.^a ed., Milão: Wolters Kluwer-CEDAM, 2022, 129-178.

se pode esquecer um problema maior, que é o dos sujeitos não terem interesse em monitorizar a sociedade (ainda por cima devendo pagar uma contribuição para o fazer), ou em contribuir para sua gestão.

E ainda que os interessados estejam dispostos a contribuir com entradas e tornar-se assim sócios da sociedade, isso será possível apenas quando os sócios pré-existentes o admitam, no âmbito por exemplo de uma operação de aumento de capital (o que permitiria a criação de categorias especiais de ações), ou através de transferências dedicadas de participações (que porém têm o problema da dificuldade de atribuir direitos especiais circunscritos aos novos sócios). Como a hipótese em análise determina um forte grau de intervenção dos interessados na sociedade, é bem possível que os sócios não estejam sempre dispostos a deixar que sujeitos institucionalmente e classicamente externos à sociedade se tornem internos. E ainda menos a reconhecer-lhes direitos desproporcionadamente significativos quando comparados com o valor das suas entradas, mais ainda considerando que os interesses dos dois grupos facilmente serão divergentes⁸⁸.

4.2.3. Financiamento híbrido

Por financiamento híbrido entende-se uma estrutura de financiamento que combina elementos do financiamento de risco (tipicamente, e para o que aqui mais interessa, alguns direitos políticos) com elementos de financiamento de dívida (em particular o direito à devolução do financiamento no seu termo). Nem todos os direitos nacionais conhecem formas de financiamento híbrido, e aqui considera-se em particular a estrutura dos instrumentos financeiros participativos do direito italiano⁸⁹, que foi utilizada como exemplo na proposta da EMCA – European Model Company Act⁹⁰.

⁸⁸ O debate é enorme e não se pode aqui sequer esboçar uma descrição; basta citar Judd F. SNEIRSON, «The History of Shareholder Primacy, from Adam Smith through the Rise of Financialisation», in Beate SJÅFJELL / Christopher M. BRUNER, eds., *Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 73-85; e Beate SJÅFJELL / Andrew JOHNSTON / Linn ANKER-SØRENSEN / David MILLON, «Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies», in Beate SJÅFJELL / Benjamin J. RICHARDSON (cur.), *Company Law and Sustainability. Legal Barriers and Opportunities*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, 79-147. Mais recentemente, o tema foi muito rigorosamente analisado por Eugenio BARCELLONA, *Shareholderism versus Stakeholderism. La società per azioni contemporanea dinanzi al “profitto”*, Milão: Giuffrè, 2022.

⁸⁹ Cf. art. 2346, parágrafo 6, código civil italiano: «Resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione». Sobre o instituto, veja-se Alessio BARTOLACELLI, *La partecipazione non azionaria nella s.p.a.: gli strumenti finanziari partecipativi*, Milão: Giuffrè, 2012.

⁹⁰ Trata-se da secção 6.16 da primeira edição do *European Model Company Act*, que se pode encontrar na link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348, [Consult. 18.1.2025]. O texto é o seguinte: «The company can issue, even as consideration for work or services provided for by shareholders or third

Muito abreviadamente, trata-se de instrumento financeiros que podem ser emitidos pela sociedade em contrapartida de uma entrada – que pode ser de indústria, já que os instrumentos emitidos não são ações, e portanto não se aplica a Diretiva de codificação – e que atribuem aos seus beneficiários direitos “patrimoniais ou também políticos”, como por exemplo o direito de nomeação de um administrador independente ou de um membro do conselho fiscal.

É evidente a utilidade potencial deste instrumento no caso que nos ocupa. Aqui, os interessados poderiam contribuir para a sociedade com qualquer tipo de bem, incluindo o *know-how*, e talvez até a sua própria reputação; e há até uma estrutura jurídica básica para lhes atribuir direitos sociais. É verdade que, neste caso também, é preciso ter o consentimento dos sócios pré-existentes; e é verdade que, como se disse, nem todos os quadrantes jurídicos conhecem este instituto, e ele não vale para todas as formas de sociedades⁹¹. Contudo, onde exista, poderá ser uma solução viável para permitir que os interessados entrem na sociedade, sem desnaturar a estrutura proprietária da mesma, e ao abrigo de regras legais, sem que a sociedade tenha de desenvolver um específico – e custoso – quadro de regras próprias⁹².

4.2.4. Intervenção sem financiamento?

Apenas uma linha para sublinhar que, onde a intervenção dos interessados na estrutura da sociedade seja considerada um valor acrescentado, é bem possível que a própria sociedade – e neste caso os seus administradores, mais ainda do que os sócios – estabeleçam conselhos e comités dedicados de que os interessados possam participar, favorecendo o diálogo com os órgãos da sociedade. Neste caso, naturalmente, não haveria necessidade de entradas por parte dos interessados.

Naturalmente, esta possibilidade é interessante e tem muito menos impacto sobre a estrutura da sociedade do que as já referidas. Ao mesmo tempo, é completamente sujeita às regras privadas da sociedade, o que tanto pode ser um fator positivo, como negativo. Positivo, porque a sociedade tem a possibilidade de desenhar este novo órgão da maneira que ache mais conforme às suas exigências, e sem que interessados entrem diretamente na “sala de controlo” da sociedade; negativo, porque esta liberdade faz com que a sociedade por um lado possa ter poucas certezas sobre a plena legitimidade das soluções adotadas, quando não sejam muito comuns na prática;

parties, financial instruments that include economic or administrative rights. These financial instruments may incorporate voting rights for specifically determined subjects, such as the appointment of one or more directors. The articles of association shall set the procedures and conditions for the issue, the awarded rights, the sanctions in case of lack of performance and the restrictions, if any, to the transfer of such instruments”.

⁹¹ Na disciplina italiana, que é de referência para este instituto, os instrumentos aqui mencionados estão disponíveis em geral para as sociedades anónimas. As s.r.l. podem emitir estes instrumentos apenas em casos muito limitados.

⁹² Os três casos aqui brevemente examinados são analisados mais desenvolvidamente em Alessio BARTOLACELLI, «Promoting sustainability by means of corporate finance instruments with influence on governance: some observations», em curso de publicação em Alessio BARTOLACELLI, *The Prism of Sustainability*, Napoli: Editorialia Scientifica.

e por outro tenha de pagar o custo técnico do desenvolvimento de tais soluções, com a complexidade acrescida de pensar cuidadosamente como estes novos órgãos tenham uma possibilidade real e legítima de diálogo com as demais funções da sociedade, reguladas pela lei e pelos usos. Perante estes pressupostos, é evidente a necessidade de pensar com muito cuidado o estabelecimento destes novos órgãos, que contudo parecem poder ser de grande interesse⁹³.

4.3. A governação sustentável?

Em matéria de governação, a sustentabilidade deve necessariamente ter um ponto de interrogação: se o próprio conceito de *governance* na sigla *ESG* está envolto em mistério, o mesmo se pode dizer quanto à governação sustentável das sociedades.

Por governação sustentável geralmente entende-se um modelo da organização da sociedade que tenha em conta a diversidade na experiência e no contexto de origem dos seus membros, na convicção que desta maneira a sociedade terá uma vantagem na sua gestão.

O problema é que não há elementos uníacos para identificar esta diversidade, e para entender quais perfis de diversidade dariam maior vantagem à sociedade. Mais uma vez, o problema é – como já referimos em relação aos aspetos sociais da sustentabilidade – primeiro de identificação e em segundo lugar de mensurabilidade.

As instituições europeias ajudam-nos apenas parcialmente, neste caso. A legislação de referência é a sobre as chamadas “quotas de género” nas sociedades cotadas, que essencialmente visam a promover uma maior participação feminina nos órgãos de gestão societária⁹⁴. Já se pode observar, contudo, como se trata de uma perspetiva muito limitada, e – ainda que louvável pelo menos nas intenções – míope.

Limitada, pois trata-se de uma obrigação que, talvez oportunamente, diz apenas respeito às sociedades cotadas, das quais as PME não são com certeza a maioria, como já vimos. Míope, porque o género é sem dúvida um fator de diversidade, mas com igual certeza não o único, e muitas vezes nem sequer o mais relevante para as sociedades. Na minha perspetiva, e para lá

⁹³ Sobre o assunto vejam-se: Jenna J. BURKE / Rani HOITASH / Udi HOITASH, «The heterogeneity of board-level sustainability committees and corporate social performance», *Journal of Business Ethics*, 154 (2019) 1161-1186, <https://doi.org/10.1007/s10551-017-3453-2>; Aso ABDULLAH / Sibel YAMAK / Anna KORZHENITSKAYA / Roya RAHIMI / Jeanette McCLELLAN, «Sustainable development: The role of sustainability committees in achieving ESG targets», in *Business Strategy and the Environment*, 33/3 (2024) 2250-2268. No direito Italiano: Marco CIAN, «I comitati rappresentativi degli stakeholders e l'organizzazione societaria», *Banca Borsa Titoli di Credito*, 76/3 (2023) 356-385.

⁹⁴ DIRETIVA (UE) 2022/2381 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 23 de novembro de 2022, relativa à melhoria do equilíbrio de género nos cargos dirigentes de empresas cotadas e a outras medidas conexas. Sobre o assunto, veja-se Hanne S. BIRKMOSE, «Improving the Gender Balance Among Directors of Listed Companies in the EU», *European Company and Financial Law Review*, 20/1 (2023), 166-198. Mais em geral, veja-se também Roseanne RUSSELL, «Gender as a Catalyst for Corporate Reforms», in Beate SJÅFJELL / Christopher M. BRUNER, eds., *Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 627-640.

do desagrado por qualquer forma de reserva indígena, o diploma normativo da União europeia sobre a diversidade de género nas sociedades tem a ver mais com uma ideia de necessária promoção de igualdade substancial, do que com a oportunidade de desenvolver uma governação mais sustentável. E, neste sentido, um paradigma na minha opinião mais aceitável deveria ser que a sociedade tem todo o direito e todo o interesse no desenvolver autonomamente a sua governação da maneira que se ache mais proveitosa para a própria sociedade e os seus sócios.

De acordo com esta perspetiva, parece-me interessante uma solução recentemente adotada pela lei italiana, aquando da aprovação do novo código da crise da empresa⁹⁵. Com uma modificação que tem interessado todas as empresas pessoas coletivas, e, portanto, também e principalmente todas as sociedades, estabeleceu-se que os administradores têm o dever específico de estabelecer em cada sociedade adequadas estruturas organizativas, administrativas e fiscais (em italiano: *adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili*). O assunto, como é evidente, não tem um “recorte” especificamente ligado à sustentabilidade; é porém interessante ver como, quando a empresa tiver uma declaração de compromisso para com a sustentabilidade, esta adequada estrutura é capaz de ser uma característica muito útil para a atribuição em concreto de funções para tornar os compromissos teóricos em atividades práticas⁹⁶.

5. Conclusões: as PME e o custo da sustentabilidade

O que se observou ao longo deste texto é que na Diretiva se inserem abordagens muito diferentes e com diversos níveis de obrigatoriedade para as sociedades lidarem com o tema da sustentabilidade. E, no âmbito das PME, há também diferenças de tamanho que fazem com que não se possa falar de obrigações em termos gerais.

Já vimos: há algumas regras obrigatórias, às quais também uma parte, minoritária, das PME está sujeita; mas a vasta maioria das hipóteses diz respeito a opções voluntárias das sociedades, o que significa, em primeiro lugar, opções escolhidas pelos sócios e implementadas de forma mais ou menos conforme pelos administradores da sociedade.

Contudo, uma constante é que, praticamente sempre, um maior cuidado com os temas da sustentabilidade implica um aumento dos custos em que a sociedade incorre. Custos de adaptação no caso de regras imperativas de lei; e custos de implementação de processos, quando a

⁹⁵ Trata-se do Código da crise da empresa e da insolvência (CCII), emanado por decreto legislativo n.º 14 de 12 de janeiro, 2019 e várias vezes modificado. Apesar do nome, o CCII inclui também diversas disposições de direito substancial, com intervenções no próprio código civil, entre as quais aquela mencionada no texto.

⁹⁶ Neste sentido é de particular interesse a leitura dada por Enrico GINEVRA / Chiara PRESCIANI, «Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.», *Nuove Leggi Civili Commentate*, 42/5 (2019) 1209-1238.

Para lá dos *assetti*, uma importância fundamental têm as cláusulas de sustentabilidade nos atos constituintes das sociedades; sobre o tema, ainda no direito italiano, veja-se Marco CIAN, «Clausole statutarie per la sostenibilità dell'impresa: spazi, limiti e implicazioni», *Rivista delle società*, 66/2 (2021) 475-507; Marco VENTORUZZO, «Osservazioni sulle conseguenze applicative dell'adozione di clausole statutarie (e di autodisciplina) sul "successo sostenibile"», 69/1 (2024) *Rivista delle società* 129-152.

sustentabilidade seja uma opção. Nestes segundos, encontram-se quer custos diretamente monetários, quer de organização, quer de compatibilização das soluções prosseguidas com as regras gerais de funcionamento da sociedade. O problema real parece então ser que, ainda que uma sociedade, e em particular uma PME, tenha a *vontade* de se tornar mais sustentável e de melhorar as suas práticas neste âmbito, é bem possível que não tenha os recursos financeiros para o fazer. Com uma afirmação paradoxal, poderia dizer-se que a sustentabilidade económica se pode tornar numa inimiga da sustentabilidade no sentido holístico que aqui utilizámos. Mas não é necessário sublinhar que as empresas existem enquanto sejam geridas de modo economicamente sustentável: trata-se de uma vertente que não se pode esquecer, e que faz com que, ainda que se pense que a sustentabilidade socio ambiental é hoje mais do que nunca fundamental, esta é sempre acompanhada pela necessidade de que a sociedade consiga manter-se em pleno funcionamento, gerando lucro para os seus sócios.

Como tal, parece haver um risco muito evidente para todas as sociedades, e as PME em particular: que a preservação dos níveis de lucro para os sócios numa medida comparável aos lucros distribuídos pela sociedade quando ainda não tinha um compromisso para a sustentabilidade, pensando no aumento dos custos que a sociedade tem para se tornar mais sustentável, implique que os preços finais de bens e serviços comercializados pela sociedade sejam mais altos. O que é muito natural em termos gerais; mas se realmente se acha que a sustentabilidade é hoje uma necessidade, e que é por isso necessário promovê-la, não se pode deixar que a escolha de bens e serviços (mais) sustentáveis seja de facto deixada apenas a quem tiver o dinheiro para pagar estes preços mais altos. Dito de maneira mais crua, não se pode deixar que a sustentabilidade seja uma espécie de moda para ricos.

Isto quer dizer que ao Estado deve incumbrir também a promoção de uma concorrência viável e que não penalize as empresas sustentáveis; ou, se for o caso, pelo contrário a limitação da concorrência através de uma penalização das empresas que não demonstrem de ser sustentáveis. Com certeza, contudo, que tal não pode passar apenas pelo Estado, ainda que a imposição de cargas fiscais sobre as empresas insustentáveis possa ser capaz de ativar um círculo virtuoso pelo qual o produto das receitas fiscais constitua um fundo público a ser utilizado no desenvolvimento de boas práticas de sustentabilidade, cujo custo não caberia então apenas às empresas, que encontrariam um suporte público para a sua “conversão sustentável”⁹⁷.

O desafio da sustentabilidade pelas PME é exatamente o de fazer com que a promoção de boas práticas sustentáveis pelo ponto de vista sócio-ambiental seja sustentável também sob o perfil económico. Para fazer isso, uma forma que se acha interessante, e que pode ser quer combinada com a já referida, quer autónoma, é pensar em instrumentos de cooperação inter-empresarial através dos quais as empresas que não podem aguentar individualmente o custo de práticas de sustentabilidade estabeleçam plataformas conjuntas para o fim de se tornarem mais

⁹⁷ Trato do assunto de maneira mais desenvolvida em: Alessio BARTOLACELLI, «Fifty shades of Coops: An Italian perspective on sustainability and cooperative societies (with a few suggestions on private companies)», em curso de publicação em *Journal of Co-operative Organization and Management*.

sustentáveis. Tratar-se-ia de uma espécie de sustentabilidade de sistema, através de um sistema estabelecido pelas empresas e em favor das próprias empresas, utilizando instrumentos jurídicos que o direito já conhece. A nível português, por exemplo, parece ser particularmente interessante o contrato de Agrupamento Complementar de Empresas: a entidade estabelecida pelas partes contratantes teria a finalidade de melhorar as condições de exercício das atividades económicas individuais exatamente através o desenvolvimento de boas práticas de sustentabilidade que as empresas participantes no ACE implementariam nas suas estruturas⁹⁸.

Esta dimensão é possível – e virtuosamente possível – a nível transnacional também: neste caso, a mesma finalidade que já se viu para o ACE pode encontrar-se no Agrupamento Europeu de Interesse Económico⁹⁹, o qual – como forma jurídica – seria assim capaz de encontrar uma razão de que tem carecido ao longo das décadas que passaram desde a sua constituição¹⁰⁰. O estabelecimento destas entidades de suporte poderia dizer respeito apenas ao desenvolvimento de boas práticas, a serem depois atuadas individualmente por cada uma das empresas envolvidas; ou, de forma mais impactante, um suporte na gestão da informação sobre a sustentabilidade na cadeia de valor; na informação; na supervisão de sustentabilidade; na logística e distribuição sustentável, etc¹⁰¹.

Para lá das formas específicas, contudo, a ideia fundamental é que se não se encontrar uma maneira de fazer com que a sustentabilidade seja um assunto sério, e tratado seriamente, por parte da categoria de empresas que conta mais membros a nível europeu e não apenas, as PME, tal significará que não há futuro para a sustentabilidade. E, talvez não haja futuro tampouco para o que a sustentabilidade visa proteger.

⁹⁸ Sobre o instituto veja-se José Engrácia ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, Coimbra: Almedina, 2009, 412 ss.

⁹⁹ Cf. *ibid*, 422 ss.

¹⁰⁰ Uma análise sobre a mais do que escassa difusão do AEIE em Itália é desenvolvida em Alessio BARTOLACELLI, «Trent'anni di Gruppo Europeo di Interesse Economico in Italia», in Gianluca BUSILACCHI / Elena CEDROLA, *La forza delle reti*, Roma: Aracne, 2020, 283-312.

¹⁰¹ Parece que esta ideia de cooperação interempresarial para uma melhor difusão de uma cultura da sustentabilidade seja presente na CSDDD também quando menciona (por exemplo, nos Considerando 52, 59, 665), “iniciativas setoriais e multilaterais [que] podem ajudar a criar uma alavancagem adicional para identificar, atenuar e prevenir os efeitos negativos” (Considerando 52). E ainda, tratando dos deveres da Comissão, o Considerando 71 reafirma que esta “Pode instituir novas medidas de apoio que ajudem as empresas, incluindo as PME, a cumprir as obrigações em matéria de dever de diligência, incluindo um observatório da transparência da cadeia de atividades e a facilitação de iniciativas setoriais ou multilaterais”.

DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA A ADOÇÃO DE NOVAS PRÁTICAS DE SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO NACIONAL

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanoseAmbiente/09

Miguel Pinto*

Resumo: É apresentada uma síntese da evolução das práticas de relato da sustentabilidade ao longo das últimas décadas, começando pelos diferentes tipos de referenciais para o relato voluntário da sustentabilidade, designadamente os da OCDE (Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável e Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável), da GRI – Global Reporting Initiative, e da ONU (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável). Depois apresentam-se os mecanismos criados pela Comissão Europeia, no âmbito do Pacto Ecológico Europeu, que definiu metas ambiciosas em termos de responsabilidade empresarial, ao nível ambiental, social e de governação (ESG), destacando-se a Diretiva relativa ao Relato de Sustentabilidade e a Diretiva sobre o Dever de Diligência, que, com caráter obrigatório, terá de ser seguido pelas empresas já a curto prazo, vindo impor um conjunto apertado de regras ao funcionamento das empresas. Por fim são analisados os aspetos positivos e negativos da entrada em vigor destes diplomas para as empresas portuguesas e, por arrastamento, para a economia nacional.

Palavras-chave: Sustentabilidade; Relato da sustentabilidade; Referenciais e Diretrizes para a sustentabilidade; OCDE; GRI; ONU; ODS; Pacto Ecológico Europeu.

I) Sustentabilidade e Relato de Sustentabilidade das Empresas

O conceito de “Desenvolvimento Sustentável” foi definido no Relatório Brundtland de 1987 «O Nosso Futuro Comum», da Comissão Mundial para o Ambiente e o Desenvolvimento, como o *“desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de resposta das gerações futuras às suas próprias necessidades”*, visando a conciliação entre o desenvolvimento económico e a proteção dos equilíbrios sociais e ambientais.

Após 35 anos seria de esperar que estas questões estivessem no topo das prioridades dos estados e das organizações, mas o que se verifica é que as práticas de sustentabilidade que hoje existem estão maioritariamente associadas a algumas das grandes empresas. Mais recentemente, o tema passou a tornar-se mais comum e presente nos discursos após a assinatura do Acordo de Paris, em 2015, com o lançamento, pela ONU, dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Nestes últimos tempos tem sido crescente o número de empresas que tem vindo a incorporar conceitos de sustentabilidade e afins na sua estratégia, designadamente nos seus produtos e processos (circularidade, eficiência energética, responsabilidade social, ...).

* Vice-Presidente do Conselho de Administração da AEP (Associação Empresarial de Portugal – Câmara de Comércio e Indústria).

Sobre o relato da sustentabilidade, apenas dentro do grupo das muito grandes empresas e das multinacionais, encontramos práticas de elaboração de relatórios de sustentabilidade, de forma periódica. Esses relatórios são de caráter voluntário, e têm sido incorporados nas estratégias de desenvolvimento e de comunicação dessas empresas, como forma de apresentação desses resultados aos stakeholders.

Portugal tem apresentado um comportamento, neste domínio, muito semelhante ao que se verifica a nível internacional, apenas sendo penalizado pelo facto de ter uma pequena proporção de grandes empresas, comparativamente ao que se passa nos restantes países europeus.

II) Os diferentes referenciais da Sustentabilidade

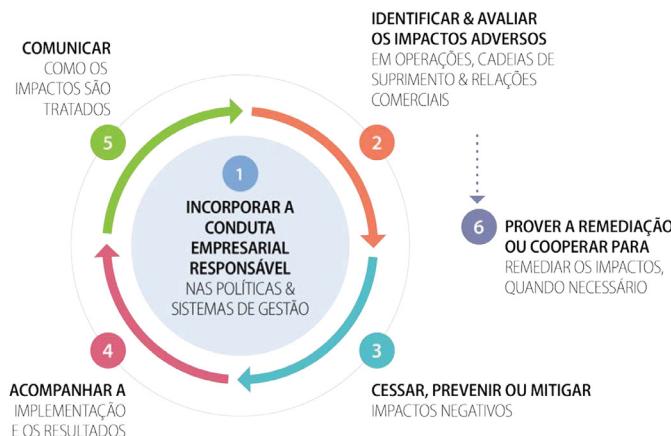
Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)

A OCDE publicou as “**Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável**”, que são recomendações dirigidas pelos governos às empresas multinacionais. Elas visam promover as contribuições positivas por parte das empresas para o progresso económico, ambiental e social, e minimizar os impactos adversos nas questões abrangidas pelas Diretrizes que possam estar associados às operações, produtos e serviços de uma empresa. As Diretrizes abrangem as principais áreas de responsabilidade empresarial, incluindo direitos humanos, direitos dos trabalhadores, meio ambiente, suborno, interesses do consumidor, divulgação, ciência e tecnologia, concorrência e tributação. A edição de 2023 das Diretrizes contém recomendações atualizadas para a conduta empresarial responsável em áreas-chave, como alterações climáticas, biodiversidade, tecnologia, integridade empresarial e devida diligência na cadeia de fornecimento, bem como procedimentos de implementação atualizados para os Pontos de Contato Nacionais para a Conduta Empresarial Responsável.

Por outro lado, o “**Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável**” baseia-se nas Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, e reconhecem e incentivam as contribuições positivas que as empresas podem dar para o progresso económico, ambiental e social, e também reconhecem que as atividades empresariais podem resultar em impactos adversos relacionados a direitos dos trabalhadores, direitos humanos, meio ambiente, corrupção, consumidores e governança corporativa. As Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais recomendam, portanto, que as empresas realizem uma devida diligência baseada em riscos para evitar e lidar com os impactos adversos associados às suas operações, cadeias de fornecimento e outras relações comerciais.

Este Guia ajuda as empresas a compreender e aplicar a devida diligência para a Conduta Empresarial Responsável, assim como a promoção de um entendimento comum entre governos e partes interessadas sobre a devida diligência para a Conduta Empresarial Responsável. As Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais proporcionam às empresas a flexibilidade necessária para adaptar as características, as medidas específicas e os processos de devida diligência às suas próprias circunstâncias.

OCDE – O Processo de Devida Diligência & Medidas de Apoio



Fonte: OCDE (2018), Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável

De acordo com o Guia, a devida diligência deve ser proporcional ao risco e adequada às circunstâncias e ao contexto de uma empresa específica. As medidas são:

- (1) incorporar a Conduta Empresarial Responsável nas políticas e sistemas de gestão da empresa, para realizar a devida diligência,
- (2) identificando os impactos adversos reais ou potenciais sobre as questões de Conduta Empresarial Responsável,
- (3) cessando, prevenindo ou mitigando esses impactos,
- (4) monitorizando a implementação e os resultados,
- (5) comunicando como os impactos são tratados, e
- (6) para possibilitar a remediação quando pertinente.

Global Reporting Initiative (GRI)

As Diretrizes da GRI representam as melhores práticas globais para o relato público de diferentes impactos económicos, ambientais e sociais. O relato de sustentabilidade com base nas Normas fornece informações sobre as contribuições positivas ou negativas de uma organização para o desenvolvimento sustentável.

Estas Diretrizes são um sistema modular de normas inter-relacionadas. Três séries de Diretrizes embasam o processo de relato: as Diretrizes Universais da GRI, que se aplicam a todas as organizações; as Diretrizes Setoriais da GRI, aplicáveis a setores específicos; e as Diretrizes Temáticas da GRI, cada uma apresentando conteúdos relevantes a um tema em particular. O uso dessas Diretrizes para a definição de quais temas são materiais (relevantes) ajuda as organizações a atingir o desenvolvimento sustentável.

A Figura seguinte apresenta a evolução das Diretrizes da GRI ao longo do tempo:

Timeline of GRI's history



A GRI é o principal referencial seguido pelas empresas que hoje elaboram os seus Relatórios de Sustentabilidade, e deverá estar na base de futuros referenciais que venham a ser criados pelas diferentes organizações internacionais que têm responsabilidade nesta matéria.

Organização das Nações Unidas (ONU)

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada por todos os Estados-Membros das Nações Unidas em 2015, define as prioridades e aspirações do desenvolvimento sustentável global para 2030 e procura mobilizar esforços globais à volta de um conjunto de objetivos e metas comuns.

São 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) que representam um apelo urgente à ação de todos os países – desenvolvidos e em desenvolvimento – para uma parceria global.

Os ODS reconhecem que a erradicação da pobreza e outras privações devem ser acompanhadas de estratégias que melhorem a saúde e a educação, reduzam a desigualdade e estimulem o crescimento económico – ao mesmo tempo que combatem as alterações climáticas e preservam os ecossistemas.

Os ODS definem as prioridades e aspirações globais para 2030 em áreas que afetam a qualidade de vida de todos os cidadãos do mundo e daqueles que ainda estão para vir.

Estes objetivos globais assumidos pelos 193 países das Nações Unidas têm como ambição “não deixar ninguém para trás”, através do estabelecimento de uma linguagem comum para todos os *stakeholders*, fixam metas de sustentabilidade, com foco em áreas críticas para a humanidade, e estruturam-se em torno de 5 Princípios: Planeta, Pessoas, Prosperidade, Paz e Parcerias.



Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável definidos pela Organização das Nações Unidas são:



Comissão Europeia

A Comissão Europeia criou o **Pacto Ecológico Europeu**, que é um pacote de iniciativas estratégicas que visa colocar a UE na via rumo a uma transição ecológica, com o objetivo último de alcançar a neutralidade climática até 2050. Apoia a transformação da UE numa sociedade justa e próspera, com uma economia moderna e competitiva.

Para alcançar as metas do Pacto Ecológico Europeu, a Comissão Europeia criou o **Objetivo 55**, composto por um conjunto de propostas destinadas a rever e atualizar a legislação da UE e a criar iniciativas com o objetivo de assegurar que as políticas da UE estejam em consonância com os objetivos climáticos acordados pelo Conselho e pelo Parlamento. A designação desta iniciativa toma como referência a meta da União Europeia de reduzir as emissões líquidas de gases com efeito de estufa em, pelo menos, 55% até 2030.

No que respeita à sustentabilidade, bem como ao seu relato, a Comissão Europeia publicou uma Diretiva relativa ao **relato de sustentabilidade** das empresas, em 14 de dezembro de 2022, bem como uma Diretiva relativa ao **dever de diligência** das empresas em matéria de sustentabilidade, em 13 de junho de 2024.

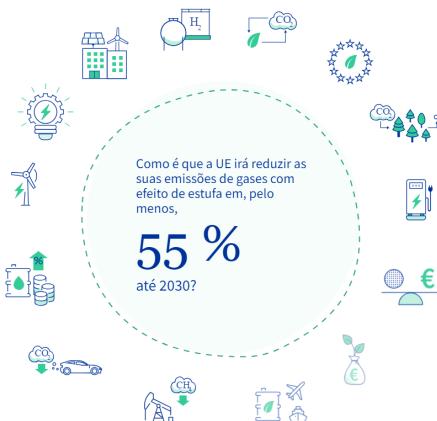
Para dar resposta às necessidades de relato de sustentabilidade por parte das empresas, a Comissão Europeia decidiu criar um referencial para esse efeito, as **European Sustainability Reporting Standards (ESRS)**, um conjunto de normas de referência da UE para a elaboração dos relatos de sustentabilidade, que permita às empresas publicar informação sobre riscos e oportunidades resultantes de temas sociais e ambientais, e sobre o impacto das suas atividades nas pessoas e no ambiente, ajudando investidores, organizações da sociedade civil e outros *stakeholders* a avaliar o desempenho da sustentabilidade nas empresas, como parte do Pacto Ecológico Europeu.

A elaboração destas normas teve em consideração outros referenciais já existentes, como os da *Global Reporting Initiative* (GRI) ou os da *International Sustainability Standards Board*

(ISSB), e que são seguidos pela larga maioria das empresas e organizações que têm vindo a elaborar os seus relatórios de sustentabilidade.

As medidas incluídas no pacote **Objetivo 55** são:

- Sistema de comércio de licenças de emissão da UE
- Fundo Social em matéria de Clima
- Mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço
- Metas de redução das emissões dos Estados-Membros
- Emissões e remoções de gases resultantes do uso do solo, da alteração do uso do solo e das florestas
- Normas de emissão de CO₂ para automóveis de passageiros e veículos comerciais ligeiros
- Redução das emissões de metano no setor da energia
- Combustíveis sustentáveis para a aviação
- Combustíveis descarbonizados nos transportes marítimos
- Infraestrutura para combustíveis alternativos
- Energias renováveis
- Eficiência energética
- Desempenho energético dos edifícios
- Pacote relativo ao mercado do hidrogénio e do gás descarbonizado
- Tributação da energia



No que respeita à Diretiva da Comissão Europeia sobre o Dever de Diligência, e enquanto representante de uma Associação Empresarial, reafirmamos o nosso total alinhamento com as preocupações europeias, bem como com os objetivos e as metas propostas, como forma de não comprometer o futuro das próximas gerações.

Mas também não podemos deixar de manifestar alguma preocupação pela forma como estes diplomas poderão vir a ser implementados na prática, pois as primeiras notícias apontam para que essa implementação possa vir a ser muito burocratizada, de difícil execução, e trazendo um

grau de responsabilização muito sério para as empresas e para os seus administradores, o que poderá levar a que acabe por se verificar que este sistema se torne um obstáculo para as empresas e, consequentemente, para a economia, limitando a capacidade de criação de riqueza na União Europeia, de forma sustentável e sustentada, que é precisamente o objetivo da criação destes diplomas.

Acreditamos, e estamos também a lutar por isso, que a Comissão Europeia venha a definir metodologias de implementação para estas medidas que sejam acessíveis às empresas, não apenas para aquelas que estarão obrigadas desde o primeiro momento, mas para todas as outras que, indiretamente, têm que também cumprir os mesmos requisitos pelo facto de se relacionarem comercialmente com aquelas que se encontram obrigadas.

Para melhor ilustrar estes pontos, é importante recordar alguns dos termos utilizados pela Comissão Europeia na apresentação da proposta de Diretiva sobre o Dever de Diligência das empresas, e que sustentam a necessidade de uma regulamentação obrigatória, por oposição às iniciativas de caráter voluntário em matéria de sustentabilidade que têm vindo a ser seguidas:

QUAIS SÃO AS OBRIGAÇÕES DAS EMPRESAS E DOS SEUS ADMINISTRADORES?



As empresas têm o dever de diligência de identificar, pôr termo, prevenir, reduzir e responsabilizar-se pelos impactos negativos nos direitos humanos e no ambiente das suas próprias operações, das filiais e das cadeias de valor. Além disso, determinadas empresas de grandes dimensões precisam de ter um plano para garantir que a sua estratégia empresarial é compatível com a limitação do aquecimento global a 1,5 °C, em conformidade com o Acordo de Paris. Os administradores são incentivados a contribuir para os objetivos de sustentabilidade e de atenuação das alterações climáticas.

Os administradores têm o dever de preparar e supervisionar a aplicação da devida diligência, bem como de integrar o dever de diligência na estratégia empresarial. Além disso, no cumprimento do seu dever de agir no melhor interesse da empresa, os administradores devem ter em conta os direitos humanos, as alterações climáticas e as consequências ambientais das suas decisões, incluindo a longo prazo.

A ação voluntária não parece ter resultado numa melhoria em grande escala em todos os setores e, consequentemente, observam-se externalidades negativas da produção e do consumo da UE, tanto dentro como fora da União. Algumas empresas da UE têm sido associadas a efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente, nomeadamente nas suas cadeias de valor⁸. Os efeitos negativos incluem, em especial, questões relacionadas com os

III) Oportunidades: sim ou não?

Por fim, reforçar que, qualquer que venha a ser a metodologia a adotar para que as empresas implementem estas novas disposições, há um conjunto de requisitos de que as empresas europeias vão necessitar, e para os quais Portugal pode vir a dispor de vantagens competitivas, designadamente no que respeita a:

- Portugal apostou na produção intensiva de energias renováveis, incluindo o seu armazenamento e transporte, um serviço essencial para quem necessitar de energias limpas.
- Portugal dispõe de uma rede alargada de tecnologias digitais avançadas, fazendo com que seja fácil implementar projetos para a transição digital.

- Portugal tem um bom historial de **acolhimento e de integração de imigrantes**, fazendo com que haja boas condições para a existência de condições de trabalho digno.

Para além destes fatores positivos, convém reforçar que há outros fatores que, infelizmente, continuam a penalizar o nosso país no que respeita à atração de investimento, como a elevada carga fiscal, a rigidez laboral, ou a lentidão da justiça.

PRÁTICAS E PADRÕES DE SUSTENTABILIDADE: QUE FUTURO?*

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanoseAmbiente/10

Alexandra Courela**

Resumo: A sustentabilidade, que integra os fatores ambientais, sociais, e de governação (ESG), assume-se como um imperativo na economia mundial, exigindo alterações profundas nas políticas públicas a nível mundial. Neste contexto, a União Europeia colocou a sustentabilidade no topo das suas prioridades, colocando-a como mote da sua estratégia de crescimento, traçada no Pacto Ecológico Europeu. Através do quadro regulatório europeu em matéria de sustentabilidade, a União Europeia estabeleceu obrigações para as empresas e instituições financeiras, nomeadamente no que respeita à divulgação de informações sobre sustentabilidade por parte de empresas e instituições financeiras, promovendo uma maior transparência. Estas iniciativas legislativas visam conduzir à integração de práticas sustentáveis nos sistemas de governação e de gestão empresariais, prevenindo e atenuando os efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente relacionados com as suas atividades. Neste quadro, as práticas e padrões de sustentabilidade apontam e promovem um futuro de contínua integração das práticas de sustentabilidade nas instituições.

Palavras-chave: Sustentabilidade; ESG; Finanças Sustentáveis; Regulamento SFDR; Diretiva CSRD; Diretiva CSDDD; Regulamento da Taxonomia; Obrigações Verdes Europeias; Diretiva DMIF; Pacto Ecológico Europeu; Fatores ESG; ODS; ASG; Acordo de Paris; PRI; Pacote *Fit for 55*.

Abstract: Sustainability, which integrates environmental, social and governance (ESG) factors, is becoming an imperative in the global economy, requiring profound changes in public policies worldwide. In this context, the European Union has placed sustainability at the top of its priorities, making it the motto of its growth strategy, outlined in the European Green Deal. Through the European regulatory framework on sustainability, the European Union has established obligations for companies and financial institutions, particularly with regard to the disclosure of sustainability information by companies and financial institutions, promoting greater transparency. These legislative initiatives aim to lead to the integration of sustainable practices into corporate governance and management systems, preventing and mitigating the negative effects on human rights and the environment related to their activities. Within this framework, sustainability practices and standards point to and promote a future of continuous integration of sustainability practices in institutions.

Keywords: Sustainability; ESG; Sustainable Finance; SFDR Regulation; CSRD Directive; CSDDD Directive; Taxonomy Regulation; EFRAG; EU Green Bonds; MiFID Directive; EU Green Deal; ESG Factors; SDG; Paris Agreement; PRI; Fit for 55 package.

I. A sustentabilidade no contexto internacional

A sustentabilidade é cada vez mais entendida e reconhecida como um imperativo. Os líderes mundiais responsáveis pela definição da economia numa escala mundial (ou pelo menos, uma parte destes, se quisermos ser realistas) estão preocupados e comprometidos em caminhar

* Com a colaboração de Mafalda Santos Cordeiro, Advogada Associada da sociedade “Abreu Advogados”.

** Sócia e Advogada da sociedade “Abreu Advogados”. Coordenadora do *ESG Service*.

em direção a um futuro mais sustentável. Contrariamente ao que se possa pensar esta não é uma preocupação inteiramente nova.

O primeiro passo neste longo caminho foi dado no ano de 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e Meio Ambiente Humano, a primeira Conferência das Nações Unidas dedicada exclusivamente às temáticas ambientais, marcando o início de um longo diálogo entre os países participantes, e colocando as questões ambientais em cima da mesa.

Já na década de 80 foi criada pelas Nações Unidas a Comissão de Ambiente e Desenvolvimento, vulgarmente conhecida como Comissão *Brundtland*, que elaborou o conhecido Relatório Brundtland em 1987, onde foi definido pela primeira vez o conceito de desenvolvimento sustentável como *“desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de resposta das gerações futuras às suas próprias necessidades”*.

Posteriormente, em 1997, foi assinado o Protocolo de Quioto¹, um tratado jurídico internacional que pretendia limitar as emissões quantificadas de GEE² tendo como objetivo proteger o sistema climático para as gerações presentes e futuras.

Em 2006 surge, pela primeira vez, o conceito de *Responsible Investment*, no contexto da Iniciativa Financeira do Programa da ONU para o Meio-Ambiente (“UNEP FI”) e do Pacto Global da ONU em que surgiram os Princípios do Investimento Sustentável (em inglês, *Principles for Responsible Investment*, “PRI”).

Os PRI, foram adotados por investidores institucionais de forma voluntária, que ao aderirem a estes princípios, se comprometiam a tornar o sistema financeiro global mais sustentável. Os seus signatários consideram ter o dever de agir nos interesses, a longo prazo, dos seus beneficiários, reconhecendo que os fatores ESG (ambiental, social e governação) podem afetar a performance dos seus portfólios de investimento, e reconhecendo que ao implementarem estes princípios estão a alinhar os objetivos e os valores dos investidores com os da sociedade, respeitando os seus deveres fiduciários enquanto investidores.

Os signatários comprometem-se a orientar a sua atividade de acordo com os seguintes princípios: *“(i) incorporar os temas ESG nas análises de investimento e nos processos de tomada de decisão; (ii) ser pró-ativo e incorporar os temas ESG nas políticas e práticas de seleção e titularidade de ativos; (iii) diligenciar para que as entidades nas quais se investe divulguem as respetivas ações relacionadas com os temas ESG; (iv) promover a aceitação e implementação dos princípios dentro do sector de investimento; (v) ampliar a eficácia na implementação dos princípios; e (vi) divulgar relatórios sobre atividades e progresso da implementação dos princípios”*³.

¹ Também comumente designado como Protocolo de Kyoto, ou Protocolo à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas.

² Considerando como gases com efeito de estufa (GEE): (i) Dióxido de Carbono (CO₂); (ii) Metano (CH₄); (iii) Óxido Nitrono (N₂O); (iv) Hidrofluorocarbonetos (HFC); (v) Perfluorocarbonetos (PFC); e (vi) Hexafluoreto de Exofre (SF₆), Cfr. Anexo A, *ex vi* Artigo 3.º do Protocolo de Quioto.

³ Cfr. PRINCIPLES FOR RESPONSIBLE INVESTMENT, Princípios para o investimento Responsável (PRI), 2019. [consultado em 20 de dezembro de 2024]. Disponível em: <https://www.cgd.pt/Sustentabilidade/Negocio-Responsavel/Documents/PRI.PDF>.

Os seis princípios foram seguidos por 63 investidores institucionais com \$6.5 triliões de ativos sob gestão, acordando incorporar os fatores ESG nas suas decisões de investimento. Em 2018 o número de signatários aumentou para 1715, representando \$81.7 triliões de ativos sob gestão⁴.

Alguns anos mais tarde, na Cimeira de Nova Iorque em 2015, foram adotados pela Organização das Nações Unidas, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (*Sustainable Development Goals*, SDG), no âmbito da Agenda de Desenvolvimento Sustentável para 2030⁵.

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável consubstanciam-se num plano de ação que define as metas e as aspirações para promover o desenvolvimento sustentável global, impondo esforços e mobilização de recursos por parte não só de governos, organizações e instituições mundiais, mas também da sociedade civil. Estes foram mais ambiciosos do que os Objetivos de Desenvolvimento do Milénio definidos em 2000 na Cimeira do Milénio das Nações Unidas, procurando não só erradicar a pobreza, mas abrangendo também as três dimensões de desenvolvimento sustentável: económica, social e ambiental (ie, ESG).

São cerca de dezasseste ODS⁶: 1) Erradicar a pobreza; (2) Erradicar a fome; (3) Saúde de qualidade; (4) Educação de qualidade; (5) Igualdade de género; (6) Água potável e saneamento; (7) Energias renováveis e acessíveis; (8) Trabalho digno e crescimento económico; (9) Indústria, inovação e infraestruturas; (10) Reduzir as desigualdades; (11) Cidades e comunidades sustentáveis; (12) Produção e consumo sustentáveis; (13) Ação climática; (14) Proteger a vida marinha; (15) Proteger a vida terrestre; (16) Paz, justiça e instituições eficazes; e (17) Parcerias para a implementação dos objetivos.

De referir que cada ODS contempla várias metas específicas, correspondendo a um total de cerca de 169 metas, e 230 indicadores globais.

Por último, o Acordo de Paris, adotado em 2015, foi também bastante importante já que se se trata de um tratado internacional juridicamente vinculativo em matéria de alterações climáticas, que entrou em vigor em 4 de novembro de 2016 e se consubstancia no principal marco na afirmação do combate às alterações climáticas e à adaptação aos seus efeitos.

O principal propósito do Acordo de Paris é limitar o aumento médio da temperatura da Terra abaixo de 2°C. Para este efeito, de modo a reforçar a capacidade de resposta global à ameaça das alterações climáticas, no contexto do desenvolvimento sustentável, e ainda, dos esforços

⁴ Tradução livre, fonte: <https://hbr.org/2019/05/the-investor-revolution>. Dados relativos ao investimento responsável dos signatários, V. PRINCIPLES FOR RESPONSIBLE INVESTMENT, *Annual Report 2018*, 28. [consultado em 23 de dezembro de 2024]. Disponível em: https://d8g8t13e9vf2o.cloudfront.net/Uploads/g/f/c/priannualreport_605237.pdf.

⁵ A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável foi adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em setembro de 2015, aprovada através da Resolução A/RES/70/1). Resolução disponível em: <https://sdgs.un.org/2030agenda>.

⁶ Disponíveis e concretizados em: BCSD PORTUGAL, *Agenda 2030 – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). 17 objetivos para um mundo mais sustentável e justo*. [consultado em 20 de dezembro de 2024]. Disponível em: <https://www.ods.pt/>. V. UNRIC – CENTRO DE INFORMAÇÃO REGIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EUROPA OCIDENTAL, Guia sobre Desenvolvimento Sustentável. [consultado em 20 de dezembro de 2024]. Disponível em: https://unric.org.pt/wp-content/uploads/sites/9/2019/01/SDG_brochure_PT-web.pdf.

para a erradicação da pobreza, reconhece-se a necessidade de redirecionar fluxos de investimento e financiamento para o combate às alterações climáticas⁷.

Neste quadro, o artigo 2.º, n.º 1, alínea c) do Acordo de Paris, define como objetivo tornar os fluxos financeiros coerentes com um percurso consistente em direção a um desenvolvimento com baixas emissões de gases com efeito de estufa e que seja resiliente às alterações climáticas.

Assim, comprehende-se que, por forma a conseguir alcançar os objetivos definidos no Acordo de Paris, importa não só mobilizar os agentes estatais (os países e Governos Partes do Acordo), como também os agentes não-estatais (todas as organizações, *inter alia*, empresas, instituições financeiras, investidores). Com efeito, espera-se que também as organizações não-estatais tomem medidas no sentido de implementar os objetivos definidos do Acordo de Paris.

Este enquadramento histórico, embora sintético, permite-nos concluir que tem sido percorrido um longo caminho no que ao combate às alterações climáticas diz respeito. Resulta evidente que, durante este caminho, tem sido crescente a preocupação em aliar o fator ambiental ao fator social e de governação das instituições, visível tanto nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, como também no Acordo de Paris resultando numa visão holística da sustentabilidade, integrando os três fatores ESG: ambiental, social e de governação.

Nos termos do ponto 24) do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2019/2088, relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no sector dos serviços financeiros (“Regulamento SFDR”)⁸, consideram-se como fatores de sustentabilidade “*as questões ambientais, sociais e laborais, o respeito dos direitos humanos, a luta contra a corrupção e o suborno*”.

O fator ambiental refere-se aos impactos que a atividade da empresa tem no meio ambiente, em particular no que toca às alterações climáticas. Os critérios ambientais incluem, *inter alia*, a eficiência dos recursos em matéria de utilização de energia, incluindo o uso de energias renováveis, utilização de matérias-primas, gestão de recursos da água e dos solos, produção de resíduos, a utilização de um programa de gestão de desperdício, a pegada de carbono, incluindo emissões de GEE, e a forma como a empresa gera o seu impacto na biodiversidade e na economia circular.

Já o fator social diz respeito à forma como a empresa se relaciona com os seus *stakeholders*, isto é, as pessoas com quem se relaciona: trabalhadores, fornecedores, clientes e as comunidades onde operam. Neste campo, consideram-se como critérios sociais, entre outros, questões relativas aos direitos humanos, programas ligados ao combate à desigualdade e à não discriminação laboral, à promoção de coesão social e de integração social, às relações laborais, em especial no que toca à segurança e saúde no trabalho, o nível de satisfação dos clientes, as relações com os clientes e fornecedores e com as comunidades onde a empresa opera, e, ainda, questões

⁷ Cfr. João LUPI / Mafalda Santos Cordeiro, «Investimento Sustentável e ESG», in Diogo Pereira DUARTE / Miguel Teixeira de ABREU / Zara JAMAL, *Inovação, desenvolvimento e compliance num sector financeiro em mudança*, Maputo: Escolar Editora, 2023, 213-246.

⁸ REGULAMENTO (UE) 2019/2088 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de novembro de 2019, relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02019R2088-20240109>. Para mais informações sobre o Regulamento SFDR, V. análise *infra*.

relacionadas com um investimento em capital humano e em comunidades económica ou socialmente desfavorecidas.

Por fim, o fator de governação diz respeito às boas práticas de governação da empresa, avaliando-se a gestão por parte da administração e a governação de acordo com o propósito societário, os interesses dos *stakeholders* e, sempre, numa perspetiva de longo prazo. São considerados como critérios de governação, entre outros, a composição dos órgãos de gestão, incluindo a diversidade e estrutura, os direitos dos acionistas, as relações laborais e práticas de remuneração do pessoal sãs, a transparência e o cumprimento das obrigações fiscais, a contabilidade da empresa o *compliance* regulatório, as regras de transparência, nomeadamente anticorrupção, branqueamento, conflitos de interesse, *lobbying*.

II. Quadro regulatório europeu em matéria de sustentabilidade

Num contexto em que a sustentabilidade se assume como uma prioridade mundial, a União Europeia tem colocado a transição para uma economia mais sustentável no topo das suas prioridades, e, em consequência da sua política legislativa, tem marcado o compasso a nível mundial.

A sustentabilidade é o mote da estratégia de crescimento da União Europeia. Apresentada no Pacto Ecológico Europeu; esta estratégia traça o caminho para transformar a União Europeia numa sociedade mais justa e próspera, com uma economia moderna, mais eficiente na utilização de recursos e competitiva, tendo como objetivo último atingir a neutralidade carbónica em 2050.

Por forma a alcançar os objetivos em matéria de clima, ambiente e sustentabilidade social, são necessários avultados investimentos públicos e privados.

A Comissão Europeia estimou que a realização dos objetivos definidos em matéria de clima e energia para 2030 exigirá um colossal investimento anual suplementar de 260 mil milhões de euros⁹. Para fazer face ao investimento considerou-se impreterível a integração da ação climática nas despesas da União Europeia.

Em primeiro lugar, através da implementação de políticas públicas favoráveis à ação climática, nomeadamente: (i) a tarifação do carbono; (ii) o desencorajamento dos subsídios prejudiciais em termos ambientais e economicamente ineficientes; (iii) a transição para investimentos sustentáveis, entre outros.

A acrescer, a canalização do capital privado para investimentos mais sustentáveis assume um papel fundamental. Nesta matéria, destacamos as seguintes estratégias: (i) a melhoria das obrigações de transparência impostas aos intervenientes no mercado financeiro quanto à forma como incorporam fatores ambientais, sociais e de governação nos seus processos de avaliação dos riscos; (ii) a criação de uma nova categoria de índices de referência para investimentos sustentáveis a fim de ajudar os investidores a compararem a pegada de carbono dos seus investi-

⁹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Banco Central Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Pacto Ecológico Europeu*, de 11 de dezembro de 2019. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

mentos; e (iii) a criação de um sistema de classificação comum da União Europeia (“taxonomia”) para as atividades económicas sustentáveis.

A transição para uma economia mais sustentável, hipocarbónica, em que o crescimento económico esteja dissociado da utilização de recursos e sem que ninguém nem nenhuma região seja deixado para trás está no centro do quadro regulatório europeu e procura conduzir à transformação de toda a economia.

Os desenvolvimentos legislativos têm, portanto, passado pela reorientação dos fluxos de capital para investimento sustentáveis, principalmente através da construção de um sistema harmonizado e transparente de divulgação de informações, capaz de gerar confiança em todos os participantes do mercado para investirem fundos na transição climática, digital e social.

Um exemplo disso mesmo é o Plano de Ação em matéria de financiamento sustentável¹⁰, que enforma um dos principais passos para a aplicação do Acordo de Paris e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. O Plano de Ação faz parte dos esforços da União Europeia para estabelecer a ligação entre o sistema financeiro e as necessidades específicas da economia europeia em benefício do planeta e da nossa sociedade.

Entre os principais objetivos estabelecidos no Plano de Ação, destacamos os seguintes: (i) reorientar fluxos de capital para investimentos sustentáveis, para conseguir um crescimento sustentável e inclusivo; (ii) gerir os riscos financeiros resultantes de alterações climáticas; esgotamento de recursos, degradação ambiental; e questões sociais; e (iii) incentivar a transparência e objetivos de longo prazo na atividade económica e financeira.

Em 2019, foi publicado o Pacto Ecológico Europeu, um pacote de legislação nova cuja estrutura contempla dez pilares e cinquenta iniciativas que visam converter o combate às alterações climáticas no novo modelo económico.

O Pacto Ecológico Europeu, conforme referido *supra*, define a estratégia de desenvolvimento sustentável da União, com o objetivo de transformar a União Europeia, até 2050, numa sociedade moderna, competitiva e eficiente em termos de recursos, em que não existam emissões líquidas de gases com efeito de estufa, em que o ambiente e a saúde dos cidadãos sejam protegidos e em que o crescimento económico seja dissociado da exploração dos recursos naturais. Para o efeito, engloba todos os setores de atividade, desde os transportes, agricultura, alimentação, indústria e infraestruturas.

A fim de limitar o aumento da temperatura a 1,5°C, é necessário que, a nível global, sejam atingidas emissões líquidas nulas de CO₂ em 2050 e que a neutralidade de todos os outros gases com efeito de estufa seja atingida ligeiramente mais tarde neste século. As restantes emissões de gases com efeito de estufa terão de ser compensadas pela absorção noutros sectores, com um papel específico para o sector do uso dos solos, a agricultura e as florestas.

¹⁰ COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Banco Central Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Plano de Ação: Financiar um crescimento sustentável*, de 8 de março de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52018DC0097>.

De modo a conseguir alcançar a neutralidade carbónica em 2050, por força do objetivo traçado na Lei Europeia em matéria de Clima¹¹, as emissões de gases com efeito de estufa deverão ser reduzidas em, pelo menos, 55% até 2030.

É neste contexto que surge o “*Fit for 55 package*” (em português “Pacote Objetivo 55”), um pacote legislativo destinado a rever e a atualizar a legislação da União Europeia e a criar novas iniciativas que visam assegurar que as políticas legislativas europeias estão em harmonia com os objetivos climáticos estabelecidos.

Este pacote de propostas procura promover um quadro coerente e equilibrado para alcançar os objetivos climáticos da União Europeia, que permita assegurar uma transição equitativa e socialmente justa, que mantenha e reforce a inovação e a competitividade da indústria da UE, enquanto garante condições de concorrência equitativas em relação a operadores económicos de países terceiros e apoie a posição de liderança da União na luta mundial contra as alterações climáticas.

No âmbito do pacote de medidas apresentado no Pacto Ecológico Europeu, a União Europeia desenvolveu um *framework* de *reporting* de sustentabilidade, determinando a divulgação de informações sobre sustentabilidade por parte de empresas e instituições financeiras, através de requisitos harmonizados, fiáveis e facilmente comparáveis.

Dentro deste quadro de divulgação de informações de sustentabilidade, destacam-se a *Corporate Sustainability Reporting Directive* (Diretiva CSRD)¹², relativa à comunicação de informações sobre a sustentabilidade das empresas, que se aplica a empresas financeiras e não financeiras, o *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (Regulamento SFDR)¹³, relativo à divulgação de informações de sustentabilidade no setor financeiro, e o Regulamento da Taxonomia¹⁴, que estabelece os critérios para determinar se uma atividade pode ser considerada sustentável do ponto de vista ambiental.

Conforme referido, o Regulamento da Taxonomia veio estabelecer um sistema de classificação comum das atividades sustentáveis. De acordo com o Regulamento, uma atividade económica é qualificada como sustentável do ponto de vista ambiental se essa atividade:

- (i) Contribuir substancialmente para um ou mais dos objetivos ambientais definidos no artigo 9.º, nos termos dos artigos 10.º a 16.º do Regulamento;

¹¹ Cfjr. LEI EUROPEIA EM MATÉRIA DE CLIMA, APROVADA PELO REGULAMENTO (UE) 2021/1119 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 30 de junho de 2021 que cria o regime para alcançar a neutralidade climática e que altera os Regulamentos (CE) n.º 401/2009 e (UE) 2018/1999. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32021R1119>.

¹² DIRETIVA (UE) 2022/2464 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 14 de dezembro de 2022, que altera o Regulamento (UE) n.º 537/2014, a Diretiva 2004/109/CE, a Diretiva 2006/43/CE e a Diretiva 2013/34/UE no que diz respeito ao relato de sustentabilidade das empresas, doravante referida por “Diretiva CSRD” ou “CSRD”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022L2464&from=PT>.

¹³ REGULAMENTO (UE) 2019/2088 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de novembro de 2019, relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32019R2088>.

¹⁴ REGULAMENTO (UE) 2020/852 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 18 de junho de 2020, doravante designado por “Regulamento da Taxonomia”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32020R0852>.

- (ii) Não prejudicar significativamente nenhum dos objetivos ambientais estabelecidos no artigo 9.º nos termos do artigo 17.º;
 - (iii) For exercida em conformidade com as salvaguardas mínimas previstas no artigo 18.º; e
 - (iv) Satisfizer os critérios técnicos de avaliação que tenham sido estabelecidos pela Comissão.
- Para o efeito, consideram-se como objetivos ambientais os definidos no artigo 9.º, sendo eles:
- a) A mitigação das alterações climáticas;
 - b) A adaptação às alterações climáticas;
 - c) A utilização sustentável e proteção dos recursos hídricos e marinhos;
 - d) A transição para uma economia circular;
 - e) A prevenção e o controlo da poluição; e
 - f) A proteção e o restauro da biodiversidade e dos ecossistemas.

O Regulamento SFDR, estabelece requisitos harmonizados de transparência aplicáveis aos intervenientes no mercado financeiro e aos consultores financeiros relativos à integração dos riscos em matéria de sustentabilidade e à consideração dos principais impactos negativos para a sustentabilidade nos seus processos, e bem assim, à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade a nível dos produtos financeiros.

Este Regulamento SFDR veio consagrar uma definição de investimento sustentável estabelecendo no artigo 2.º, ponto 17, que se considera como investimento sustentável “*um investimento numa atividade económica que contribuiu para um objetivo ambiental, de natureza social, contanto que tais investimentos não prejudiquem significativamente nenhum desses objetivos e sob a condição de as empresas beneficiárias do investimento empregarem práticas de boa governação*”.

Este Regulamento consagra deveres jurídicos de informação ao nível da entidade, aplicáveis a todos os intervenientes no mercado financeiro, e ainda deveres jurídicos ao nível do produto financeiro, que se consubstanciam em deveres específicos de divulgação consoante o produto financeiro em causa. A divulgação de informações deverá, consoante o produto, ser publicada nos *websites*, divulgada no âmbito das informações pré-contratuais e incluída nos relatórios periódicos.

Deste modo, o Regulamento SFDR proporciona uma maior transparência aos investidores sobre os riscos de sustentabilidade que podem afetar o valor e o rendimento dos seus investimentos, bem como os impactos negativos que esses investimentos têm no ambiente e na sociedade.

No mais, nos termos do Regulamento, a consideração dos fatores de sustentabilidade no processo de tomada de decisões de investimento, bem como nos processos de aconselhamento em matéria de investimento, poderá trazer benefícios para além do âmbito dos mercados financeiros. O que, em última instância, poderá aumentar a resiliência da economia real e a estabilidade do sistema financeiro¹⁵.

Em segundo lugar, importa salientar a Diretiva CSRD, que foi adotada como uma alteração à Diretiva de Reporte Não Financeiro (*em inglês, Non-Financial Reporting Directive, ou “NFRD”*)¹⁶,

¹⁵ Cfr. Considerando (19) do Regulamento SFDR.

¹⁶ DIRETIVA 2014/95/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 22 de outubro de 2014, doravante referida por “Diretiva NFRD”.

e exige que as empresas obrigadas divulguem numa secção específica do seu relatório de gestão informações sobre questões de sustentabilidade, identificada como “declaração de sustentabilidade”.

A Diretiva CSRD exige que, de forma faseada, as grandes empresas e as pequenas e médias empresas (PME) com valores mobiliários admitidos à negociação nos mercados regulamentados da UE, bem como as empresas empresas-mãe de grandes grupos, divulguem nos seus relatórios de gestão informações sobre questões de sustentabilidade, nomeadamente informações que permitam compreender e aferir o impacto das suas políticas de ESG atuais e futuras.

Com efeito, as empresas abrangidas pelo âmbito da CSRD devem efetuar um relato de sustentabilidade, i.e., elaborar uma declaração de sustentabilidade, que deve ser apresentada numa secção específica do seu relatório de gestão e incluir (i) informações gerais de sustentabilidade, e em específico, informações relativas sobre cada um dos três fatores de sustentabilidade: (ii) ambientais, (iii) sociais e (iv) de governação.

As informações a divulgar por força da CSRD devem ser preparadas com base nas normas de relato de sustentabilidade, que especificam o conteúdo das informações que devem ser comunicadas.

As normas de relato de sustentabilidade são normas comuns e obrigatórias, procurando assegurar uma maior uniformização e fiabilidade do relato de sustentabilidade. As normas de relato de sustentabilidade são adotadas através de atos delegados da Comissão Europeia, que deverá ter em consideração os pareceres técnicos do *European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG), associação sem fins lucrativos que serve o interesse público europeu na divulgação de informações financeiras e relato de sustentabilidade, e, bem assim, tendo em consideração os contributos de diferentes grupos de partes interessadas.

Em 31 de julho a Comissão Europeia adotou o primeiro conjunto de Normas Europeias de Relato de Sustentabilidade (“ESRS” em inglês, *European Sustainability Reporting Standards*)¹⁷.

As normas de relato de sustentabilidade são compostas por 12 normas intersectoriais, que se dividem em dois grupos:

- (i) Normas transversais: São normas gerais, aplicam-se a todos os temas de sustentabilidade;
- (ii) Normas temáticas: Normas em matéria ambiental, social e de governação (ESG). Abrangem um tema de sustentabilidade específico, e estão estruturadas em temas e subtemas e, quando necessário, em sub-subtemas.

De igual modo no quadro de promoção de investimentos sustentáveis, é de destacar o Regulamento Delegado (UE) 2021/1253 da Comissão, de 21 de abril de 2021¹⁸, que veio alterar o Regulamento Delegado (UE) 2017/565, de 25 de abril de 2016 (comumente conhecimento como Regulamento Delegado da DMIF II), no que diz respeito à integração dos fatores, dos riscos e das preferências em matéria de sustentabilidade em determinados requisitos em matéria de

¹⁷ REGULAMENTO DELEGADO (UE) 2023/2772 DA COMISSÃO, de 31 de julho de 2023, que complementa a Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante às normas de relato de sustentabilidade. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L_202302772.

¹⁸ REGULAMENTO DELEGADO (UE) 2021/1253 DA COMISSÃO, de 21 de abril de 2021, que altera o Regulamento Delegado (UE) 2017/565, de 25 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32021R1253>.

organização e nas condições de exercício da atividade das empresas de investimento. Por força desta alteração, as empresas de investimento passaram a ter de considerar as preferências de sustentabilidade dos investidores nos seus processos.

Ainda em relação à Diretiva DMIF II, referir a Diretiva Delegada (UE) 2021/1269 da Comissão¹⁹, que altera a Diretiva Delegada (UE) 2017/593 da Comissão de 7 de abril de 2016 (vulgarmente conhecida como Diretiva Delegada da DMIF II), vindo determinar que as empresas de investimento que produzem e distribuem produtos financeiros devem integrar os fatores de sustentabilidade nas suas obrigações de governação dos produtos.

Para além das iniciativas legislativas releva ainda o Regulamento de Índices de Referência (*Benchmarks Regulation* “BMR”, em inglês)²⁰, cujos objetivos assentaram no aumento da comparabilidade de metodologias de índices em relação às métricas ESG e da transparência no que se refere ao impacto desses investimentos, procurando evitar, desse modo, o *greenwashing*.

Ao abrigo deste Regulamento, os administradores dos índices de referência devem disponibilizar uma explicação sobre a forma como os elementos fundamentais da metodologia usada para cada índice ou família de índices tem em conta os fatores ESG, tendo sido introduzidos dois índices de referência:

- i. Índices de referência da UE para a transição climática, nos quais os ativos subjacentes são avaliados de tal forma que a carteira de referência resultante se encontra numa trajetória de descarbonização à luz do objetivo de longo prazo para o aquecimento global estabelecido no Acordo de Paris;
- ii. Índices de referência da UE alinhados com o Acordo de Paris, que engloba apenas carteiras cujos ativos que já contribuem ativamente para o objetivo de redução da temperatura de 2°C estabelecido no Acordo de Paris. Em termos simples, isto significa que a poupança de emissões de carbono de cada ativo subjacente excede a sua pegada de carbono.

Mais recentemente, em 30 de novembro de 2023, foi publicado o Regulamento (UE) 2023/2631 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de novembro de 2023²¹, que veio estabelecer um quadro comum de regras aplicáveis à utilização da designação «obrigação verde europeia» ou «EuGB» para as obrigações que visam objetivos sustentáveis do ponto de vista ambiental na aceção do Regulamento (UE) n.º 2020/852 (Regulamento Taxonomia), analisado *supra*.

¹⁹ DIRETIVA DELEGADA (UE) 2021/1269 DA COMISSÃO, de 21 de abril de 2021, que altera a Diretiva Delegada (UE) 2017/593 da Comissão de 7 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32021L1269>.

²⁰ REGULAMENTO (UE) 2019/2089 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 27 de novembro de 2019, que altera o Regulamento (UE) 2016/1011 no que diz respeito aos índices de referência da UE para a transição climática, aos índices de referência da UE alinhados com o Acordo de Paris e à divulgação das informações relacionadas com a sustentabilidade relativamente aos índices de referência, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32019R2089>.

²¹ REGULAMENTO (UE) 2023/2631 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 22 de novembro de 2023, relativo às Obrigações Verdes Europeias e à divulgação opcional de informação relativamente a obrigações comercializadas como sustentáveis do ponto de vista ambiental e a obrigações ligadas à sustentabilidade <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R2631&qid=1702148167505>.

Com o objetivo de facilitar a comparação e combater o *greenwashing*, o Regulamento veio, assim, estabelecer:

- I. Um conjunto uniforme de requisitos para os emitentes de obrigações que pretendam utilizar a designação «Obrigação Verde Europeia» («European Green Bond» ou «EuGB») para as suas obrigações que sejam disponibilizadas a investidores na União;
- II. Um sistema de registo e supervisão das empresas que atuam como verificadores externos das Obrigações Verdes Europeias; e
- III. Modelos para a divulgação opcional de informações relativamente a obrigações comercializadas como sustentáveis do ponto de vista ambiental e a obrigações ligadas à sustentabilidade na União.

Mais recentemente, em 5 de julho de 2024, foi publicada em Jornal Oficial da União Europeia a Diretiva (UE) 2024/1760 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade (em inglês, *Corporate Sustainability Due Diligence Reporting Directive*, ou “CSDDD”)²².

A Diretiva CSDDD introduz obrigações às empresas no que respeita aos efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no meio ambiente, não só resultantes das suas próprias operações, como também das operações das suas filiais e dos seus parceiros de comerciais, procurando assegurar que as empresas com atividade no mercado interno contribuam para o desenvolvimento sustentável e para a transição das economias e sociedades para a sustentabilidade, através da inclusão da sustentabilidade nos sistemas de governação e de gestão empresariais.

Após um significativo impasse na aprovação da mesma, com a dificuldade em alcançar um acordo provisório e o adiamento da votação, com muitas dúvidas relativamente à sua aprovação, após alterações significativas face à proposta inicial, a Diretiva CSDDD acabou por ser adotada pelo Conselho da União Europeia em 24 de maio de 2024.

Neste contexto, a Diretiva determina que, dentro das suas capacidades, as empresas abrangidas exerçam o dever de diligência e tomem as medidas necessárias e adequadas para identificar, prevenir, avaliar e atenuar os efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente no que diz respeito às suas próprias atividades, às suas filiais, bem como às relações empresariais diretas e indiretas estabelecidas ao longo das suas cadeias de valor – a montante e a jusante, no respeitante à produção, distribuição, transporte e armazenamento.

Ainda que o escopo de empresas abrangidas tenha sido bastante reduzido face à proposta inicial (de 2022), a Diretiva CSDDD será aplicável a empresas ou empresas-mãe de um grande grupo que tenham mais de 1000 trabalhadores e que tenham um volume de negócios líquido a nível mundial superior a 450 mil milhões de Euros no exercício financeiro anterior, bem como às empresas ou empresas-mãe de um grande grupo de países terceiros que tenham gerado um

²² A este propósito, v. a versão do texto aprovado pelo Parlamento Europeu, em 1 de junho de 2023 (Alterações sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937). Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_PT.pdf.

volume de negócios líquido superior a 450 mil milhões de Euros na União Europeia no último exercício financeiro.

Assim, a Diretiva CSDDD irá aplicar-se de forma faseada às empresas abrangidas, em função da sua dimensão, e de acordo com o seguinte calendário:

- Em 2027: empresas com mais de 5.000 trabalhadores e um volume de negócios de 1.500 milhões de Euros;
- Em 2028: empresas com mais de 3.000 trabalhadores e um volume de negócios de 900 milhões de Euros; e
- Em 2029: empresas com mais de 1.000 trabalhadores e um volume de negócios de 450 milhões de Euros.

A Diretiva entrou em vigor em 26 de julho de 2024, e deverá ser transposta pelos Estados Membros até 26 de julho de 2026.

Por último, destacamos o Regulamento (UE) 2024/3005 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2024, relativo à transparéncia e integridade das atividades de notação ambiental, social e de governação (ESG)²³.

O Regulamento aplica-se às notações ESG emitidas por prestadores de serviços de notação ESG que operem na União Europeia, independentemente do facto de estarem estabelecidos dentro ou fora da União Europeia.

Considerando a importância das notações ESG no mercado de financiamento sustentável da UE, na medida em que fornecem informações importantes aos investidores e às instituições financeiras sobre, por exemplo, estratégias de investimento e gestão de riscos relacionados com fatores ESG, o Regulamento tem em vista melhorar a fiabilidade e a transparéncia das atividades de notação ESG e permitir aos investidores tomar decisões de investimento mais bem fundamentadas no que diz respeito a investimentos sustentáveis.

Ao mesmo tempo, procurou-se assegurar a qualidade e a fiabilidade dos serviços dos fornecedores de notações ESG, exigindo que os fornecedores de notações ESG que prestam serviços a investidores e empresas da UE sejam autorizados e supervisionados pela Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA), a fim de proteger os investidores e garantir a integridade do mercado.

De tudo quanto se detalhou acima resulta evidente o papel central atribuído às instituições financeiras, que assumem o compromisso de reorientação dos fluxos financeiros privados para investimentos mais sustentáveis, em setores e em atividades que sejam consideradas como sustentáveis, procurando influenciar as empresas, e, em última instância, os investidores finais, a adaptarem-se a esta nova realidade e a terem, também eles, de tomar em consideração os fatores ESG nas suas decisões.

²³ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52023PC0314>.

III. Impacto nas práticas e padrões de sustentabilidade

Perspetivando o futuro antecipamos uma continuação do impulso regulatório, em particular no quadro da União Europeia e no domínio das finanças sustentáveis; da mesma forma esperamos um crescimento do mercado de investimento sustentável, nomeadamente através de empréstimos ligados a fatores de sustentabilidade, obrigações verdes, ofertas públicas com *rating* ESG mas também um fortalecimento do pilar S, em especial nas relações laborais e proteção dos direitos humanos.

Paralelamente estamos em crer que veremos mais litigância na área de ESG, especialmente no que toca à litigância de alterações climáticas, mesmo entre particulares – na sequência da decisão no *caso Shell*.

Do ponto de vista fiscal antecipamos um reforço dos incentivos fiscais e regulatórios para investimentos verdes – por exemplo, através de amortizações aceleradas para despesas de capital verde ou flexibilização de requisitos de capital para empréstimos verdes?

IV. Conclusão

A sustentabilidade está em todo o lado e recentemente passou a estar, também, na vida das empresas por efeito dos pacotes legislativos que têm vindo a ser aprovados. Elogiamos este caminho, mas salientamos que ele deve ser trilhado conjuntamente; conjuntamente pelos governos e pelos empreendedores, pelo ocidente e pelo oriente, pelos ricos e pelos pobres, por nós que escrevemos e por si que lê este texto mas, para isso, é preciso compromisso; é preciso reconhecer que existirão momentos para desacelerar e outros de desacelerar; é preciso bom senso.

CALL FOR PAPERS

A ANTICORRUPÇÃO NA DIRETIVA DO DEVER DE DILIGÊNCIA DA SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanoseAmbiente/11

Niedja Santos*

Resumo: A corrupção representa uma ameaça tanto para o desenvolvimento sustentável global quanto para o livre mercado. Algumas iniciativas internacionais, incluindo o Pacto Global da ONU, enfatizam a importância do combate à corrupção como parte da governança corporativa no modelo ESG (*Environmental, Social & Corporate Governance*). Além disso, a corrupção está intimamente relacionada a violações dos direitos humanos e ambientais. Essa segunda perspectiva está presente na diretiva europeia sobre o dever de diligência empresarial em matéria de sustentabilidade, que visa garantir o respeito pelos direitos humanos e pelo ambiente nas operações e na cadeia de valor das empresas. Neste contexto, tratada em segundo plano, a corrupção é um dos objetos de controvérsia entre os legisladores europeus, o que pode explicar por que não tem sido o foco nos estudos sobre a diretiva. Este artigo pretende contribuir para preencher essa lacuna, ao analisar a evolução das disposições anticorrupção neste processo e ao detalhar os deveres que a diretiva possivelmente incorporará neste campo. Além disso, o estudo reflete sobre o impacto dessas disposições na governança das sociedades empresariais.

Palavras-chave: Dever de diligência; Diretiva da União Europeia; Corrupção; Anticorrupção; Convenção anticorrupção da ONU; Convenção anticorrupção da OCDE.

Abstract: Corruption threatens both global sustainable development and the free market. Some international initiatives, including the UN Global Compact, emphasize the importance of combating corruption as part of corporate governance in the ESG (Environmental, Social & Corporate Governance) model. Furthermore, it is closely related to violations of human and environmental rights, as some studies point out. This second perspective pervades the European directive on corporate sustainability due diligence, which aims to ensure respect for human rights and the environment in companies' operations and value chain. In addition to being considered in the background, corruption has been a subject of controversy among European legislators, and this perhaps explains why studies on the directive have not focused on corruption. This article aims to contribute to filling this gap by analyzing the evolution of anticorruption provisions in this process and detailing the duties that the directive will possibly incorporate in this field, besides to offering reflections on its impact on corporate governance.

Keywords: Due diligence; European Union directive; Corruption; Anticorruption; Corporate purpose; UN anticorruption convention; OECD anti-bribery convention.

* Doutoranda em Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com apoio do Programa de Formação Avançada da Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal (2022.12591. BD). Investigadora colaboradora no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Centro de Administração e Políticas Públicas do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. ORCID 0000-0002-7313-2296.

1. Introdução

A corrupção é considerada uma séria ameaça ao desenvolvimento sustentável global¹, e o seu combate é uma das metas da Agenda 2030 da ONU. Em nível global, estima-se que a corrupção movimente cerca de 2,6 trilhões de dólares por ano². A gravidade desse cenário torna-se evidente quando se constata que menos de 20% desse montante seria suficiente para financiar a recuperação e reconstrução pós-guerra da Ucrânia, estimada em 411 bilhões de dólares³. No âmbito corporativo, cerca de 15% das empresas em todo o mundo relatam receber, a cada ano, pelo menos uma demanda de suborno relacionada a contratos governamentais ou licenças de exploração⁴. Devido à corrupção privilegiar a ilegalidade em detrimento do livre mercado, da competência e eficiência nos negócios, a sua eliminação torna-se um tema de presumível interesse empresarial.

O movimento ESG (*Environmental, Social & Corporate Governance*), impulsionado a partir de 2005 por uma rede internacional de instituições financeiras apoiada pela ONU, com o objetivo de implementar os “Princípios para o Investimento Responsável”⁵⁻⁶, tem ditado tendências não só para a gestão e o mercado de investimentos, mas também para a governação das sociedades⁷. Os dez princípios de sustentabilidade empresarial defendidos pelo *Global Compact* da ONU, por exemplo, têm sido tratados nos termos ESG⁸. No aspetto ambiental, são incluídos os princípios da abordagem ambiental preventiva (7), da responsabilidade ambiental (8) e das tecnologias ambientalmente amigáveis (9)⁹. Na dimensão social, abrangem-se os princípios da proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos (1), da não violação desses direitos (2), da liberdade de associação dos trabalhadores e do direito à negociação coletiva (3),

¹ Toke S. AIDT, «Corruption and sustainable development», in Tina SØREIDE / Susan ROSE-ACKERMAN, *International Handbook on the Economics of Corruption*, vol. II, Cheltenham: Edward Elgar, 2011, 52-78.

² UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, *Global cost of corruption at least 5 per cent of world gross domestic product, Secretary-General tells Security Council, citing World Economic Forum data*, Press Release 8346th meeting (AM) – SC/13493, United Nations, New York, USA, 2018, [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://press.un.org/en/2018/sc13493.doc.htm>; Stephen JOHNSON, *Corruption is costing the global economy \$3.6 trillion dollars every year*, World Economic Forum, Cologny, Switzerland, 2018, [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2018/12/the-global-economy-loses-3-6-trillion-to-corruption-each-year-says-u-n>.

³ WORLD BANK, *Updated Ukraine Recovery and Reconstruction Needs Assessment*, Press Release N.º 2023/ECA/82, World Bank, Washington, USA, 2023, [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2023/03/23/updated-ukraine-recovery-and-reconstruction-needs-assessment>.

⁴ WORLD BANK, *Corruption*, Enterprise surveys – what businesses experience: corruption, Washington, USA, 2023, [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://www.enterprisesurveys.org/en/data/exploretopics/corruption>.

⁵ A iniciativa e os princípios podem ser consultados em <https://www.unpri.org/about-us/about-the-pri>.

⁶ Marta GARCÍA MANDALONIZ, «Hacia un gobierno corporativo sostenible con implicación efectiva y sostenible de los accionistas para la mejora del rendimiento financiero y no financiero a largo plazo y con divulgación de la información no financiera», *Revista de Derecho de Sociedades*, 54 (2018) 99-142, 119.

⁷ Elizabeth POILMAN, *The making and Meaning of ESG*, Law Working Paper n.º 659/2022, University of Pennsylvania and ECGI, Brussels, Belgium, 2022.

⁸ UNITED NATIONS, *Global Compact: Environment, Social and Governance*, New York, USA, 2023, [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://unglobalcompact.org>.

⁹ UNITED NATIONS, *Address environmental risks and leverage opportunities: Environment*, New York, USA, 2023, [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://unglobalcompact.org/what-is-gc/our-work/environment>.

da eliminação do trabalho forçado ou compulsório (4), e do trabalho infantil, bem como (5) da não discriminação no emprego (6)¹⁰. Por fim, a dimensão da governança inclui o combate à corrupção em todas as suas formas (10), além de um 11.º princípio denominado “*transformational governance programmes*”, que implica o desenvolvimento da boa governança por meio da implementação integrada desses princípios e outros *standards* internacionais, zelando pela sua observância tanto nas operações próprias como nos relacionamentos da empresa¹¹. Em resumo, o Pacto Global da ONU advoga que a governação das sociedades tem a atribuição de garantir o respeito pelos direitos humanos e laborais, pelo ambiente e pela luta anticorrupção, incluindo um dever de diligência da cadeia de fornecedores. Na mesma linha, o Guia de Devida Diligência para Conduta Empresarial Responsável da OCDE também inclui a corrupção entre as potenciais fontes de impactos negativos associados às operações das empresas, e respetivas cadeias de abastecimento, devendo, portanto, ser controlada por meio da *due diligence*¹².

Na União Europeia, a preocupação com a vigilância da cadeia de fornecedores e parceiros de negócios já havia sido abordada em regulamentos e resoluções setoriais¹³, bem como na Diretiva 2014/95, de 22 de outubro, que trata da divulgação de informações empresariais não financeiras¹⁴. Em Portugal, a transposição dessa diretiva resultou na modificação do Código das Sociedades Comerciais que, desde 2017, estabelece a obrigação das empresas nele especificadas de incluir, nos relatórios não financeiros, as informações sobre o dever de diligência em relação a

¹⁰ UNITED NATIONS, *Do business in ways that benefit society and protect people: Social Sustainability*, 2023, New York, USA [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://unglobalcompact.org/what-is-gc/our-work/social>.

¹¹ UNITED NATIONS, *Ensure just and peaceful societies for all: Governance*, 2023, New York, USA [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://unglobalcompact.org/what-is-gc/our-work/governance>.

¹² OCDE, *Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável*, Paris: OCDE, 2018 [Ebook] [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia-para-uma-conduta-empresarial-responsavel-2.pdf>.

¹³ São exemplos, a DIRETIVA (UE) 2015/849 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 20 DE MAIO DE 2015, *relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão (Texto relevante para efeitos do EEE)* [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849>; REGULAMENTO (UE) n.º 995/2010 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 20 DE OUTUBRO DE 2010, *que fixa as obrigações dos operadores que colocam no mercado madeira e produtos da madeira* [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ%3AL%3A2010%3A295%3ATOC>; o REGULAMENTO (UE) 2017/821 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 17 DE MAIO DE 2017, *que estabelece as obrigações referentes ao dever de diligência na cadeia de apropriação que incumbe aos importadores da União de estanho, de tântalo e de tungsténio, dos seus minérios, e de ouro, provenientes de zonas de conflito e de alto risco* [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ%3AL%3A2017%3A130%3ATOC>; a Resolução do Parlamento Europeu, de 27 de abril de 2017, sobre a iniciativa emblemática da UE no setor do vestuário [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ%3AC%3A2018%3A298%3ATOC>.

¹⁴ DIRETIVA 2014/95/EU DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 22 DE OUTUBRO DE 2014 QUE ALTERA A DIRETIVA 2013/34/EU no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095>.

determinados aspectos, incluindo a anticorrupção (CSC, artigos 66-B, 2, b; 508-G, 2, b). Além disso, as empresas têm que fornecer explicações caso não adotem essa prática (CSC, artigos 66-B, 3; 508-G, 3).

Com um escopo mais ampliado, a Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021, recomenda que a Comissão Europeia adote uma diretiva sobre o dever de diligência das empresas, incluindo a atenção à corrupção¹⁵. Na sequência, em fevereiro de 2022, o Parlamento Europeu e o Conselho lançaram a proposta de diretiva sobre o dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade que, no entanto, não menciona a corrupção¹⁶. Contudo, em decorrências de emendas, o texto adotado na primeira votação pelo Parlamento Europeu em 1 de junho de 2023¹⁷, inclui as convenções anticorrupção da ONU e da OCDE entre os instrumentos de direitos humanos que devem ser objeto da diligência devida por parte das empresas¹⁸.

No âmbito académico, a abordagem da corrupção no contexto da futura diretiva tem sido tangencial, em estudos focados em outros aspectos da diretiva. Como ilustração, no artigo dedicado à análise da responsabilidade civil, onde demonstra que a empresa, a princípio, somente responderá pelos danos resultantes do desrespeito aos direitos humanos, marcos anticorrupção e ambientais, caso não tenha cumprido o dever de cuidado¹⁹, COUTINHO DE ABREU alerta que, quando não há lei impositiva, é potencialmente lucrativo para as empresas desrespeitar aqueles aspectos, pois os administradores estão normalmente focados em gerar riquezas para os acionistas²⁰. Na perspetiva histórica da “*corporate due diligence*”, BRIGHT relembraria que, para evitar riscos reputacionais, as empresas passaram a se comprometer com padrões internacionais, que incluem a corrupção, logo após uma primeira fase auto-regulatória através de códigos de

¹⁵ RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU, DE 10 DE MARÇO DE 2021, QUE CONTÉM RECOMENDAÇÕES À COMISSÃO SOBRE O DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS E A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL (2020/2129(INL)) [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0073>.

¹⁶ PROPOSTA DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AO DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE E QUE ALTERA A DIRETIVA (UE) 2019/1937, COM/2022/71 final [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52022PC0071>.

¹⁷ Consoante informações obtidas através de contacto com a eurodeputada Lara Wolters, que desempenha o papel de relatora da proposta de diretiva, esta matéria foi objeto de amplos debates no Parlamento Europeu durante a votação. A inclusão dos dois instrumentos internacionais anticorrupção obteve o apoio da maioria dos membros. No entanto, o Conselho da União Europeia ainda não emitiu a sua posição, e existe a possibilidade de a proposta ser devolvida ao Parlamento para a segunda leitura. De qualquer forma, a relatora da proposta demonstra confiança de que o texto referente à corrupção, adotado na primeira leitura será incorporado no texto final da diretiva.

¹⁸ EUROPEAN PARLIAMENT, *Procedure 2022/0051(COD) – Document selected: A9-0184/2023*, Strasbourg, France, 2023, [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html.

¹⁹ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (a propósito do projeto de diretiva do parlamento europeu de 10/3/2021)», in Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU/ Alexandre de SOVERAL MARTINS/ Rui Pereira DIAS, *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022, 29-39, 33.

²⁰ Ibid., 29-39.

conduta²¹. Já AIRES DE SOUSA, recorda que a corrupção estava entre as principais preocupações dos programas de *compliance* implementados antes da década de 1990 que, de certa forma, são precursores da *due diligence* empresarial²². Em outra linha, ao discorrer sobre a abrangência do interesse social, SJÅFJELL, afirma que a anticorrupção deve estar incluída na criação de valor sustentável enquanto dever geral da empresa e dos administradores com “*planetary boundaries*,” sendo a diligência devida a chave para realizar esse dever²³. No âmbito dos grupos empresariais, LAFARRE aborda o importante papel que a diligência devida obrigatória pode desempenhar, inclusive em relação à anticorrupção, ao compensar quadros legislativos deficientes em determinados países onde o grupo mantém operações²⁴. Em uma perspetiva mais pragmática, HOGAN e REYES discorrem sobre a sinergia possível entre os sistemas usados para a diligência da anticorrupção e dos direitos humanos²⁵. Esta investigação pretende contribuir para este debate, mas, diferentemente dos estudos anteriores, neste, a corrupção no âmbito da futura diretiva é o tópico central de estudo.

O objetivo deste artigo é perceber a corrupção no âmbito da diretiva e refletir sobre o respetivo impacto para a governança corporativa. Para tanto, a próxima secção delimita o conceito de corrupção empresarial. Na sequência, a secção três expõe a diligência devida anticorrupção no contexto da futura diretiva europeia. A secção quatro detalha as obrigações anticorrupção específicas que provavelmente serão impostas com a adoção da diretiva. Após, a secção cinco aborda a relação e o impacto de tais obrigações para a governança corporativa. Por fim, as considerações finais sumarizam os principais pontos discutidos.

2. Corrupção empresarial

As instituições internacionais normalmente definem a corrupção como o abuso do poder público para ganhos privados²⁶. Portanto, é um conceito formulado a partir da perspetiva

²¹ Claire BRIGHT, «Corporate due diligence: history and future prospects», in Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU/ Alexandre de SOVERAL MARTINS/ Rui Pereira DIAS, *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022, 1-11, 3-4.

²² Susana AIRES DE SOUSA, «Dever de diligência e responsabilidade (criminal) das empresas: tempos de mudança?», in Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU/ Alexandre de SOVERAL MARTINS/ Rui Pereira DIAS, *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022, 41-53, 44-45.

²³ Beate SJÅFJELL, «Corporate sustainability and due diligence», *European Company Case Law (ECC)*, 1/1 (2023) 5-30.

²⁴ Anne LAFARRE, «The proposed corporate sustainability due diligence directive: corporate liability design for social harms», *European Business Law Review*, 34/2 (2023) 213-237.

²⁵ Benn F. HOGAN/ Joanna REYES, «Downstream Human Rights Due Diligence: Informing Debate Through Insights from Business Practice», *Business and Human Rights Journal*, 8/3 (2023) 434-440. DOI:10.1017/bhj.2023.27.

²⁶ Vinay BHARGAVA, «Curing the cancer of corruption», in Vinay BHARGAVA, *Global issues for global citizens: An introduction to key development challenges*, Washington: World Bank, 2006, 341-370, 341; INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Fiscal monitor: curbing corruption*, Washington: IMF, 2019 [Ebook], 10 [consult. 24 Set. 2023].

daqueles que solicitam a corrupção²⁷ e não abrange a corrupção no setor privado, onde não há poder público propriamente dito a ser abusado. Assim, um estudo que pretende abordar a corrupção empresarial, não pode deixar de conceituá-la.

A corrupção empresarial, na verdade, apresenta dois aspectos: (1) o da contrapartida da corrupção pública ou política, conhecida como *supply side* – lado da oferta – e (2) o da manifestação intrínseca do setor privado, conhecida como corrupção privada. O *supply side* é aquele que oferece a corrupção para atender às exigências do *demand side* numa transação corrupta²⁸. Tanto na corrupção pública quanto na política, a exigência vem da autoridade que pode impor taxas e multas ou que tem recursos a alocar e benefícios a conceder, como licenças e contratação de serviços públicos. Neste tipo de corrupção, a demanda é suprida por agentes individuais ou coletivos do setor privado que estão dispostos a pagar para obter aquelas vantagens.

A corrupção pública pode manifestar-se sob a forma de grande corrupção (*grand corruption*) ou pequena corrupção (*petty corruption*)²⁹. A primeira envolve autoridades de alto escalão e grandes somas. Os setores empresariais mais propensos à grande corrupção são a construção de obras públicas, os serviços imobiliários, o setor de óleo e gás, mineração, geração e transmissão de energia, e indústria farmacêutica³⁰. Não é incomum que os setores mais relevantes para a sociedade estabeleçam relações de clientelismo com o poder público³¹. Por outro lado, a pequena corrupção envolve quantias menores e funcionários públicos que realizam operações diárias em contacto direto com o *supply side*. Por exemplo, a corrupção nos portos em todo o mundo é geralmente praticada por pilotos marítimos, agentes alfandegários, autoridades e agentes portuários, que exigem pequenos pagamentos em dinheiro, cigarros ou refrigerantes das empresas marítimas³². Tanto na pequena corrupção como na grande corrupção, as empresas, seus administradores e empregados poderão aparecer como *supply side*.

A corrupção política envolve elites dominantes, lideranças do sistema político e agentes correlatos que buscam preservar e fortalecer seu poder por meio do enriquecimento privado e

Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2019/03/18/fiscal-monitor-april-2019>; TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *What is corruption?*, 2023, Berlin, Germany [consult. 24. Set. 2023]. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption#define>.

²⁷ Inge AMUNDSEN, *Political corruption*, U4 Issue n.º 6/2006, Bergen, Norway: U4 Anti-corruption Resource Center, 2006, 4.

²⁸ Nurfarizan Mazhani MAHMUD/ Intan Salwani MOHAMED/ Roshayani ARSHAD, «The supply-side of corruption: a review of scenario, caused and prevention measure», *Journal of Financial Crime*, 29/1 (2022) 34-44, 34-35.

²⁹ Vinay BHARGAVA, «Curing the cancer of corruption», 342.

³⁰ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Bribe payers index 2011*, Berlin: TI, 2011 [Ebook], 18 [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/publications/bribe-payers-index-2011>.

³¹ Fernando CARBAJO CASCÓN, «Corrupción y derecho privado patrimonial», in Nicolás Rodríguez GARCÍA/ Eduardo Ángel Fabián CAPARRÓS, *Corrupción y delincuencia económica*, Bogotá: Ibañez, 2008, 193-234, 198.

³² MARITIME ANTI-CORRUPTION NETWORK, *A decade of reporting: Summarizing 10 years of key insights and trends from the Maritime Anti-Corruption Network's anonymous incident reporting system*, Copenhage: MACN, 2021 [Ebook], 21-22 [consult. 15 Nov. 2024]. Disponível em: <https://macn.dk/wp-content/uploads/2022/02/MACN-ten-years-anonymous-reporting.pdf>.

ou dos grupos políticos³³. Quando os recursos são extraídos do setor privado³⁴, as empresas e os indivíduos a elas relacionados estão normalmente no lado da oferta. Isto acontece através de ações como o financiamento de partidos políticos, eleições e outras atividades dessa natureza, visando a alcançar objetivos económicos futuros, como concessões, licenças, contratos públicos, empréstimos, garantias, proteção de mercado, entre outros³⁵.

O segundo aspeto da corrupção empresarial, a corrupção privada, refere-se ao desvio fraudulento ou abusivo dos poderes de controlo e de decisão de uma empresa, o que gera conflitos de interesses no setor privado com potencial impacto para o interesse público³⁶. Como exemplo, pode mencionar-se o escândalo revelado em 2015, no qual empresas de marketing desportivo corromperam dirigentes da FIFA com o objetivo de obter direitos de transmissão de jogos³⁷. Em qualquer caso, a corrupção diminui a atratividade nos negócios, contribui para a imposição de custos não financeiros, como atrasos burocráticos e distorção da concorrência³⁸. A corrupção privada também pode prejudicar o funcionamento da administração pública, ainda que indiretamente, e minar a confiança no estado de direito e no sistema político³⁹, sendo tão prejudicial quanto a corrupção pública ou política.

É importante notar que o epicentro jurídico da corrupção, tradicionalmente ligado ao suborno financeiro, tem sofrido um efeito de transvase⁴⁰. Os recursos organizacionais, por exemplo, têm sido frequentemente utilizados como uma ferramenta para ocultar fundos ilícitos provenientes da corrupção, que serão posteriormente reintroduzidos como recursos lícitos no sistema financeiro⁴¹. Para isso, podem ser usadas estratégias como a criação de sociedades fiduciárias que realizam serviços simulados, a manipulação de contas com a colaboração de auditores e operações financeiras fraudulentas que dispersam gradualmente os recursos e alocação de fundos ilícitos em sociedades de capital, com a posterior transferência para empresas *offshore* e ou *trusts*⁴². Dessa forma, as atividades de ocultação e branqueamento também estão incluídas entre as hipóteses de desvio de recursos organizacionais que podem caracterizar a corrupção empresarial.

³³ Inge AMUNDSEN, *Political corruption*, 3.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibid., 6.

³⁶ Fernando CARBAJO CASCÓN, «Corrupción en el sector privado (I): la corrupción privada y el derecho privado patrimonial», *Justitia*, 10 (2012) 281-342, 287.

³⁷ Jamil CHADE, «Offside: FIFA, marketing companies and undie influence in football», in *Global Corruption Report: Sport*, Abingdon: Routledge, 2016, 101-104.

³⁸ Nurfarizan Mazhani MAHMUD/ Intan Salwani MOHAMED/ Roshayani ARSHAD, «The supply-side of corruption: a review of scenario, caused and prevention measure», 34-35.

³⁹ Fernando CARBAJO CASCÓN, «Corrupción en el sector privado (I): la corrupción privada y el derecho privado patrimonial», 285.

⁴⁰ José Joaquim Gomes CANOTILHO, «Pequena nótula de apresentação», in José António Mouraz LOPES, *O espetro da corrupção*, Coimbra: Almedina, 2011, 7-9, 8.

⁴¹ Fernando CARBAJO CASCÓN, «Corrupción en el sector privado (I): la corrupción privada y el derecho privado patrimonial», 307.

⁴² Ibid., 312-317.

Os agentes da corrupção empresarial geralmente são administradores, gerentes, diretores gerais ou de áreas, que possuem poder de decisão nas empresas⁴³. Esses agentes podem praticar a corrupção visando benefício direto para si ou para terceiros, mas também podem praticá-la em nome e em benefício da empresa⁴⁴. Nesse contexto, mesmo que a operação de corrupção seja economicamente benéfica para a sociedade empresarial, estará a violar o interesse social, pois, como afirma COUTINHO DE ABREU, o interesse social deve ser “lícito ou alcançável por meios lícitos”⁴⁵. As atividades empresariais não podem prejudicar a comunidade em geral⁴⁶. Embora seja relevante identificar os beneficiários da corrupção para fins de apuração da responsabilidade pelo ato corrupto, isto pouco importa sob o ponto de vista dos efeitos nocivos da corrupção para o interesse público, que serão semelhantes, senão idênticos, em ambos os casos.

Assim, a corrupção empresarial pode ser definida como o uso da autoridade ou dos recursos corporativos para a obtenção de benefícios privados, que podem ser revertidos para a empresa ou o grupo empresarial, para seus agentes ou terceiros a eles relacionados⁴⁷.

3. O dever de diligência anticorrupção na diretiva da sustentabilidade empresarial

No contexto empresarial, o dever de diligência é o processo de investigação e auditoria por meio do qual são recolhidas e analisadas informações sobre determinados fatores empresariais que possam ter consequências negativas para a empresa⁴⁸. Além disso, inclui a adoção de medidas que possam mitigar ou eliminar esses efeitos indesejados⁴⁹. Especificamente no combate à corrupção empresarial, a diligência devida pode auxiliar na identificação de riscos ou violações efetivas das leis anticorrupção, bem como dos padrões e normas éticas nas operações próprias da empresa e de empresas subsidiárias, controladas ou parceiras de negócios. Pode ainda servir como ponto de partida para a implementação de medidas destinadas a mitigar os riscos de corrupção empresarial, evitando assim a imposição de sanções e multas. Este mecanismo tem grande potencial

⁴³ Ibid., 286.

⁴⁴ Jonathan PINTO/ Carrie R. LEANA/ Frits K. PIL, «Corrupt organizations or organizations of corrupt individuals? Two types of organization-level corruption», *Academy of Management Review*, 33/3 (2008) 685-709.

⁴⁵ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Corrupção privada, bom governo, transparência e responsabilidade social das empresas (nótulas interrogativas)», in Ricardo COSTA/ Luís Gonçalves da SILVA, *Estudos comemorativos dos 20 anos da Abreu Advogados*, Coimbra: Almedina, 2015, 389-482, 390.

⁴⁶ Catarina SERRA, «Entre corporate governance e corporate responsibility: deveres fiduciários e interesse social iluminado», in *Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2011, 211-258, 246.

⁴⁷ Nurfarizan Mazhani MAHMUD/ Intan Salwani MOHAMED/ Roshayani ARSHAD, «The supply-side of corruption: a review of scenario, caused and prevention measure», 35; Blake E. ASHFORTH/ Vikas ANAND, «The normalization of corruption in organizations», *Research in Organizational Behavior*, 25 (2003) 1-52, 2.

⁴⁸ André Juan RECALDE CASTELLS, «La obligación de las sociedades de identificar, reducir y reparar los efectos adversos sobre el medioambiente y los derechos humanos (notas a la propuesta de directiva sobre ‘diligencia debida’- ‘due diligence’- en materia de sostenibilidad)», *Revista de Derecho Mercantil*, 326 (2022) 9-44, 24.

⁴⁹ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (a propósito do projeto de diretiva do parlamento europeu de 10/3/2021)», 32.

na construção da cultura de transparência, integridade e responsabilidade nas operações e cadeia empresarial, o que pode ter um impacto positivo na reputação e credibilidade das empresas.

A diligência é um dever geral dos administradores, que se divide em duas vertentes: o dever de diligência e o dever de lealdade⁵⁰. Mais especificamente, o dever de diligência é o dever de cuidado que os administradores devem adotar para organizar, decidir e controlar a empresa⁵¹. Nesse contexto, como afirma COUTINHO DE ABREU, esse dever está diretamente relacionado com o administrador e com o interesse exclusivo da respetiva empresa⁵². Por outro lado, o dever de diligência mencionado na proposta de diretiva da União Europeia aplica-se não só aos administradores, mas também às sociedades empresariais, e, neste caso, ambos agem em benefício das pessoas que podem ser afetadas negativamente pelas operações empresariais⁵³.

No que se refere à anticorrupção, a proposta de diretiva originalmente adotada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho em 23 de fevereiro de 2022 não mencionava a corrupção como matéria do dever de diligência, abrangendo apenas os direitos humanos e o ambiente⁵⁴. Esta abordagem é semelhante à adotada na Alemanha, onde a lei de diligência devida da cadeia de abastecimento (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* – LkSG), em vigor desde 1.º de janeiro de 2023, abrange apenas os aspetos sociais e ambientais⁵⁵. Na França, a *Loi de Vigilance* de 2017, também se concentra apenas nas dimensões social e ambiental⁵⁶. No entanto, neste país, a diligência devida em relação à corrupção é tratada pela *Loi Sapin II*, de 2016⁵⁷, que estabelece expressamente a responsabilidade dos administradores das empresas especificadas pela diligência devida relacionada aos crimes de corrupção e tráfico de influências nas empresas subsidiárias e controladas⁵⁸, além do dever de mapear riscos de corrupção em relação aos clientes, fornecedores e intermediários (artigo 17).

⁵⁰Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», in *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2007, 16-47, 18.

⁵¹Ibid., 19. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (a propósito do projeto de diretiva do parlamento europeu de 10/3/2021)», 33.

⁵²Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (a propósito do projeto de diretiva do parlamento europeu de 10/3/2021)», 33.

⁵³Ibidem.

⁵⁴PROPOSTA DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AO DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE E QUE ALTERA A DIRETIVA (UE) 2019/1937, COM/2022/71 final.

⁵⁵DEUTSCHER BUNDESTAG, *Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss): a) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/28649, 19/29592 – Entwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* Drucksache 19/30505 09.06.2021, Berlin, Deutschland, 2021 [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/305/1930505.pdf>.

⁵⁶Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 0074 du 28 mars 2017, Texte n° 1 [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>.

⁵⁷Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n° 0287 du 10 décembre 2016, Texte n° 2 [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033558528>.

⁵⁸A lei enfatiza os comportamentos corruptos criminalizados.

Vale ressaltar, no entanto, que a Resolução do Parlamento Europeu de 10 de março de 2021, que deu origem à proposta, incluiu a luta contra a corrupção como parte do dever de diligência⁵⁹. O documento afirma que a corrupção mina os direitos humanos (considerando H) e pode resultar em sua violação sistemática no contexto empresarial (considerando J), desafiando os princípios de transparência, responsabilização e não discriminação. A Resolução também enfatiza que tanto a convenção anticorrupção da OCDE quanto a da ONU obrigam os Estados membros a adotar práticas anticorrupção. Além disso, argumenta que a última recomenda explicitamente que suas disposições devem integrar as obrigações de diligência previstas na legislação nacional (considerando T). Entre as recomendações específicas para o conteúdo da diretiva, a Resolução sugere que a lista de efeitos negativos na boa governança inclua o não cumprimento de instrumentos internacionais anticorrupção, nomeadamente: o capítulo VII das Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais⁶⁰, a convenção anticorrupção da OCDE⁶¹, bem como ações como contribuições ilegais para campanhas políticas, a influência indevida, vantagens ilegítimas e o envolvimento indevido em atividades políticas locais (considerando 24). Além disso a Resolução sugere que a diretiva declare expressamente que as obrigações ali previstas não eliminam nem alteram as obrigações de divulgação dos processos relacionados com o dever de diligência anticorrupção (Anexo, artigo 7). No entanto, por motivos políticos desconhecidos, a Comissão Europeia excluiu completamente o dever de diligência anticorrupção da proposta de diretiva adotada em 23 de fevereiro de 2022⁶².

Entre fevereiro 2022 e maio de 2023, comissões do Parlamento Europeu apresentaram emendas à proposta de diretiva adotada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho em 23 de fevereiro de 2022, duas delas a defender a reintegração da corrupção. A Comissão de Assuntos Externos⁶³ lembra que a corrupção representa um risco para a garantia dos direitos humanos, sendo que o seu combate é enfatizado no Plano de Ação para os Direitos Humanos e a Democracia 2020-2024 (emenda 4). Além disso, sugeriu que a corrupção seja incluída entre as questões sobre as quais as empresas serão obrigadas a receber *early warnings* e reclamações (emendas 24 e 48),

⁵⁹ EUROPEAN PARLIAMENT, *Procedure 2022/0051(COD) – Document selected: A9-0184/2023*.

⁶⁰ OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct*, Paris: OECD, 2023 [Ebook] [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/81f92357-en.pdf?Expires=1695674526&id=id&accname=guest&checksum=9712790063E5E86009553A9520744AB9>, 39-42.

⁶¹ OECD, «Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions», in OECD, *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and related documents*, Paris: OECD, 2023 [Ebook], [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecd-anti-bribery-convention-booklet.pdf>, 3-9.

⁶² Informação obtida por meio de contacto com a relatora da proposta de diretiva, a eurodeputada holandesa Lara Wolters, que também foi a relatora da Resolução do Parlamento Europeu de 10 de março de 2021 (Ver em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0018_EN.pdf).

⁶³ EUROPEAN PARLIAMENT – COMMITTEE ON FOREIGN AFFAIRS, *Opinion of the Committee on Foreign Affairs for the Committee on Legal Affairs on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 – AFET_AD(2023)736653*, Strasbourg, France [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/AFET-AD-736653_EN.html.

bem como deve ser reconhecida entre os temas que podem impactar a boa governança (emenda 46). Por fim, esta Comissão sugere que o Anexo I da futura diretiva, que lista os instrumentos internacionais que devem ser incluídos na diligência devida, tenha uma secção específica para a corrupção, incluindo as convenções anticorrupção da ONU e da OCDE, a Convenção Civil sobre a Corrupção do Conselho da Europa, o princípio 10 do Pacto Global da ONU e a convenção anticorrupção dos funcionários dos Estados-Membros ou da União Europeia (emenda 131).

As emendas propostas pela Comissão do Desenvolvimento também incluíram a corrupção.⁶⁴ Essa comissão argumenta que, para assegurar a sustentabilidade empresarial, o respeito pelo estado de direito e pelos sistemas de boa governação nos países onde há operações, a empresa deve abster-se da corrupção (exposição de motivos), porque mina os direitos humanos e o ambiente ao permitir que as empresas fujam ilegalmente às suas responsabilidades (emenda 23). Considerando que a ausência da corrupção é um dos elementos fundamentais da boa governação, com impacto no bem-estar social (emenda 8), a comissão sugere que a anticorrupção seja expressamente inserida entre as matérias do dever de diligência (emendas 22 e 69). Além disso, sugere o reconhecimento do direito das vítimas de corrupção a utilizarem os mecanismos não judiciais de reclamações que serão geridos pelas empresas (emenda 90). Por fim, a comissão sugere que seja incluída uma secção no Anexo I com uma lista de comportamentos considerados violações anticorrupção, como irregularidades contábeis, a falta de procedimentos para prevenção de conflitos de interesse, a corrupção ativa e passiva, o branqueamento de capitais, entre outros, bem como uma lista dos instrumentos anticorrupção⁶⁵ que devem ser considerados na diligência devida (emenda 120).

As demais comissões parlamentares silenciaram quanto à corrupção em seus pareceres sobre a proposta de diretiva⁶⁶. Nesta sequência, o texto adotado em 1 de junho de 2023, na primeira leitura do Parlamento Europeu acolhe apenas a inclusão, nos considerandos, da afirmação de que a corrupção pode promover ou ser promovida pelas violações aos direitos humanos e ao ambiente, razão pela qual deve estar incluída no dever de diligência das empresas (emenda 22).

⁶⁴ EUROPEAN PARLIAMENT – COMMITTEE ON DEVELOPMENT, *Opinion of the Committee on Development for the Committee on Legal Affairs on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 – DEVE_AD(2023)736709*, Strasbourg, France [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/DEVE-AD-736709_EN.html.

⁶⁵ A emenda 120 propõe a inclusão dos seguintes elementos: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, a Convenção Anticorrupção de Direito Civil do Conselho da Europa, os Princípios das Nações Unidas para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder, os Princípios Básicos das Nações Unidas sobre a Independência do Judiciário, o Princípio 10 do Pacto Global das Nações Unidas, as Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para Empresas Multinacionais e a norma ISO 26000.

⁶⁶ Além da Comissão de Assuntos Externos e a do Desenvolvimento, também apresentaram emendas, porém sem mencionar a corrupção, as seguintes comissões: da Indústria, Investigação e Energia; do Comércio Internacional; do Ambiente, Saúde Pública e Segurança Alimentar; do Mercado Interno e Proteção dos Consumidores; dos Assuntos Económicos e Monetários; do Emprego e Assuntos Sociais. (Ver em [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2022/0051\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2022/0051(COD)))

O texto também acolhe a inclusão das convenções anticorrupção da ONU e da OCDE no rol dos instrumentos de direitos humanos listados no Anexo I que deverão ser objeto da obrigação (emendas 355, 358 e 357)⁶⁷. O tema foi objeto de amplas negociações no âmbito do Parlamento Europeu, tendo havido o efetivo apoio da maioria para a inclusão desses pontos na versão final da diretiva⁶⁸.

Portanto, entre março de 2021 e junho de 2023 podem ser observadas quadro etapas na evolução do dever de diligência anticorrupção no processo legislativo da diretiva (Figura 1), que tornam evidentes as controvérsias existentes em torno da matéria entre os legisladores europeus. De toda forma, é bastante provável que o texto final da diretiva inclua a anticorrupção como matéria do dever de diligência relacionado com os direitos humanos. Como esta proposta está entre as prioridades legislativas definidas pelas três instituições da União Europeia para 2023 e 2024, devem ocorrer progressos substanciais neste período⁶⁹.

Figura 1. Etapas da evolução do dever de diligência anticorrupção no curso legislativo da diretiva



Fonte: Elaborado pela autora com base no texto da secção.

4. Componentes do dever de diligência anticorrupção na diretiva

A transposição da diretiva⁷⁰ pelos Estados-membros obrigará as empresas especificadas (artigos 2; 3) a cumprir o dever de diligência não apenas em relação às suas próprias operações,

⁶⁷ EUROPEAN PARLIAMENT, *Procedure 2022/0051(COD) – Texts adopted – Thursday, 1 june 2023 – Brussels – Corporate Sustainability Due Diligence – A9-0184/2023*, Strasbourg, France [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html.

⁶⁸ Informação obtida por meio do contacto com a relatora da proposta de diretiva no Parlamento.

⁶⁹ EUROPEAN PARLIAMENT, *Joint declaration 2023-24*, Strasbourg, France, 2023 [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/thematicnote.do?id=41380&l=en>.

⁷⁰ PROPOSTA DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AO DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE E QUE ALTERA A DIRETIVA (UE) 2019/1937, COM/2022/71 FINAL.

mas também às operações das suas filiais, das empresas da cadeia de valor e dos parceiros de negócios (artigos 1; 14). Em resumo, serão sete tipos de obrigações relacionadas com os marcos ambientais e de direitos humanos, com as últimas a incluir disposições anticorrupção (artigo 4):

- (1) *Integração do dever de diligência nas políticas da empresa:* Isso implica incluir a anticorrupção no plano de gestão de longo prazo, no código de conduta e nos procedimentos correspondentes (Artigo 5).
- (2) *Identificação dos potenciais ou efeitos negativos das operações empresariais:* Isso deve ser realizado por meio do mapeamento dos riscos de corrupção para o setor em questão, levando em consideração relatórios independentes e informações obtidas através dos mecanismos de reclamação (Artigo 6).
- (3) *Prevenção dos potenciais efeitos negativos:* As empresas devem tomar medidas para evitar esses potenciais efeitos negativos, o que inclui exigir garantias contratuais dos parceiros de negócios e desenvolver um plano de ação anticorrupção em consulta com os *stakeholders*, incluindo aspectos como prazos, indicadores qualitativos e quantitativos, bem como investimentos em processos e infraestruturas que possam prevenir a corrupção (Artigo 7).
- (4) *Eliminação dos efeitos negativos:* Isso implica neutralizar ou minimizar a extensão dos efeitos negativos já ocorridos, através da adoção de medidas corretivas e investimentos em processos e infraestruturas (Artigo 8).
- (5) *Manutenção de um sistema de reclamação:* O sistema receberá demandas relacionadas com as operações próprias, das filiais, das empresas da cadeia de valor, bem como de *stakeholders* como sindicatos e organizações da sociedade civil como a Transparência Internacional (artigo 9).
- (6) *Avaliação periódica da eficácia do sistema de diligência:* A eficácia das medidas relacionadas com o dever de diligência anticorrupção deve ser avaliada anualmente, considerando ajustes para corrigir ou evitar desvios (artigo 10).
- (7) *Divulgação das informações sobre o dever de diligência:* Essas informações deverão estar em uma declaração anual divulgada até 30 de abril de cada ano no sítio web da empresa (artigo 11).

É possível que parte dessas obrigações já faça parte da rotina das empresas devido a práticas voluntárias ou a exigências comerciais. No entanto, a partir da adoção da diretiva, essas obrigações terão caráter obrigatório na União Europeia para as empresas especificadas e, certamente, contribuirão para um ambiente empresarial mais ético e sustentável.

No campo da corrupção, o conteúdo dos potenciais ou efeitos negativos a serem tratados pelas empresas também deverá derivar das convenções anticorrupção da ONU⁷¹ e da OCDE⁷²

⁷¹ NAÇÕES UNIDAS – ESCRITÓRIO CONTRA DROGAS E CRIME, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Brasília, Brasil [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf.

⁷² OECD, Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Paris, France [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0293>.

(artigo 3, i⁷³; Anexo I⁷⁴). Essas convenções não apenas informarão o conteúdo dos efeitos negativos da corrupção a serem evitados ou mitigados pelas empresas, mas também as vincularão “independentemente da estratégia de *due diligence*”⁷⁵. Em outras palavras, as empresas têm o dever de não violar as disposições dessas convenções, além de implementá-las através das sete medidas mencionadas nesta seção.

Portanto, para entender a abrangência dos deveres anticorrupção decorrentes da diretiva, é necessário extrair das convenções da ONU e da OCDE o que deve ser observado pelas empresas. No entanto, como essas convenções são normas internacionais destinadas à implementação pelos Estados signatários, elas não foram originalmente projetadas para impor regras diretamente aplicáveis aos nacionais desses Estados. Com a incorporação no direito nacional, algumas obrigações recarão sobre o Estado, enquanto outras caberão aos nacionais, sejam pessoas físicas ou coletivas. Por exemplo, quando a convenção anticorrupção da ONU determina que os Estados adotem códigos de conduta para funcionários públicos (artigo 8) ou que os Estados devam inserir na legislação nacional a responsabilidade das pessoas coletivas pelos crimes de corrupção (artigo 26), são obrigações que a convenção introduz para os Estados. Por outro lado, quando a convenção exige que os Estados criminalizem o branqueamento de capitais (artigo 23), também está tratando da futura obrigação dos nacionais de não praticarem o branqueamento de capitais sob pena de responderem criminalmente por esse ato.

Para determinar o conteúdo do dever de diligência inserido nas convenções anticorrupção da ONU e da OCDE, foram analisados esses documentos com o objetivo de identificar as obrigações atribuíveis às empresas (Tabela 1). Resumidamente, essas obrigações incluem:

- (1) *Adotar códigos de conduta e políticas de prevenção:* As empresas devem implementar códigos de conduta e políticas de prevenção da corrupção, que devem ser desenvolvidos com a participação de *stakeholders*, abordando temas como conflito de interesses, portas giratórias (*revolving doors*), proteção de denunciantes e cooperação com as autoridades anticorrupção.
- (2) *Identificar beneficiários efetivos:* As empresas devem identificar as pessoas ou entidades que, em última instância, controlam ou se beneficiam das suas operações.
- (3) *Manter controles contábeis internos e registos contábeis completos:* O objetivo é garantir a transparéncia e a conformidade com as normas anticorrupção e isso não permite que as empresas incluam deduções fiscais para despesas relacionadas a subornos.
- (4) *Realizar auditoria e certificação:* Esta medida visa garantir a conformidade com as normas anticorrupção.
- (5) *Abster-se de condutas consideradas criminalmente corrupção:* A abstenção inclui as condutas de que as convenções recomendam a criminalização pelos Estados-membros, nomeadamente

⁷³ PROPOSTA DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AO DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE E QUE ALTERA A DIRETIVA (UE) 2019/1937, COM/2022/71 FINAL.

⁷⁴ EUROPEAN PARLIAMENT, *Procedure 2022/0051(COD) – Texts adopted – Thursday, 1 june 2023 – Brussels – Corporate Sustainability Due Diligence – A9-0184/2023.*

⁷⁵ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (a propósito do projeto de diretiva do parlamento europeu de 10/3/2021)», 33.

a corrupção privada, a malversação de bens no setor privado, o uso indevido de licenças e subsídios públicos, o enriquecimento ilícito, o branqueamento de capitais, o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, tráfico de influência e obstrução da justiça em casos de corrupção.

(6) *Divulgação pública de informações e atividades anticorrupção:* Isso inclui as informações e atividades relacionadas ao combate à corrupção, aumentando a transparência das ações nesse campo.

Tabela 1. Disposições das convenções anticorrupção da ONU e da OCDE incluídas no dever de diligência

Disposição	Convenção, referência
Elaboração de políticas de prevenção com participação da sociedade	ONU, artigo 5
Códigos de conduta disciplinando conflitos de interesses nas relações privadas e com o setor público	ONU, artigo 12, 2, b
Identificação dos beneficiários efetivos da empresa	ONU, artigo 12, 2, c
Abstenção e prevenção da utilização indevida de subsídios concedidos e licenças públicas	ONU, artigo 12, 2, d
Política de prevenção das portas giratórias (<i>revolving doors</i>)	ONU, artigo 12, 2, e
Controlos contábeis internos, auditoria e certificação	ONU, artigo 12, 2, f
Respeito às técnicas, regras e normas contábeis e registo contábil completo de todas as operações empresariais	ONU, artigo 12, 3; OCDE, artigo 8
Não dedução tributária de gastos internacionais que constituem suborno	ONU, artigo 12, 4
Divulgação pública das informações relacionadas com o combate à corrupção promovido pela empresa	ONU, artigo 13
Abstenção e prevenção do branqueamento de capitais e do encobrimento de bens	ONU, artigo 14, 23, 24 OCDE, artigo 7
Abstenção e prevenção do suborno de funcionários públicos nacionais	ONU, artigo 15
Abstenção e prevenção do suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas	ONU, artigo 16; OCDE, artigo 3
Abstenção e prevenção do tráfico de influências	ONU, artigo 18
Abstenção e prevenção do enriquecimento ilícito	ONU, artigo 20
Abstenção e prevenção da corrupção privada	ONU, artigo 21
Abstenção e prevenção da malversação ou peculato de bens no setor privado	ONU, artigo 22
Abstenção da obstrução da justiça em processos relacionados com a prática da corrupção	ONU, artigo 25
Política de proteção de denunciantes	ONU, artigo 33
Política de cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei no campo da corrupção	ONU, artigo 37, 39

Fonte: Elaborado pela autora com base nas convenções anticorrupção da ONU e da OCDE

Estas obrigações são essenciais para assegurar que as empresas atuem de maneira ética e em conformidade com os padrões internacionais de combate à corrupção, conforme estabelecido pelas convenções da ONU e da OCDE. O cumprimento dessas obrigações não apenas contribui para a prevenção e o controlo da corrupção, mas também promove a integridade e a responsabilidade nas práticas empresariais.

Assim, observa-se que as disposições retiradas destas convenções não apresentam novidades significativas em relação às sete obrigações previstas na diretiva do dever de diligência da

sustentabilidade corporativa, bem como em relação ao que já está regulamentado como crime nos países da União Europeia devido à ratificação das convenções. A inovação trazida pela diretiva reside na inclusão destes temas no âmbito jurídico da governação das sociedades.

5. A diretiva, o dever de diligência anticorrupção e a governança corporativa

A governança corporativa diz respeito ao sistema de direção e controlo das sociedades empresariais⁷⁶ e é objeto de estudo de diversas disciplinas, como economia, gestão, ciências contábeis, relações públicas e direito. No campo jurídico, o foco principal é o estudo das normas (legais, estatutárias, deontológicas, etc.), jurisprudência sobre os mecanismos de administração e controlo ou fiscalização das sociedades⁷⁷. Essa noção, que é “tão antiga quanto a própria sociedade anónima”⁷⁸, passou a atrair a atenção global a partir do escândalo *Watergate* nos Estados Unidos, que revelou um esquema de financiamento político ilegal e corrupção internacional envolvendo empresas americanas⁷⁹. Assim, percebe-se que foi a necessidade de prevenir e controlar a corrupção empresarial que impulsionou o movimento contemporâneo da governança corporativa.

Um dos principais debates entre juristas no campo da governança corporativa está relacionado com a abrangência⁸⁰. Por um lado, existem os defensores da “*shareholders primacy*”, que consideram que a governança corporativa diz respeito apenas aos acionistas e administradores⁸¹. Por outro lado, existe a perspetiva *stakeholderist*, que inclui não apenas os acionistas e administradores, mas também todas as partes que têm relações contratuais com a empresa (fornecedores, clientes, trabalhadores, credores)⁸² ou, de forma mais ampla, todos aqueles que estão envolvidos no ecossistema da empresa⁸³ e que podem ser afetados pelas decisões e operações empresariais.

Na União Europeia, esta questão está possivelmente a caminhar para a superação com o incentivo proporcionado pela diretiva do dever de diligência da sustentabilidade empresarial, que está expressamente orientada para os *stakeholders*. Isso significa que o interesse social da empresa, ou seja, o seu propósito fundamental, que inclui os objetivos e finalidades que guiam

⁷⁶ COMMITTEE ON THE FINANCIAL ASPECTS OF CORPORATE GOVERNANCE, *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance* [Relatório Cadbury], London: CFACG, 1992, 14

⁷⁷ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Governação das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2010, 7.

⁷⁸ Pedro MAIA, «Corporate Governance em Portugal», in Fabio U. COELHO/ Maria de Fátima RIBEIRO, *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012, 43-86, 45.

⁷⁹ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Governação das Sociedades Comerciais*, 9-10.

⁸⁰ Klaus HOPT, «Comparative corporate governance: the state of the art and international regulation», in A. M. FLECKNER/ K. J. HOPT, *Comparative corporate governance: a functional and international analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 3-101, 10-11; Pedro MAIA, «Corporate Governance em Portugal», 45-46.

⁸¹ Pedro MAIA, «Corporate Governance em Portugal», 46.

⁸² Ibid., 47.

⁸³ António GOMES MOTA, «A corporate governance no novo mundo multi-stakeholder: realidades e desafios», in Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU/ Alexandre de SOVERAL MARTINS/ Rui Pereira DIAS, *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022, 23-27, 23.

as suas atividades⁸⁴, será determinado pelo institucionalismo⁸⁵. Portanto, além de gerar resultados para os acionistas, as sociedades deverão considerar os interesses das partes que podem ser afetadas pelas operações da empresa. Com isso, a proteção do ambiente, os direitos humanos e, inclusive a prevenção da corrupção, deixarão de ser simples “interesses [de] outros sujeitos” que os administradores podem ponderar (CSC, artigo 64, b, 2.^a parte), passando a ter o estatuto de “interesses de longo prazo dos sócios” (CSC, artigo 64, b, 1.^a parte) e, portanto, deverão ser atendidos pelos gerentes ou administradores da sociedade⁸⁶. Este é um impacto significativo do dever de diligência anticorrupção na governação das sociedades, pois a prevenção e o controle da corrupção deixam de ser um compromisso voluntário relacionado com a responsabilidade social das empresas⁸⁷ para se tornar um dever no âmbito da governança corporativa⁸⁸ que gerará responsabilidade jurídica⁸⁹.

⁸⁴ Holger FLEISCHER «Corporate Social responsibility: vermessung elnes Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht», *Die Aktiengesellschaft*, 15/62 (2017) 509-525, 510.

⁸⁵ Para mais informações sobre as perspetivas institucionalista e contratualista do interesse social, ver Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2021, 277-282; Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», 31-33; Pier Giusto JAEGER, «L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)», *Giurisprudenza Commerciale*, 27/6 (2000) 795-812, 798-799.

⁸⁶ Guilherme Vaz Porto BRECHBÜHLER, «O interesse social e a proposta de diretiva da União Europeia para o dever de diligência em sustentabilidade empresarial (Corporate Sustainability Due Diligence – CSDD)», *Revista Semestral de Direito Empresarial*, 32 (2023) 233-267, 264.

⁸⁷ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Corrupção privada, bom governo, transparência e responsabilidade social das empresas (nótulas interrogativas)»; Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «CSR – ‘responsabilità’ senza responsabilità (legale)?», *Giurisprudenza Commerciale*, 46/6 (2019) 1088-1095; David HESS, «Combating corruption through corporate transparency: Using enforcement discretion to improve disclosure», *Minnesota Journal of International Law*, 21/1 (2012) 42-70.

⁸⁸ Embora prevaleça na doutrina a posição de que a atuação das empresas para prevenir e controlar a corrupção está no campo da voluntariedade, esta autora entende que a luta empresarial contra a corrupção é um interesse genuinamente compatível com a maximização do valor para o acionista, independentemente do que dispõe a diretiva do dever de diligência da sustentabilidade empresarial. É facto que na década de 1960 surgiram estudos apontando os benefícios da corrupção para o desenvolvimento empresarial (Ver Joseph S. NYE, «Corruption and political development: a cost-benefit analysis», *American Political Science Review*, LXI/2 (1967) 417-427). No entanto, estudos económicos mais recentes apontam que a corrupção é um risco para os interesses dos acionistas, com impacto direto nos resultados financeiros das empresas (Ver Geeta LAKSHMI/ Shrabani SAHA/ Keshab BHATTARAI, «Does corruption matter for stock markets? The role of heterogeneous institutions», *Economic Modelling*, 94 (2021) 386-400; Steffen HUNDT/ Andreas HORSCH, «Sponsorship of the FIFA World Cup, shareholder wealth, and the impact of corruption», *Applied Economics*, 51/23 (2019) 2468-2491; Chei BUKARI/ Emmanuel Atta ANAMAN, «Corruption and firm innovation: a grease or sand in the wheels of commerce? Evidence from lower-middle and upper-middle income economies», *Eurasian Business Review*, 11 (2021) 267-302; Ruben ENIKOPOV/ Maria PETROVA/ Konstantin SONIN, «Social media and corruption», *American Economic Journal: Applied Economics*, 10/1 (2018) 150-174). Por outro lado, as políticas governamentais anticorrupção podem gerar um impacto positivo na margem de lucro líquido das empresas em aproximadamente 12%, além de promover o crescimento de 1% nos ativos empresariais (Ver Ahmed BADAWI/ Anas AIQUDAH, «The Impact of Anti-Corruption Policies on the Profitability and Growth of Firms Listed in the Stock Market: Application on Singapore with a Panel Data Analysis», *The Journal of Developing Areas*, 53/1 (2019) 179-204). A conformidade com as regulamentações anticorrupção também tem um impacto positivo no

No entanto, não existem indicações de que os titulares desses direitos (ambiente, direitos humanos e anticorrupção) terão acesso a uma ação judicial específica⁹⁰ para os defender⁹¹, como os sócios têm a ação da sociedade (CSC, artigos 72, 1; 75; 77)⁹². A proposta de diretiva⁹³ prevê a responsabilidade civil como um mecanismo geral para reparar os danos (artigo 22), bem como sanções administrativas que podem ser aplicadas às empresas em caso de incumprimento (artigos 20; 24).

As empresas poderão ser responsabilizadas civilmente, caso haja incumprimento e isso cause um impacto negativo não tratado pela empresa, resultando em danos (artigo 22, 1). Essa responsabilidade pode também estender-se aos danos causados pelas atividades das subsidiárias, filiais e parceiros comerciais diretos e indiretos na cadeia de valor, nos casos em que tenham ocorrido falhas na devida diligência (artigo, 22, 2). Notavelmente, essas subsidiárias, filiais e parceiros empresariais também poderão ser diretamente responsabilizados (artigo 22, 3).

desempenho a longo prazo das empresas listadas (Ver Fan YANG/ Haining WU/ Wenjie YANG, «Research on relationship between regional corruption and performance of listed companies», *Advances in Economics, Business and Management Research*, 37 (2017) 1-20). Além disso, possíveis sanções penais devido à corrupção resultam em perdas patrimoniais e de imagem (Ver Fernando CARBAJO CASCÓN, «Corrupción en el sector privado (I): la corrupción privada y el derecho privado patrimonial», 335). Assim, do ponto de vista do contratualismo, a ação anticorrupção também faz parte do interesse social, dado que a corrupção afeta diretamente os resultados financeiros. Ou seja, a luta contra a corrupção reúne tanto as ambições dos *stakeholders* quanto dos *shareholders* e será parte do interesse social tanto na visão institucionalista quanto na contratualista. Nesta linha, NOVAL PATO afirma que as diretrizes contratuais para maximizar o valor para o acionista não devem ser consideradas incompatíveis com as políticas de sustentabilidade, uma vez que a busca do desempenho económico não é sinónimo de atividade fraudulenta e a maximização do lucro pode ser orientada pela sustentabilidade. Além disso, segundo o autor, a ampla divulgação de estratégias baseadas na sustentabilidade favorece a integração natural desta visão no interesse social (Ver Jorge NOVAL PATO, «La sostenibilidad en un contexto de primacía del accionista», *Revista de Derecho de Sociedades*, 64 (2022) 149-192).

⁹⁰ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «CSR – 'responsabilità' senza responsabilità (legale)?», 1088.

⁹¹ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Corrupção privada, bom governo, transparéncia e responsabilidade social das empresas (nótulas interrogativas)», 392; Holger FLEISCHER, «Corporate Social responsibility: vermessung elnes Forschungsfeldes aus rechtlicher Sicht», 510.

⁹² Esta ainda é uma dificuldade na maioria das jurisdições. Por exemplo, mesmo no Canadá, onde a *Business Corporation Act* abraça o “*stakeholder principle*”, com remédios legais que empoderam os *stakeholders* (*derivative actions* e *oppression actions*), o seu sucesso não é fácil. Isso acontece porque os tribunais tendem a adotar padrões convencionais que deixam de proteger os interesses dos não acionistas, além de estarem limitados pela *business judgement rule* no que diz respeito às decisões corporativas (Ver AIR CANADA PILOTS ASSOCIATION v AIR CANADA ACE AVIATION HOLDINGS. Federal Court of Appeal (2007); BCE v 1976 DEBENTUREHOLDERS. Supreme Court of Canada (2008); PEOPLES DEPARTMENT STORES INC (Trustee of) v WISE. Supreme Court of Canada (2004); P. M. VASUDEV, «Corporate stakeholders in Canada: an overview and a proposal», *Revue de Droit D'Ottawa*, 45/1 (2015) 137-180).

⁹³ Nos termos do artigo 79, 1 do Código das Sociedades Comerciais, a ação da sociedade não prejudica as ações individuais de responsabilidade dos sócios e terceiros diretamente prejudicados.

⁹⁴ PROPOSTA DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AO DEVER DE DILIGÉNCIA DAS EMPRESAS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE E QUE ALTERA A DIRETIVA (UE) 2019/1937, COM/2022/71 FINAL.

De toda forma, a efetiva responsabilização civil dependerá, em certa parte, do regime vigente nos Estados-membros⁹⁴.

A diretiva também prevê a possibilidade de aplicação extraterritorial da responsabilidade civil em determinados casos (artigo 22, 5). No contexto das violações do dever de diligência anticorrupção, a previsão expressa da responsabilidade civil, sobretudo com a possibilidade de aplicação extraterritorial, pode contribuir para a compensação das vítimas da corrupção, um tema ainda considerado sensível a nível global, como foi relatado pela Transparência Internacional à ONU em junho de 2023⁹⁵.

Para além da sociedade, os administradores também têm o dever de diligência (artigo 25) e deverão prestar contas ao conselho de administração (artigo 26, 1), o que inclui a diligência devida da anticorrupção (como parte da *due diligence* dos direitos humanos), que estará incluída entre os direitos humanos. A apuração da responsabilidade dos administradores e fiscalizadores perante a sociedade empresarial em caso de dano levará em conta o cumprimento desse dever, sendo, assim, determinante no contexto da *business judgement rule*⁹⁶. Portanto, a governação das sociedades passa a abranger o dever de diligência anticorrupção dos administradores.

Cabe mencionar que, para efeito da ação social de responsabilidade (CSC, artigos 72, 1; 75; 77), haverá a solidariedade entre os membros do órgão de administração que tenham participado, tomado conhecimento ou deixado de se opor a atos relacionados com a corrupção que se revelarem lesivos à sociedade (CSC, artigo 73). Isso não prejudicará as ações individuais de responsabilidade dos sócios e terceiros diretamente prejudicados (CSC, artigo 79, 1). Eventualmente, os administradores de facto também responderão pelos danos causados à sociedade e aos sócios pela corrupção⁹⁷.

⁹⁴ Inês MARTINS, «Proposta de directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial: os pressupostos da responsabilidade civil», in Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU/ Alexandre de SOVERAL MARTINS/ Rui Pereira DIAS, *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022, 55-97. Embora este estudo tenha sido elaborado com base no artigo 19 da Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021, nem a proposta de diretiva adotada em 2022, nem o texto adotado pelo Parlamento Europeu em primeira leitura em 2023 trazem mudanças substanciais no que se refere a este tema.

⁹⁵ UNITED NATIONS, *Document submitted by Transparency International, a non-governmental organization in consultative status with the Economic and Social Council. Document no. CAC/COSP/IRG/2023/NGO/5*, Vienna, Austria, 2023 [consult. 24 Set. 2023]. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/12-16June2023/CAC-COSP-IRG-2023-NGO-5.pdf>.

⁹⁶ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (a propósito do projeto de diretiva do parlamento europeu de 10/3/2021)», 33.

⁹⁷ Em Espanha, a lei prevê expressamente que os administradores de facto poderão ser requeridos na ação social de responsabilidade (Texto refundido da Ley de Sociedades de Capital [Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julho, artigo 236, 3]). Para mais informações sobre a responsabilidade dos administradores de facto em Portugal, sobretudo sobre os aspetos fiscais, penais e de insolvência, consultar Ricardo COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2014.

Por fim, como afirma COUTINHO DE ABREU, a devida diligência em matéria de sustentabilidade empresarial é uma obrigação de esforço não de resultado⁹⁸. Isto significa que a adoção desta diretiva na União Europeia não resolverá todos os problemas relacionados com as violações dos marcos anticorrupção. Contudo, a previsão do dever de diligência anticorrupção na lei como um mecanismo para prevenir e controlar a corrupção no âmbito da governação das sociedades criará responsabilidade jurídica e, automaticamente, aumentará a consciencialização sobre a importância do controlo e combate à corrupção.

6. Conclusão

A diretiva europeia do dever de diligência da sustentabilidade empresarial oferecerá um contributo significativo para a luta global contra a corrupção, ao incluir os marcos anticorrupção no dever de diligência empresarial. As empresas abrangidas por esta diretiva terão a obrigação legal de prevenir e controlar a corrupção empresarial nas suas próprias atividades, bem como nas das suas filiais, subsidiárias e parceiros de negócios. Neste contexto, as empresas estarão a combater a corrupção empresarial, definida como o uso da autoridade ou recursos corporativos para obter benefícios privados próprios, quer sejam para os próprios, para terceiros, para a empresa ou para o grupo empresarial.

Durante as quatro etapas pelas quais a proposta de diretiva passou, entre março de 2021 e junho de 2023, a questão da corrupção suscitou controvérsia entre os legisladores, sendo relegada para segundo plano em relação à proteção do ambiente e dos direitos humanos. No entanto, ao final da quarta etapa, que corresponde à primeira leitura pelo Parlamento, o texto adotado em 1 de junho de 2023 para a diretiva inclui a corrupção como parte do dever de diligência no que diz respeito aos direitos humanos.

Caso esta versão seja adotada no final do processo, a diretiva abrangerá sete obrigações relacionadas ao dever de diligência anticorrupção. Estas obrigações incluem a integração deste dever nas políticas da empresa, a identificação, prevenção e eliminação de efeitos negativos, a manutenção de sistemas de reclamação, avaliações periódicas dos resultados e a divulgação de informações. Além disso, as empresas terão deveres específicos decorrentes da observância das convenções anticorrupção da OCDE e da ONU. Isto inclui a implementação de códigos de conduta e políticas de prevenção com a participação de partes interessadas, abordando temas como conflito de interesses, portas giratórias, proteção de denunciantes e cooperação com as autoridades anticorrupção. As empresas também devem identificar os seus beneficiários efetivos, manter controlos contabilísticos internos, realizar auditorias e certificações detalhadas das suas operações, sem a possibilidade de dedução fiscal de despesas relacionadas com subornos. Além disso, as empresas deverão abster-se de condutas cuja criminalização é recomendada por essas convenções, tais como corrupção privada, má gestão de bens no setor privado, uso indevido

⁹⁸ Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (a propósito do projeto de diretiva do parlamento europeu de 10/3/2021)», 33.

de licenças e subsídios públicos, enriquecimento ilícito, branqueamento de capitais, suborno de funcionários públicos nacionais, estrangeiros e de organizações internacionais públicas, tráfico de influências e obstrução da justiça em casos de corrupção. Por fim, as empresas são obrigadas a divulgar publicamente informações e atividades relacionadas ao combate à corrupção.

A inclusão dos marcos anticorrupção, juntamente com os direitos humanos e a proteção do ambiente, como parte do dever de diligência, significa que, na proposta de diretiva, o interesse social é determinado pelo institucionalismo. Consequentemente, as empresas devem conduzir as suas atividades e as relações com filiais, subsidiárias e parceiros de negócios, tendo em conta não apenas os interesses dos acionistas, mas também os interesses das partes que podem ser afetadas pelas suas operações. Neste contexto, as ações empresariais de prevenção e controlo da corrupção deixam de ser responsabilidade social voluntária para se tornarem um dever legal no âmbito da governança corporativa, com implicações jurídicas.

O dever de diligência anticorrupção abrange tanto as empresas quanto os administradores, inclusive, eventualmente, os de facto. As empresas serão responsáveis civilmente pelos danos resultantes do incumprimento do dever de diligência anticorrupção nas suas próprias operações, bem como nas operações das filiais, subsidiárias e parceiros na cadeia de valor. Poderá também haver a aplicação extraterritorial da responsabilidade civil em determinados casos, o que poderá facilitar a compensação das vítimas da corrupção, o que ainda não acontece de modo eficaz a nível global. Além disso, poderão ser aplicadas sanções administrativas às empresas.

Os administradores também terão o dever de diligência anticorrupção (incluído nos direitos humanos), e o dever de prestação de contas perante o conselho administrativo. Esse dever poderá ser cobrado tanto em sede da ação da sociedade quanto em ação de responsabilidade civil. Notavelmente, em caso de dano, a apuração da responsabilidade dos administradores e fiscalizadores perante a sociedade empresarial o cumprimento do dever de diligência anticorrupção será determinante no âmbito da *business judgement rule*. Assim, a governação das sociedades passará a incluir o dever de diligência anticorrupção das empresas e dos administradores. Em outras palavras, a inclusão do dever de diligência anticorrupção na lei como um mecanismo para prevenir e controlar a corrupção no âmbito da governação das sociedades criará responsabilidade jurídica para empresas e administradores.

Em resumo, a diretiva do dever de diligência da sustentabilidade empresarial representa um marco significativo na luta global contra a corrupção e na governação das sociedades. Isto obrigará tanto as empresas como os administradores a prevenir e controlar a corrupção em todas as suas operações, incluindo filiais, subsidiárias e parceiros comerciais. Isso não apenas cria uma obrigação legal, mas também aumenta a consciencialização sobre a importância do combate à corrupção no contexto da governança corporativa. Com a adoção desta diretiva, esperam-se avanços significativos na promoção da transparência, responsabilidade e integridade nas práticas empresariais, contribuindo assim para um ambiente empresarial mais ético e sustentável.

A POSITIVAÇÃO DAS NORMAS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS EM INSTRUMENTO INTERNACIONALMENTE VINCULATIVO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanosAmbiente/12

Roberta Mourão Donato*

Resumo: Empresas multinacionais têm atuação global nas mais diversas áreas e segmentos. Dada a inexistência de legislação internacional vinculante para regulamentar a sua atuação, excessos foram cometidos por algumas empresas, culminando, inclusive, em grandes desastres. Procura-se normatizar essas ações por diversas vertentes: empresarialmente discute-se a Responsabilidade Social das Empresas e em termos internacionais a criação de códigos de *soft* e *hard law* no âmbito de diversas organizações intergovernamentais internacionais. Atualmente, na Organização das Nações Unidas, negocia-se a criação de um Instrumento Juridicamente Vinculativo para regulamentar empresas e direitos humanos.

Palavras-chaves: *Business and Human Rights Law*; Direitos Humanos; Direito Penal Internacional; Meio ambiente, Social e Governação; Personalidade jurídica de empresas multinacionais; Responsabilidade Social das Empresas.

Abstract: Multinational corporations have a global presence in the most diverse areas and segments. Given the inexistence of international binding legislation to regulate their behavior, wrongs have been made by some companies, causing massive disasters. There is a pursuit to legislate these actions through different areas: businesswise through the Corporate Social Responsibility and in international terms through the creation of codes of soft and hard law in the domain of international intergovernmental organizations. Nowadays, at the United Nations, there is a negotiation process for the creation of a Legally Binding Instrument to Regulate Business and International Human Rights.

Keywords: Business and Human Rights Law, Corporate Social Responsibility Environmental, social and governance; Human Rights; International Criminal Law; Legal Personality of Multinational corporations.

Introdução

Com a globalização, a redução das barreiras comerciais e o incentivo aos investimentos internacionais, as empresas transnacionais operam em diversos países seguindo as regulamentações locais (muitas vezes débeis e insuficientes). Empresas que, nos seus países sede, agem conforme os padrões (sociais, normativos e éticos) ditados por aqueles países, muitas vezes não agem da mesma forma nos países com regulamentação e sistema legal menos desenvolvidos. Essas empresas,

* Doutoranda em Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigadora colaboradora no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ORCID 0000-0001-7365-5751.

por vezes, atuam através de filiais ou de empresas terceirizadas, de forma a garantir o fluxo da contratação sem serem responsáveis por toda a atividade local. Incidentes trabalhistas e acidentes ecológicos graves aconteceram e impactaram a vida de diversas comunidades em todo o mundo (como os derramamentos de petróleo na Nigéria, litigados em *Okpabi vs. Royal Dutch Shell*), levando a sociedade a questionar qual seria uma forma de regulamentar a atividade destas empresas, com processos de *due diligence*, de forma a evitar novos incidentes e, caso estes aconteçam, como responsabilizá-las, compensando as vítimas dos danos e permitindo efetivo acesso à prestação jurisdicional.

Casos como aqueles poderiam ser evitados se as empresas adotassem diferentes procedimentos, inclusive considerando o impacto das suas atividades nas comunidades onde atuam, bem como no meio ambiente – nomeadamente nos *stakeholders* (ou partes interessadas). Discussões sobre como fazer as empresas elevarem os seus padrões de conduta internacionalmente vêm acontecendo há alguns anos (bem como tentativas de regulamentar suas atividades, por meio de instrumentos de *soft law* e de *hard law*).

Há uma vertente extremamente positiva na atuação das empresas multinacionais. Quando estas iniciam as suas atividades em alguns países geram empregos, desenvolvimento por meio de atividades relacionadas, abertura de escolas, centros de formação, unidades de saúde, desenvolvimento de infraestruturas, sendo responsáveis por grande transformação económica e social. Há interesse para que continuem atuando como agentes propulsores de desenvolvimento e crescimento económico, mas é necessário regulamentar as suas atividades. Atualmente esta regulamentação tem sido exercida por meio de legislações nacionais com efeitos extraterritoriais¹, códigos de condutas (de *soft law*) e por meio da Responsabilidade Social das Empresas (*Corporate Social Responsibility – CSR*).

Discute-se se a *CSR* é voluntária, moral, ou se há uma obrigatoriedade jurídica dos administradores das sociedades em exercê-la. A questão torna-se ainda mais complexa ao analisarmos situações de risco provocadas por filiais ou empresas subcontratadas, que são muitas vezes isentas de responsabilidade por ausência de ligação direta com o acontecimento. Como responsabilizar as empresas e os seus administradores pelas atividades ocorridas em terceiros países e em empresas que não estão diretamente sob o seu controlo? Como conciliar os interesses dos acionistas (*shareholders*) com os interesses das partes interessadas pela atividade da empresa multinacional (trabalhadores, comunidades locais, fornecedores e clientes) – os chamados *stakeholders*? Poderiam estes voluntariamente (ou seja, sem existir uma lei que os comande) elevar o *level playing field* para que haja uma maior proteção de direitos nas áreas de meio ambiente, social e governação de sociedades (*environment, social and governance – ESG*) e como fazer isso conciliando os interesses dos *stakeholders* com os interesses dos *shareholders*, aos quais têm a obrigação de proteger e “entregar” lucros.

A procura das empresas por *outsourcing* dos seus processos de fabricação tendo em vista a redução de custos em países com menor regulamentação tem sido cada vez menos socialmente

¹ Somente em áreas específicas, como o *Foreign Corrupt Practices Act* dos EUA e o *UK Bribery Act* 2010.

aceite. Estaria a *race to the bottom* com os dias contados a partir do momento em que há uma discussão de *enforcement* das obrigações de responsabilidade social das empresas (até então obrigações morais ou voluntárias) com a positivação destas em legislações regionais e internacionais que visam elevar os padrões de proteção dos direitos humanos, bem como com a tendência das empresas a realizarem *due diligence* em toda a sua cadeia de valor? Regulamentar formas de as vítimas buscarem auxílio para exercerem os seus direitos de forma plena e com fácil acesso jurisdicional é muito importante, face às diferentes normas processuais (e de direito internacional privado) de cada ordenamento jurídico.

Por a *CSR* ser tida como uma área de cumprimento voluntário, alguns autores diferenciam-na da área de *Business and Human Rights* (uma das subáreas dos Direitos Humanos). Esta supriria, então, a lacuna deixada pela *CSR*, tornando as obrigações que eram previamente voluntárias em obrigatorias e regidas por instrumentos normativos de *hard law*, com força de lei, prevendo, inclusive, sanções aquando da sua não observância.

1. A responsabilidade social das empresas

A responsabilidade social das empresas foi conceitualizada como “englobando expectativas económicas, legais, éticas e discricionárias que uma sociedade tem de organizações em um dado ponto no tempo”². Estas expectativas têm aumentado nos últimos anos – padrões produtivos e de serviços pouco cuidadosos atualmente não são mais aceites.

Segundo Coutinho de Abreu:

Empresas (sobretudo societárias) “responsáveis socialmente” são as que visam, de modo voluntário, contribuir para a coesão social-geral e o equilíbrio ecológico (para lá da tradicional finalidade egoístico-lucrativa). Isto passa, designadamente, ao nível interno (empresarial), pela melhoria da situação dos trabalhadores e por reduções na exploração de recursos naturais, nas emissões poluentes ou na produção de resíduos, e, ao nível externo, pela (maior) consideração pelos interesses das comunidades locais (onde as empresas operam), dos parceiros comerciais, fornecedores, clientes, etc.³

Ainda segundo Coutinho de Abreu “a responsabilidade social das sociedades ou empresas liga-se a deveres “morais”, a dever-ser não heteronomamente imposto e vinculativo cuja não observância pode motivar censura social, mas não a aplicação de sanções jurídicas”⁴. Há, hoje, um clamor público, social e de marketing para que as empresas assim ajam. Não há, entretanto, sanção imposta às empresas que não procedam de acordo com os preceitos ditados nas regras morais da *CSR*. A partir do momento em que há lei, e esta vincula a empresa, não há necessidade

² CARROLL, 1979 apud Christine MALLIN, *Corporate Governance*, 6.^a ed., Glasgow: Oxford University Press, 2019, 178. (tradução livre).

³ Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial: Das Sociedades*, 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021, 294.

⁴ V. Jorge Manuel Coutinho de ABREU, «CSR – «Responsabilità» senza responsabilità (legale)?», *Giurisprudenza Commerciale*, Milano: Giuffrè Editore, 46/6 (2019), 1088-1095, 1088/1.

de falarmos em uma atuação “socialmente responsável” – esta seria a solução mais objetiva para a questão: criar preceitos legais que obriguem as empresas a agirem de determinada forma.

Na ausência de obrigatoriedade legal, os *stakeholders* não podem reivindicar juridicamente que uma empresa atue da forma “correta”, ética ou socialmente responsável, até mesmo porque esta elevação de padrões ocorre a um alto custo para as empresas, e, agir desta forma infringiria as obrigações legais dos administradores das empresas para com os seus acionistas⁵. O que temos visto no presente são discursos (puramente voluntários) de adesão a códigos de conduta socialmente responsáveis que nem sempre se refletem em ações reais⁶.

Como obrigar os administradores a agirem de forma alinhada com seus discursos ou com códigos de valores, dado serem estes muitas vezes puramente para marketing empresarial? Como fazer com que estas ações consideradas de interesse dos *stakeholders* se tornem vinculativas para as sociedades? Existe um conflito para o administrador de uma sociedade que, por um lado, deve atender aos interesses dos *shareholders* e tornar a sociedade mais lucrativa, reduzindo, portanto, custos de produção, e, por outro lado, atender aos interesses dos *stakeholders*, o que poderia aumentar os custos da sociedade e levar a um menor lucro para os *shareholders*? No emblemático caso *Dodge v. Ford Motor Co.* a Suprema Corte do Michigan decidiu que Ford deveria distribuir dividendos aos acionistas, ao invés de gastar este dinheiro com trabalhadores e socialmente, reduzindo o preço dos carros, para torná-los mais acessíveis à população em geral. A Corte decidiu que a Ford deveria distribuir os lucros, pois o objetivo final da empresa é gerar lucro para os seus acionistas⁷.

No debate entre a visão institucionalista e monística do interesse social da empresa, tradicionalmente havia prevalência do entendimento da visão monística: “o interesse da sociedade é o interesse comum dos sócios enquanto tais”⁸. Todavia, alguns instrumentos legislativos proclamam pela visão institucionalista, em que o interesse social é interesse dos *stakeholders* de forma abrangente. Exemplos desses seriam: *Section 172(1)* do *Companies Act* de 2006 do Reino Unido⁹,

⁵ Jorge Manuel Coutinho de ABREU, «CSR – «Responsabilità» senza responsabilità (legale)?», 1088-1095.

⁶ Os representantes da *Business Round Table* emitiram uma declaração de novo propósito para as corporações americanas, redefinindo o seu propósito para uma “economia que serviria a todos os americanos”, não somente os acionistas das grandes corporações. Passariam, então, a investir também nos *stakeholders*: consumidores, empregados, fornecedores, comunidades e acionistas, explicando que este investimento é a única forma de ser bem-sucedido em longo prazo. BUSINESS ROUNDTABLE. *Corporate Governance: Business Roundtable redefines the purpose of a corporation to promote 'an economy that serves all Americans'*. Ago. 2019, [consult. 09 Out. 2023]. Disponível em: <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>. De acordo com Dorothy S. LUND, dias após esta declaração, Jeff Bezos revogou benefícios médicos e de saúde para trabalhadores em tempo parcial da empresa Whole Foods (subsidiária da Amazon), em «Corporate Finance for Social Good» *Columbia Law Review*, 121/5 (2021) 1617-1658.

⁷ DODGE V. FORD MOTOR CO. 204 Mich. 459, 170 N.W. 668 (1919) in William A. KLEIN/J. Mark RAMSEYER/Stephen M. BAINBRIDGE, *Business Associations: Agency, Partnerships, and Corporations*. Sixth Edition, Foundation Press, Thomson West, 2006, 288-293. A decisão completa está disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/3965>.

⁸ Jorge Manuel Coutinho de ABREU, «CSR – «Responsabilità» senza responsabilità (legale)?», 1092/I.

⁹ COMPANIES ACT 2006. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/172>.

artigo 64.º, n.º 1, alínea b do CSC¹⁰ e parágrafo único do artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas do Brasil¹¹¹². Para além disso, há responsabilidades adicionais de apresentação de relatórios de atividades não financeiras das empresas para compreensão das ações empresarias que prezam pelo interesse institucionalista.

Gerar lucro para os acionistas é a finalidade principal das empresas. Estas interagem com diversas partes interessadas numa comunidade, nomeadamente com o governo, trabalhadores, empresas locais, organizações não governamentais e de forma ampla, com o meio-ambiente. E, para evitar relações predatórias e os conflitos acima mencionados, seria ideal a existência de uma regulamentação que obrigasse os administradores a agirem não por meio de um código voluntário de conduta, mas conforme a lei.

2. A regulamentação da responsabilidade social das empresas por meio da área de *Business and Human Rights* ou do Direito Penal Internacional

Dada a explicação de Coutinho de Abreu acerca da voluntariedade do cumprimento das normas de *CSR*, resta analisarmos uma forma para que as obrigações que sufragamos sejam cumpridas pelas empresas multinacionais, se tornem obrigatórias e dotadas de sanções em caso de incumprimento. Vejamos a área de *Business and Human Rights* (BHR), subárea dos Direitos Humanos, especificamente voltada para a regulamentação da área comercial.

Para Anita Ramasastry¹³ as áreas de *CSR* e *BHR* “são como dois primos próximos, mas apresentam características muito distintas”. A área de *CSR* derivou dos estudos da área corporativa e foca “no voluntarismo corporativo e expectativas das empresas enquanto cidadãs com responsabilidades emergindo de seus papéis como parceiros sociais”¹⁴. Já a área de *BHR* deriva do trabalho de académicos e defensores da área de direitos humanos, para que haja uma formalização dos direitos e recursos legais. Seria, então, a positivação das expectativas criadas pela *CSR*, tornando os seus preceitos legalmente vinculativos ou *enforceable*. De acordo com John Ruggie:

¹⁰ DECRETO-LEI N.º 262/86 DE 2 DE SETEMBRO. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=524&tabela=leis.

¹¹ LEI N.º 6404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404 compilada.htm.

¹² O Business & Human Rights Resource Centre é responsável por estudos comparativos de avanços legislativos Europeus, e publicou uma tabela comparativa com os tipos de iniciativa e suas evoluções. BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE. *National & regional movements for mandatory human rights & environmental due diligence in Europe*. 25 de junho de 2021. [Consult. 09 Out. 2023] Disponível em: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/national-regional-movements-for-mandatory-human-rights-environmental-due-diligence-in-europe/>.

¹³ Anita RAMASAISTRY, «Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability», *Journal of Human Rights*, 14/2 (2015) 237-259.

¹⁴ CAROLL 1999 *apud* RAMASAISTRY, «Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability», 237.

The root cause of the business and human rights predicament today lies in the governance gaps created by globalization – between the scope and impact of economic forces and actors, and the capacity of societies to manage their adverse consequences. These governance gaps provide the permissive environment for wrongful acts by companies of all kinds without adequate sanctioning or reparation. How to narrow and ultimately bridge the gaps in relation to human rights is our fundamental challenge.¹⁵

As empresas multinacionais (ou transnacionais)¹⁶ atuam em diferentes sistemas jurídicos, muitas vezes estimuladas por lacunas legislativas (como seja na área tributária), incentivadas pela busca de maior quantidade e qualidade dos recursos, menor custo de mão de obra, ambientes legislativos e jurisdicionais menos regulamentados, menor proteção dos trabalhadores, menores exigências em termos ambientais e menor fiscalização estatal. Como o Estado precisa da empresa multinacional como geradora de empregos e receita tributária, ele dá incentivos fiscais e não regulamenta ou fiscaliza devidamente a atividade daquela empresa. Diante de códigos de conduta voluntários (do *CSR*) e longe de uma sociedade que efetivamente fiscalize as suas atividades, a empresa deixa de ter “incentivos” para agir conforme os “códigos”. Daí a necessidade da existência da regulamentação de *BHR* – que também pressupõe uma atividade estatal de negociação, assinatura e ratificação dos tratados internacionais que ulteriormente transporá para a sua ordem jurídica interna e fiscalizará a sua implementação.

A *CSR* foca-se no processo de tomada de decisão individual empresarial, que seria visto pelos doutrinadores de *BHR* como “uma visão à la carte dos direitos humanos”¹⁷. O papel da *CSR*, segundo Anita Ramasastry, seria a atuação da empresa de modo a torná-la engajada com a sociedade (*stakeholders*) e fazer com que ela tome decisões focadas na governança corporativa, no meio ambiente e na sociedade. Já o *BHR* regulamenta os Estados, para que estes supervisionem se as empresas estão respeitando os direitos humanos regulamentados¹⁸.

Note-se que não se está a dizer que a *CSR* seria ineficaz. Algumas empresas agem voluntariamente da “forma correta” (o que poderá ser impulsionado pela pressão social e dos consumidores).

¹⁵ John Gerard RUGGIE, *Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights : report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 2008. [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/625292?ln=en>.

¹⁶ Mazzuoli diferencia os termos empresa multinacional e empresa transnacional. “Entende-se por transnacionais as empresas constituídas sob as leis de determinado Estado e que têm representações ou filiais em dois ou mais países, neles exercendo seu controle, acionário ou contratual, ainda que o seu capital provenha de um único Estado ou de uma única pessoa. Multinacionais, por sua vez, são as empresas cujo capital provém de mais de um Estado, podendo ser bilaterais (com capital proveniente de dois países) ou multilaterais (com capital proveniente de três ou mais Estados)”. V. Valério de Oliveira MAZZUOLI. *Curso de Direito Internacional Público*, 7^a ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 458. Neste trabalho usaremos ambos os termos de forma indistinta, tendo em vista a utilização destes pelas organizações internacionais e seus instrumentos normativos de *soft* e *hard law*.

¹⁷ Anita RAMASAISTRY, «Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability», 239.

¹⁸ Ibid, 237-259.

Em alguns casos específicos os códigos voluntários foram bem-sucedidos e resolveram conflitos entre empresas e *stakeholders*¹⁹.

Jonathan Kolieb discute qual seria o melhor tipo de instrumento para regular as operações de empresas multinacionais em âmbito internacional – em termos de proteção de direitos humanos, sua violação e formas de remediar as infrações. Ele sugere que, ao invés de regulamentar as obrigações das empresas multinacionais no âmbito da atual negociação nas Nações Unidas por meio de *BHR* (ou Direito Internacional dos Direitos Humanos), o ideal seria que esta regulamentação fosse feita categorizando-o como um tratado internacional de natureza penal (Direito Penal Internacional – *DPI*)²⁰. Neste caso o tratado teria um escopo reduzido, sendo-lhe aplicadas as regras do *DPI*, seguindo as bases da criminalização de pessoas singulares responsáveis pela infração dos direitos previstos no Estatuto de Roma²¹. Para Kolieb, menos condutas seriam criminalizadas, mas as incluídas no rol de condutas, seriam adequadamente punidas. Entre elas estariam incluídas empresas que vendem armamentos para regimes tiranos, ou que atuam buscando negócios lucrativos com grupos rebeldes em áreas de grande conflito²². O autor utiliza um argumento de John Ruggie, que entende que, para viabilizar a negociação de um tratado que regulamenta *BHR*, este deve ter um escopo limitado e somente regulamentar as mais notórias violações de direitos humanos²³. Poderiam, então, ser responsabilizados os líderes corporativos²⁴.

¹⁹ Como o *Kimberley Process* (criação de um processo de certificação para diamantes – neste caso com participação governamental <https://www.kimberleyprocess.com/>); *Fair Labor Association* (criação de standards, monitoração de fábricas e verificação de *compliance* relativa a regras trabalhistas – <https://www.fairlabor.org/>) e *Global Network Initiative* (com a criação de uma plataforma com princípios e *guidelines* para auxiliar empresas que atuam na área de tecnologia da informação e comunicação <https://globalnetworkinitiative.org/>) *passim* Anita RAMASASTRY, «Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability», 237-259.

²⁰ Jonathan KOLIEB, «Advancing the Business and Human Rights Treaty Project Through International Criminal Law: Assessing the Options for Legally-Binding Corporate Human Rights Obligations», *Georgetown Journal of International Law*, 50/4 (2019) 789-838.

²¹ O autor enfatiza que o *DPI* também deva criminalizar a cumplicidade, explicando que: «*Given that allegations of corporation human rights abuses frequently revolve around the material assistance and/or encouragement provided to government actors or other private actor who then perpetrate crimes and grave human rights abuses, this is of particular relevance. By creating legally binding obligations for corporations in relation to established norms of ICL, a BHR treaty could end corporate impunity for these most egregious international crimes*». Jonathan KOLIEB, «Advancing the Business and Human Rights Treaty Project Through International Criminal Law: Assessing the Options for Legally-Binding Corporate Human Rights Obligations», 808.

²² Para Theilbörger e Ackermann é interessante a aplicação de *DPI* aos crimes empresariais, lembrando, inclusive, que houve uma tentativa em 1998 pelo governo francês e das ilhas Salomón de incluir na Jurisdição do Tribunal Penal Internacional pessoas coletivas em nome de quem tenham sido cometidos crimes. V. Pierre THEILBÖRGER / Tobias ACKERMANN, «A Treaty on Enforcing Human Rights Against Business: Closing the Loophole or Getting Stuck in a Loop? » *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Wntr 24/1 (2017) 43-79, 59.

²³ RUGGIE, 2013 apud KOLIEB, «Advancing the Business and Human Rights Treaty Project Through International Criminal Law: Assessing the Options for Legally-Binding Corporate Human Rights Obligations», 797.

²⁴ KOLIEB, «Advancing the Business and Human Rights Treaty Project Through International Criminal Law: Assessing the Options for Legally-Binding Corporate Human Rights Obligations», 804. O autor também aborda a possibilidade de estruturar o tratado como de Direito Humanitário Internacional, por ter finalidade semelhante

Entende-se que enquadrar as infrações de direitos humanos no rol de crimes previstos pelo DIP seria desprezar os demais tipos de infração, que, por serem menos graves, não deixam de ter impacto social também relevante. Os atos dos executivos de empresas multinacionais já podem ser, pela legislação atual, enquadrados nos tipos penais previstos no Estatuto de Roma, nomeadamente crimes: contra a humanidade, genocídio, de guerra e de agressão (os quais são de difícil enquadramento). Há violação de direitos com maior ou menor severidade. Enquadrar o novo tratado em DIP desconsideraria a existência das violações de menor severidade, que devem ser regulamentadas. Desta forma, a escolha pela área de *Business and Human Rights* é a mais adequada para as condutas previstas no atual texto em discussão na ONU.

3. Aplicabilidade das normas de direito internacional a empresas multinacionais

Para Jonathan Kolieb, a conexão entre direitos humanos e empresas não se faz naturalmente, em contraste com o quanto natural esta conexão se faz com os seres humanos. Há interesses diversos em jogo. Também não se fala frequentemente em responsabilidade corporativa, tendo em vista que os instrumentos atualmente em “vigor” são instrumentos de *soft law* – prescritivos de condutas voluntárias e socialmente aceites a serem realizadas pelas empresas e seus colaboradores.

Para Nicola Jägers as empresas multinacionais impactam os direitos humanos de diversas formas, podendo diretamente violar os direitos humanos, violar indiretamente (quando apoiam regimes políticos não democráticos) ou influenciar positivamente os direitos humanos, aumentando padrões de vida e “elevando o respeito por direitos económicos, políticos e culturais”²⁵.

Para Mazuolli, as empresas transnacionais não são sujeitos de Direito Internacional Público (DIP), sendo somente atores (são atores todos os que participam da sociedade internacional sem deterem personalidade jurídica de DIP, como também as organizações não governamentais). O autor defende que, apesar do impacto da participação das empresas na economia e sociedade internacional, estas não têm capacidade jurídica para concluir tratados internacionais e demais atos com outros sujeitos de DIP. Desta forma:

aos dois anteriormente tratados. E assim os diferencia: “*The three bodies of law are related, yet distinct. The overarching goals of ICL may be similar to IHRL and IHL, namely the safeguarding of human dignity and international peace and security (...). Yet they serve different purposes and are addressed to different primary audiences. IHL prohibits certain conduct during wartime and is primarily directed at regulating the conduct of military personnel on the battlefield; IHRL instruments emphasize that the primary obligations to uphold inviolable fundamental rights of all human beings rests upon the states. These sets of international laws are focused squarely on the “prescription of norms for the protection of the individual in peace and war”. Neither body of law extensively criminalizes conduct that breaches its provisions nor establishes procedures and tribunals to punish transgressors*”.

KOLIEB, «Advancing the Business and Human Rights Treaty Project Through International Criminal Law: Assessing the Options for Legally-Binding Corporate Human Rights Obligations», 806.

²⁵ Nicola JÄGERS, «The Legal Status of the Multinational Corporation Under International Law» in Michael K. ADDO, *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*. Boston: Kluwer Law International, 1999, 259-272, 260.

mesmo que se lhes atribua capacidade postulatória, continuarão a ser vedados a tais transnacionais os benefícios e privilégios inerentes à condição de sujeito (formal de Direito Internacional Público, como a celebração de tratados internacionais, o acesso aos tribunais internacionais do porte da CIJ, etc. Mas não se pode negar que tais empresas exercem influência direta sobre os Estados (principalmente os menos favorecidos economicamente) e, portanto, sobre o próprio Direito Internacional em alguns campos. De fato, não são poucos os acordos que tais empresas concluem com governos estrangeiros (principalmente os de concessão). Tais acordos, apesar de não serem regulados pelo Direito dos Tratados, abrem espaço para que tais empresas sejam reconhecidas, para além da sua qualidade de atores das relações internacionais, ao menos como sujeitos não formais do direito das gentes²⁶.

Para Nicola Jägers somente são responsáveis internacionalmente entidades que são consideradas sujeitos (apesar deste conceito ser uma ficção elaborada pelos próprios Estados e poder ser por estes modificado a qualquer momento, como foram incluídos os indivíduos como sujeitos de direito internacional dos direitos humanos). Esta ficção permite aos sujeitos serem sujeitos de direitos e de obrigações. Há a atribuição de personalidade jurídica de forma expressa ou tácita (nesta com a permissão para execução de atos específicos dos sujeitos de DIP). Ora, as empresas multinacionais já são sujeitos de direitos em esfera internacional (em especial com relação aos tratados sobre investimento internacional permitindo às empresas arbitrarem as suas disputas com os Estados). Falta permitir que sejam sujeitos em relação aos deveres (com relação a estes somente há deveres para normas de *soft law*, não vinculativas, o que, factualmente, corresponde à inexistência de obrigações). E complementa com a possibilidade de que exista a personalidade: *“legal personality can be the result of a combination of treaty provisions and recognition by other international persons”*²⁷. Mas reconhece que neste momento ainda não há mecanismo para responsabilizar as empresas multinacionais por infrações a direitos humanos. Temos internacionalmente interesse político para criar a personalidade jurídica de DIP, permitindo que empresas multinacionais sejam demandadas em tribunais internacionais e possam também neles demandar?

Para Thielborger e Ackermann, poucos doutrinadores entendem que as empresas têm obrigações relacionadas com tratados de direitos humanos. Outros sugerem “um novo regime institucional baseado em elementos estatais e não estatais, mas isto parece ser mais uma proposta para uma nova ordem legal do que a descrição de uma ordem já existente”²⁸. As empresas têm enumeradas diversas obrigações, para benefício das pessoas, nos diversos instrumentos e áreas de direito internacional (direito do trabalho internacional, direito ambiental internacional, legislação anticorrupção, podendo até sofrer sanções da ONU), mas não possuem este mesmo enquadramento em termos de direitos humanos. Thielborger e Ackermann²⁹ discutem como uma provável forma de tornar os direitos humanos executáveis para as empresas multinacionais a criação de um

²⁶ Valério de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, 459.

²⁷ Nicola JÄGERS, «The Legal Status of the Multinational Corporation Under International Law», 263.

²⁸ Pierre THEILBÖRGER / Tobias ACKERMANN, «A Treaty on Enforcing Human Rights Against Business: Closing the Loophole or Getting Stuck in a Loop?», 54.

²⁹ Ibid.

Tribunal Internacional especializado nas demandas específicas desta área. Segundo os autores, seria simples os Estados concederem jurisdição ao novo tribunal para julgar empresas multinacionais. No entanto, os mesmos autores defendem a desnecessidade de legislação vinculativa (*hard law*), o que soa como um contrassenso. Seria a nova corte criada para julgar casos somente baseados em *soft law*? Outro ponto a ser considerado é que se vários Estados não aceitam submeter-se à jurisdição de tribunais internacionais há muito existentes, como aceitariam agora submeterem as suas empresas à jurisdição do tribunal proposto por aqueles autores?

E, finalizando, Kolieb defende a aplicação das normas de DIP às empresas³⁰. O Estatuto de Roma já se aplica a indivíduos, tendo este “jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional”³¹ quando estas pessoas cometerem alguns dos crimes enumerados no Estatuto. Seriam então os administradores das empresas, responsáveis pelos processos de tomada de decisões, passíveis de serem processados no Tribunal Penal Internacional.

Entendemos que serem as empresas multinacionais atores ou sujeitos de direito internacional depende da vontade dos Estados, sujeitos originários de DIP. Caso estes tenham interesse, empresas multinacionais poderão passar a ter deveres na esfera internacional (tal como os indivíduos passaram a ser sujeitos de direitos humanos e como as empresas multinacionais passaram a ser sujeitos de direitos na esfera internacional). Neste momento, não há vestígios de uma personalidade de direito público derivada para as empresas multinacionais.

Seria necessário tornar as empresas multinacionais sujeitos de DIP para atingir o objetivo de os seus atos, independentemente do local onde foram praticados, serem julgados pelos tribunais dos países onde está situada a sua sede (normalmente países com sistemas jurídicos mais consolidados e defensores dos direitos humanos)?

4. A regulamentação internacional das normas de ESG

Nos últimos anos houve inúmeras tentativas de se regulamentar a atuação das empresas multinacionais. Códigos de conduta eram comumente aceitos, mas leis propriamente ditas ou tratados não recebiam grande receptividade por parte da comunidade internacional – em especial por “pressão” das empresas multinacionais e de países receosos que a regulamentação em termos

³⁰ Como no julgamento Industrialist Trials apud KOLIEB, «Advancing the Business and Human Rights Treaty Project Through International Criminal Law: Assessing the Options for Legally-Binding Corporate Human Rights Obligations», 823. No mesmo sentido “A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva n. 18/03, embora não tenha se manifestado acerca da responsabilização internacional das empresas, referiu-se à “eficácia horizontal dos direitos humanos”, imputando aos Estados o dever de assegurar que os atores privados respeitem os direitos humanos. V. INTERAMERICAN COURT H. R. apud, Melina Girard FACHIN, «Business and Human Rights: Shared Value and Responsibilities», *Brazilian Journal of International Law* 17/1, April 2020, 325-340.

³¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL, *Estatuto De Roma Do Tribunal Penal Internacional*. [Consult. 09 Out. 2023] Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documents/instrumentos/estatuto_roma_tpi.pdf.

de proteção de direitos humanos e meio ambiente viesse a reduzir o volume do investimento estrangeiro nestes países.

A primeira tentativa intergovernamental de formular um código de conduta para empresas transnacionais iniciou-se em 1977 com a criação, no âmbito das Nações Unidas, do *Center on Transnational Corporations*³². Este intento, o *UN Draft Code of Conduct of Transnational Corporations*³³, focava em investimentos e terminou em 1990, tendo recebido a oposição de empresas e governos (num ambiente de conflitos da Guerra Fria). Em 2000 foram publicados os Princípios para Empresas Multinacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE), que somente na sua primeira revisão, em 2011, passaram a abordar os direitos humanos³⁴. O Pacto Global das Nações Unidas (*United Nations Global Compact*) foi uma iniciativa de Kofi Annan em Janeiro de 1999 para promover um comportamento global para negócios responsáveis.³⁵ A iniciativa é descrita como um fórum para “aprendizagem, diálogo e parcerias”, havendo mais de 14 mil *stakeholders* como membros³⁶.

Em 2003 foram publicadas pela Subcomissão de Promoção de Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas as “Normas sobre Responsabilidades de Empresas Transnacionais e outras entidades empresariais sobre Direitos Humanos”³⁷. As Normas receberam oposição do setor privado, que as viu como uma “privatização dos direitos humanos”³⁸ – processo em que se retiraria a proteção dos direitos humanos da competência estatal, seu sujeito originário de acordo com o Direito Internacional, entregando esta competência às empresas. Em Abril de 2004 a Comissão de Direitos Humanos da ONU não aprovou o documento, por falta de “*legal standing*”.

Em 2011 foram publicados os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos³⁹ (PONU ou *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights UNGP*) implementando a estrutura tripartite da Organização das Nações Unidas “Proteção, Respeito e

³² UN INTELLECTUAL HISTORY PROJECT 2009 apud Anita RAMASASTRY, «Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability», 331-352.

³³ Karin BUHMANN, «Corporate Social Responsibility and Business Responsibilities for Human Rights», *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 25/4, (2007) 331-352.

³⁴ Anita RAMASASTRY, «Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability», 331-352 e OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, (2011), OECD Publishing. [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264115415-en>.

³⁵ Bridgitte HAMM, «The Struggle for Legitimacy in Business and Human Rights Regulation – a Consideration of the Processes Leading to the UN Guiding Principles and an International Treaty», *Human Rights Review*, 23 (2022) 103-125.

³⁶ UN GLOBAL COMPACT. *The Ten Principles of UN Global Compact*, [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

³⁷ UNITED NATIONS. *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights*, 2003, [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em <<https://digitallibrary.un.org/record/501576>>.

³⁸ PARELLA 2017 apud HAMM, «The Struggle for Legitimacy in Business and Human Rights Regulation – a Consideration of the Processes Leading to the UN Guiding Principles and an International Treaty», 110.

Recurso" (em inglês "*Protect, Respect and Remedy*")³⁹. Estes foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU na Resolução 17/4, de 16 de Junho de 2011⁴⁰. Estas normas foram aceites e legitimadas pela comunidade internacional, por terem sido construídas num processo inclusivo⁴¹. Os três pilares dos Princípios são: 1 – A Obrigação dos Estados de proteger os direitos Humanos; 2 – A Responsabilidade Empresarial de Respeitar os Direitos Humanos; e 3 – Acesso a Recursos. Há o entendimento de que o processo de construção das UNGP por John Ruggie foi um processo coletivo realizado com consulta a países, empresas e *stakeholders* globalmente localizados. O processo foi tido como "inclusivo e transparente"⁴². Questionamos se o motivo de a aceitação de empresas e de tantos países aos Princípios se deve ao facto de eles não serem de cumprimento obrigatório.

Enquanto os instrumentos acima mencionados são de cumprimento voluntário por parte das empresas (e dos Estados), por serem guias de conduta ou princípios, entende-se que há a necessidade de regulamentar esta área por meio de um instrumento jurídico que seja legalmente vinculativo⁴³⁴⁴. Desta forma, em 26 de Junho de 2014 foi adotada a Resolução 26/9 do Conselho dos Direitos do Homem das Nações Unidas⁴⁵, criando um Grupo de Trabalho intergovernamental aberto sobre empresas transnacionais e outros tipos de empresas no âmbito dos direitos humanos. O objetivo da criação do grupo de trabalho foi a elaboração de um "Instrumento Internacional Juridicamente Vinculativo para Regulamentar as Atividades de Empresas Transnacionais e de Outro Tipo de Empresas no que diz Respeito aos Direitos Humanos" ("Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational

³⁹ UNITED NATIONS. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>.

⁴⁰ UNITED NATIONS. *Resolution 17/4 Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises*, dated 16 June 2011, [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em: <https://www.undocs.org/en/A/HRC/RES/17/4>.

⁴¹ HAMM, «The Struggle for Legitimacy in Business and Human Rights Regulation – a Consideration of the Processes Leading to the UN Guiding Principles and an International Treaty», 103-125.

⁴² HAMM, «The Struggle for Legitimacy in Business and Human Rights Regulation – a Consideration of the Processes Leading to the UN Guiding Principles and an International Treaty», 103-125.

⁴³ Neste sentido "In modern international law 'voluntary codes of behavior need to be given 'teeth 'by being made enforceable in the event that they are breached" JONGE, 2011 *apud* Dmitry IVANOV / Maria LEVINA, «Prospects of International Legal Cooperation of States under U.N. Auspices in Developing a Treaty of Transnational Corporations and other business enterprises with respect to Human Rights». *BRICS Law Journal*. VIII/1 (2021) 136-161, 143.

⁴⁴ Surya DEVA discute que os princípios e o instrumento jurídico vinculativo devam ser complementares, podendo um preceder o outro ou coexistir em um mix político, o que ele denomina complementariedade substantiva. DEVA, Surya, «The UN Guiding Principles' Orbit and Other Regulatory Regimes in the Business and Human Rights Universe: Managing the Interface». *Business and Human Rights Journal*, 6/2 (2021) 336-351.

⁴⁵ UNITED NATIONS. *Elaboration of an internationally legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, UN Resolution 26/9 UN Doc. A/HRC/RES/26/9. Geneva, Switzerland, 2014, [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/res/26/9>.

*Corporations and Other Business Enterprises*⁴⁶ (LBI). O grupo já se reuniu oito vezes, sendo as sessões direcionadas a deliberações para construção de “conteúdo, âmbito, natureza e forma do instrumento a ser elaborado”⁴⁷, discussão dos elementos que deveriam ser incluídos na primeira minuta e discussões dos conteúdos das minutas. Em julho de 2023 foi publicada a terceira versão atualizada da minuta – O *Third Updated Draft*.

Inicialmente a União Europeia não apoiou a criação de um documento internacionalmente vinculativo. A manifestação a favor da participação da União Europeia na negociação do instrumento vinculativo da ONU sobre empresas transnacionais no âmbito dos direitos humanos⁴⁸ aconteceu em debates ocorridos em 2018, momento em que a União Europeia passou a ter uma participação mais ativa nas negociações⁴⁹.

O Parlamento Europeu, ao solicitar que a União Europeia continuasse a seguir o processo de negociação do Instrumento Vinculativo das Nações Unidas (mesmo sem lhe conceder mandato para negociação) discutiu pontos importantes, entre eles que os Estados devem garantir o cumprimento dos direitos humanos⁵⁰ e que as empresas transnacionais são um dos maiores participantes na globalização económica, serviços financeiros e comércio internacional, tendo,

⁴⁶ O documento encontra-se em fase de negociação e a última versão disponível em julho de 2023 é a terceira versão atualizada. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises. Updated draft*, [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-updated-draft-lbi-clean.pdf>.

⁴⁷ Na página eletrônica do Alto Comissário das Nações Unidas para o Direito do Homem encontra-se o histórico do processo de negociação do acordo até a presente data, todas as versões de *drafts*, bem como o histórico de participações durante as rodadas de negociação. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session7/Pages/Session7.aspx>.

⁴⁸ Os Debates aconteceram em 2 de outubro de 2018, e os comentários – em sua maior parte a favor da participação da União Europeia na negociação – podem ser visualizados no endereço eletrônico: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-8-2018-10-02-ITM-012_PT.html. A decisão do Parlamento Europeu a favor da participação no processo de negociação em nome da União Europeia, apesar da não concessão de um mandato de negociação, pode ser visualizada em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0382_EN.html.

⁴⁹ HAMM, «The Struggle for Legitimacy in Business and Human Rights Regulation – a Consideration of the Processes Leading to the UN Guiding Principles and an International Treaty», 103-125.

⁵⁰ F. “*whereas States should fulfil their human rights obligations within their territory and/or jurisdiction; whereas States should set out clearly the expectation that obligation to protect implies regulating to ensure that all business enterprises domiciled in their territory and/or jurisdiction respect human rights throughout their operations, including through their subsidiaries, controlled companies and entities in their supply chain worldwide*” em PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu, de 4 de outubro de 2018, sobre o contributo da UE para um instrumento vinculativo da ONU sobre empresas transnacionais e outras empresas com características transnacionais no âmbito dos direitos humanos (2018/2763(RSP))*. Contributo da UE para um instrumento vinculativo da ONU sobre empresas transnacionais no âmbito dos direitos humanos. 4 de Outubro de 2018, [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0382_PT.html, letra F.

por vezes, um rendimento maior que o PIB de alguns Estados⁵¹. São também responsáveis por grandes incumprimentos legislativos, bem como violações e abusos de direitos humanos e direitos de grupos vulneráveis (entre eles, grupos indígenas, mulheres e crianças). Sendo elas atores tão relevantes, devem respeitar direitos humanos e cumprir as legislações nacionais e internacionais. Os grandes grupos multinacionais devem, então, ser determinantes na promoção de “direitos humanos, democracia, patamares ambientais e responsabilidade social das empresas”⁵². No mesmo sentido da discussão acima mencionada acerca da participação da União Europeia na construção do instrumento vinculativo na ONU, o Parlamento Europeu adotou a resolução de 10 de Março de 2021, que “contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial (2020/2129(INL) – a Diretiva⁵³. Em fevereiro de 2022 a Comissão Europeia apresentou a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade⁵⁴. Em junho de 2023 o Parlamento Europeu introduziu alterações à proposta. Após diversas reuniões políticas e do Comité de Representantes Permanentes, a proposta foi novamente alterada, para garantir a sua aprovação pelo Conselho e pelo Comité de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu (JURI) em 19 de março. A proposta final da diretiva foi votada em abril pelo plenário do Parlamento Europeu⁵⁵, tendo sido adotada em 13 de junho de 2024 e publicada em 5 de julho⁵⁶, entrando em vigor no 20.º dia após a sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia. Os Estados membros terão até julho de 2026 para transporem a diretiva. Os prazos para aplicação das medidas serão os previstos no artigo 37.º.

Note-se que, quando a Diretiva e se o LBI entrar em vigor, será necessário adaptar parte da legislação empresarial, com vista a regulamentar o processo decisório da administração e dos acionistas acerca da participação empresarial em atividades de maior risco no estrangeiro, pois estas poderiam gerar responsabilidade civil para a empresa e os seus administradores.

⁵¹ Há um *Draft Report*, datado de 2 de out. 2023 do Comitê dos Assuntos Externos do Parlamento Europeu que solicita uma participação mais ativa da União da Europa na negociação do LBI, inclusive dada a compatibilidade e complementaridade deste com os recentes desenvolvimentos normativos da EU. EUROPEAN PARLIAMENT. *Shaping the Eu's position on the UN binding instrument on business and human rights, in particular on access to remedy and the protection of victims* (2023/2018(INI)), [Consult. 11 Out. 2023]. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/AFET-PR-751807_EN.pdf

⁵² Ibid.

⁵³ PARLAMENTO EUROPEU, *Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021*, [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52021IP0073>, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial.

⁵⁴ COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937*, [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF

⁵⁵ Este trabalho foi submetido em março de 2024 e atualizado em setembro de 2024.

⁵⁶ A Diretiva (UE) 2024/1760 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859 está disponível no sítio eletrônico [L_202401760PT.000101.fmx.xml](https://eur-lex.europa.eu/L_202401760PT.000101.fmx.xml) (europa.eu).

É de fundamental importância que os instrumentos regionais e globais, nomeadamente a Diretiva e o LBI estejam em consonância, sendo instrumentos jurídicos complementares para garantir a efetiva prevenção e *enforcement*, responsabilização e acesso à justiça para as pessoas afetadas.⁵⁷ Caso somente a Diretiva entre em vigor, pode haver desvio de comércio entre os países e empresas que não tenham a intenção de cumprir com as normas de maior exigência. Contrariamente, ao negociar-se um tratado internacional (por mais que seja de adesão voluntária), existe a possibilidade de todos os países a esta norma aderirem, cumprindo o seu objetivo primordial: a defesa dos direitos humanos e o meio ambiente por meio da boa governança empresarial. Outro ponto a se analisar é que, ao se regular questões regionalmente, forma-se uma série de normas com padrões diferentes de regulamentação, mantendo a possibilidade de as empresas se aproveitarem de *regulatory gaps*. A importância de um tratado internacional é que este pode estipular um padrão mínimo a ser seguido por todos os países – daí a comunidade internacional fará pressão para que os Estados adiram àquela norma.

5. Considerações finais

Empresas multinacionais têm livre circulação pelo mundo. Atuam onde lhes é mais conveniente, economicamente mais viável e onde terão mais vantagens no seu processo produtivo e de prestação de serviços. Em alguns casos, infelizmente, esta atuação não vem acompanhada pelas melhores práticas empresariais, pois traz consequências danosas para a comunidade onde se instalaram, para o meio ambiente e para os trabalhadores. O Estado onde a empresa se instala é que deveria regular as atividades, fiscalizá-las e, caso necessário, sancionar atuações desconformes com a legislação. Ocorre que, devido às deficiências em sistemas políticos, legislativos e judiciais, somadas à dependência da geração de negócios, empregos e capital trazido pelas empresas multinacionais, o Estado se torna ineficiente. Vem-se discutindo há muitos anos a criação de uma legislação internacional que padronize os direitos e deveres daquelas multinacionais em todos os países. Empresarialmente há essa atuação por meio da área de Responsabilidade Social da Empresa, que, por ser de cumprimento voluntário, nem sempre obtém os resultados necessários, podendo, inclusive, trazer punições aos administradores que as adotem, por redução dos lucros. Códigos de conduta foram negociados, mas, tal como a *CSR*, não possuem efeito vinculativo. A negociação de um tratado internacional no âmbito da ONU é a alternativa mais interessante

⁵⁷ CIDSE, et all. *Global Solutions to global problems: why EU legislation and a UN instrument on corporate accountability must be complementary*. Outubro de 2021, [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em <https://www.cidse.org/wp-content/uploads/2021/10/Briefing-Why-EU-legislation-and-a-UN-instrument-on-corporate-accountability-must-be-complementary.pdf>. Neste sentido sugere a EUROPEAN NETWORK OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS uma participação mais extensiva da UE no processo de negociação da ONU, com obtenção de mandato formal para negociação. European Network of National Human Rights institutions. *ENNHRI Statement to the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. 1º nov. 2021, [Consult. 09 Out. 2023]. Disponível em: https://ennhri.org/wp-content/uploads/2021/10/ENNHRI-statement_to-OEIGWG_consult.pdf.

para atingir o propósito, de forma a ter um instrumento único, ao qual todos os Estados possam aderir e, consequentemente, uniformizar esta matéria internacionalmente. Um instrumento regional, como a Diretiva da União Europeia, apesar de sua enorme amplitude e importância, não terá um âmbito de aplicação mundial e poderá causar um desvio do comércio para latitudes onde o mesmo não se aplica e possam beneficiar os interesses dos *shareholders* em detrimento dos *stakeholders*. Certa e seguramente, para atingir os objetivos propostos, terá que ser negociado um LBI com a maior adesão possível de todos os Estados no processo negocial e que se aplique universalmente.

DA DIRETIVA EUROPEIA SOBRE DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS: EFEITO BRUXELAS E OS GUARANI-KAIOWÁS DA REGIÃO DE DOURADOS-MS

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanosAmbiente/13

Ana Flávia Trevizan*

Leonardo Ferreira Mendes**

Resumo: A Diretiva da União Europeia relativa ao dever de diligência das empresas é um marco regulamentar que possui importantes dispositivos aptos a reduzir os riscos e efeitos nas questões de direitos humanos e ambiente. É um “instrumento horizontal” aplicável à cadeia de atividade e veio como complementação ao ordenamento existente, como, por exemplo, o *Regulation on deforestation-free products* (EUDR). Pelo fato de a União Europeia (UE) ter um mercado único consolidado e de grande relevância internacional, assim como órgãos bem estruturados, as regulamentações em matéria comercial e ambiental têm a capacidade de transbordar seus efeitos para terceiros países, sendo conhecido como Efeito Bruxelas. Por ser a UE a segunda maior parceira comercial do Brasil, os efeitos dessas regulamentações podem o alcançar, reverberando no campo comercial ou, como no dever de diligência, irá reverberar também na questão ambiental. Os Guarani-Kaiowás se localizam na região de Dourados-MS, localidade conhecida por sua alta produção agrícola, e enfrentam graves violações de direitos humanos e ambientais. De modo a somar nessa luta, o Efeito Bruxelas vem influenciar cenários brasileiros e modificar a realidade enfrentada por essa comunidade no sentido de ser mais um instrumento a ser utilizado.

Palavras-chave: Cadeia de atividade; influência legislativa; sustentabilidade ambiental.

Abstract: The European Union's Corporate Due Diligence Directive is a regulatory framework with important provisions to reduce the risks and effects on human rights and environmental issues. It is a “horizontal instrument” applicable to the supply chain and complements existing legislation, such as the Regulation on Deforestation-free Products (EUDR). Since the European Union (EU) has a consolidated single market of great international relevance, well-structured bodies, trade, and environmental regulations can spill over to third countries, known as the Brussels Effect. As the EU is Brazil's second-largest trading partner, the effects of these regulations can reach Brazil, reverberating in the commercial field or, as with the duty of care, will also reverberate in environmental matters. The Guarani-Kaiowás are located in the region of Dourados-MS, a place known for its high agricultural production, and face serious violations of human and environmental rights. In order to add to this struggle, the Brussels Effect is influencing Brazilian scenarios and changing the reality faced by this community in the sense of being another instrument to be used.

Keywords: Supply chain; legislative influence; environmental sustainability.

* CENSE – Centre for Environmental and Sustainability Research, Faculdade de Ciéncia e Tecnologia da Universidade Nova de Lisboa, Portugal. ORCID 0000-0003-4365-6053.

** Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. ORCID 0000-0002-2396-3622.

1. Introdução

O presente artigo visa trazer à luz uma análise objetiva temporal sobre a diretiva europeia sobre dever de diligência e os possíveis reflexos regulatórios no Brasil, de modo específico nos povos Guarani-Kaiowás, em Mato Grosso do Sul (MS).

A região em análise se localiza no centro-oeste do Brasil e possui perfil eminentemente de produção agropecuária, de produtos primários, como soja, algodão, milho, cana-de-açúcar. No linguajar popular, é uma localidade conhecida como “celeiro do mundo”. Todas essas particularidades fazem com que as comunidades tradicionais, a exemplo dos Guarani-Kaiowás, sofram pressões em seus territórios e efeitos adversos diretos e indiretos advindos das grandes monoculturas e latifúndios produtores de *commodities*.

Nesse sentido que o transborde (*spillover*) das regulamentações europeias vem a somar na luta por direitos humanos e ambientais. Como o *Regulation on deforestation-free products* e a nova diretiva sobre a devida diligência, as empresas que queiram continuar inseridas no mercado europeu deverão amoldar a novas práticas de sustentabilidade social e ambiental. Assim, o Efeito Bruxelas se torna um instrumento a mais na busca pela implementação dos direitos humanos e de salvaguarda do meio ambiente.

2. Devida Diligência – Novo regulamento europeu em discussão

O comportamento das empresas em todos os setores da economia é fundamental para que a União Europeia seja bem-sucedida na transição para uma economia verde e com impacto neutro no clima, em consonância com o Pacto Ecológico Europeu¹ e na consecução dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas². Na atual quadra de progressão das mudanças climáticas e de ultrapassagem de 6 dos 9 limites para funcionamento seguro do planeta³, se mostra necessário aplicar processos abrangentes de attenuação dos efeitos negativos em matéria de direitos humanos e ambientais nas suas cadeias de atividade.

O fato é que a UE possui um enorme poder no que se refere às possibilidades de influência global em tudo no que concerne à responsabilidade socioambiental, notadamente por ser um dos maiores mercados consumidores globais e por possuir legislações e regramentos uniformes e vinculativos aos países do bloco⁴. E exatamente por contar com tamanho poder de influência,

¹ UNIÃO EUROPEIA, COMISSÃO EUROPEIA, *Pacto Ecológico Europeu*, 11-12-2019. [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640..>

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: 17 objetivos para transformar o nosso mundo*, 2015.

³ Katherine RICHARDSON, *et al*, «Earth beyond six of nine planetary boundaries», *Science Advances*, 9/37 (2023) eadh2458.

⁴ Mária ANTOŠOVÁ / Adriana CSIKÓSOVÁ, «Influence of European Union Policy to Corporate Social Responsibility», *Procedia Economics and Finance*, 23 (2015) 733–737.

possui também enormes responsabilidades no controle de externalidades negativas relativas às atividades econômicas com as quais interage⁵.

Previdentemente a uma assunção cada vez maior de responsabilidades pela UE, tem-se um número crescente de empresas, em especial as grandes corporações, que estão a utilizar o dever de diligência nas cadeias de atividade como instrumento para identificar os riscos e reforçar a resiliência a alterações repentinas em referidas cadeias⁶, tudo a fim de tirar proveito de eventual vantagem competitiva atual ou futura.

Mas em sentido inverso, algumas empresas da UE têm sido associadas a efeitos negativos nos direitos humanos⁷ e no ambiente, nomeadamente nas suas cadeias de atividade. Os efeitos negativos incluem, em especial, questões relacionadas com os direitos humanos, como o trabalho forçado, o trabalho infantil, situações inadequadas de saúde e segurança no local de trabalho, a exploração dos trabalhadores e os efeitos ambientais, como as emissões de gases com efeito de estufa, a poluição⁸, a perda de biodiversidade e a degradação dos ecossistemas.

Tendo como norte as responsabilidades referidas, a UE criou uma diretiva a respeito do dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade⁹. A referida diretiva complementa o *Regulation on Deforestation-Free Products* (EUDR)¹⁰, introduzindo um dever de diligência na cadeia de atividade relacionada com atividades que não são abrangidas pelo regulamento relativo aos produtos não associados à desflorestação, mas que podem conduzir direta ou indiretamente à desflorestação.

No contexto do Pacto Ecológico Europeu, a governança sustentável empresarial surgiu em meio às regulamentações de Plano de Ação para a Economia Circular, da estratégia para a Biodiversidade, da estratégia do Prado ao Prato, da Atualização da Nova Estratégia Industrial de

⁵ Joachim A. KOOPS / Gjovalin MACAJ, «Introduction: The European Union as a Diplomatic Actor», in: Joachim A. KOOPS / Gjovalin MACAJ, Orgs., *The European Union as a Diplomatic Actor*, London: Palgrave Macmillan UK, 2015, 1–10.

⁶ PROPOSTA DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA AO DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE E QUE ALTERA A DIRETIVA (UE) 2019/1937, 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52022PC0071>.

⁷ Philipp WESCHE / Miriam SAAGE-MAASS, «Holding Companies Liable for Human Rights Abuses Related to Foreign Subsidiaries and Suppliers before German Civil Courts: Lessons from Jabir and Others v KiK», *Human Rights Law Review*, 16/2 (2016) 370–385.

⁸ Jillian AMBROSE, «Europe's banks helped fossil fuel firms raise more than €1tn from global bond markets», *The Guardian*, 2023.

⁹ DIRETIVA (UE) 2024/1760 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 13 de junho de 2024, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859, 2024. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L_202401760.

¹⁰ REGULAMENTO (UE) 2023/1115 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 31-05-2023, relativo à disponibilização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal e que revoga o Regulamento (UE) n.º 995/2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023R1115>.

2020, tendo como objetivo solidificar o mercado único europeu e elaborar uma estratégia de financiamento visando economia mais sustentável¹¹.

No que tange à proposta de diretiva sobre dever de diligência das empresas, o artigo 1.º define o objeto da diretiva, ou seja, estabelece regras sobre as obrigações em matéria de dever de diligência por parte das empresas no que diz respeito aos efeitos negativos reais e potenciais em matéria de direitos humanos e ambiente, no que diz respeito às suas próprias operações, às operações das suas filiais e às operações de seus parceiros comerciais na cadeia de atividades. Ainda, estabelece obrigação de um plano de mitigação às mudanças climáticas, visando limitar o aquecimento global em 1,5 °C.

Já o artigo 2.º define quais empresas europeias ou de Estados terceiros estarão vinculados pela diretiva. Os principais elementos preconizados pela norma se referem a quantidade de trabalhadores e valor do volume de negócios. Na versão original da proposta de diretiva, eram elencadas expressamente a agricultura e a pecuária dentre as atividades vinculadas pela diretiva (artigo 2.º, 1, “b”, II). Entretanto, o Comitê de Representantes Permanentes, em março de 2024, fez uma série de alterações à proposta de diretiva, sendo que uma delas excluiu a menção expressa a atividades de agricultura e pecuária, embora tais atividades ainda possam ser enquadradas nas demais normas do artigo 2.º, caso preencham os requisitos para tal. Infelizmente, quando em comparação com o texto original, certamente a alteração enfraqueceu a proteção de bens jurídicos socioambientais.

No artigo 3.º são elencadas as definições. Dentre elas, destacam-se, para efeitos do presente estudo, o disposto no artigo 3.º, “b”, “c” e “d”, que referem a efeitos negativos ambientais e de direitos humanos. Nesse ponto, a norma remete ao anexo que, por sua vez, especifica como identificar normativamente as violações de direitos humanos e ambientais.

Ressalte-se que o disposto no item “c”, terceira parte¹², gera déficits de proteção, mormente tendo em conta que pela redação da norma, quanto maior e mais complexa a operação, maiores serão as possibilidades de escusas da empresa alegando a impossibilidade de ter antevisto o risco e/ou a efetiva violação de direitos ambientais e humanos da cadeia de atividade. Entretanto, apesar da norma ter enfraquecido sobremaneira o caráter preventivo, ainda resta possível ações repressivas, vez que caso devidamente informada de eventual violação, a empresa terá obrigação de imediatamente tomar providência junto à sua cadeia de atividades.

O mesmo artigo terceiro traz uma série de definições imprescindíveis a fim de aplicação das normas quanto às empresas que se encontrarão vinculadas à diretiva, a exemplo dos termos “cadeia de atividades” e “parceria empresarial”, dentre outros. Nesse ponto, verifica-se que a alteração do elemento “cadeia de valor”, da proposta original, por “cadeia de atividades”,

¹¹ UNIÃO EUROPEIA, COMISSÃO EUROPEIA, *Pacto Ecológico Europeu*, 11-12-2019.

¹² *Ipsa litteris*: “a empresa pudesse razoavelmente ter previsto o risco de esse direito humano poder ser afetado, tendo em conta as circunstâncias do caso específico, incluindo a natureza e a extensão das operações comerciais da empresa e da sua cadeia de atividades, as características do setor económico e o contexto geográfico e operacional”.

bem como do conteúdo de referidas conceituações, também enfraqueceu a proteção a bens socioambientais da proposta de diretiva, quando comparada com o texto original, notadamente por excluir da responsabilidade das empresas as atividades dos parceiros comerciais a jusante quanto a atividades de “distribuição, transporte e armazenamento do produto sujeitos ao controle de exportação nos termos do Regulamento (UE) 2021/821 do Parlamento Europeu e do Conselho ou ao controle de exportação relacionado a armas, munições ou materiais de guerra, após a autorização de exportação do produto”.

O artigo 5.º exige que os Estados-Membros assegurem que as empresas exerçam o dever de diligência em matéria de direitos humanos e ambiente, no sentido de identificar efeitos negativos, potenciais e reais, prevenir, fazer cessar e reparar danos decorrente de tais efeitos negativos, estabelecer um procedimento de reclamação e avaliar a eficácia das medidas adotadas.

Tais normas têm o condão de oferecer um mecanismo de defesa aos povos tradicionais do Brasil e, especificamente, aos Guarani Kaiowás.

3. Estudo de caso: Produção agrícola em Dourado-MS

A região de Dourados-MS é um importante polo do agronegócio brasileiro. Por se tratar de uma região de solo altamente fértil, com a chamada “terra roxa”,¹³ possui grande produtividade agrícola, sendo por tais motivos um dos principais produtores de grãos do Brasil, em especial de soja e de milho.

Segundo dados da então Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar (SEMAGRO), órgão do Estado de Mato Grosso do Sul, no ano de 2020 a cidade de Dourados foi o município sul-mato-grossense com o segundo maior volume de exportações¹⁴. A maioria da exportação se refere a produtos derivados da soja, a saber, farelo de soja, óleo de soja e soja *in natura*¹⁵. Em documento mais recente (agosto de 2023), Dourados permanece como segundo maior exportador entre os municípios de MS e o produto mais exportado pelo Estado continua sendo a soja¹⁶.

Um estudo do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso do Sul, referente aos Municípios da área de abrangência do Campus de Dourados (relativo aos Municípios

¹³ Bruno Ferreira CAMPOS / Edvaldo César MORETTI, «A problemática ecológico-territorial da política dos polos de desenvolvimento/crescimento (1970-1980): A agricultura industrial e o processo de urbanização de Dourados/MS», *Anais do XVII Congresso Internacional do Fórum Universitário do Mercosul*, 2019.

¹⁴ ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, Secretaria de Estado de meio-ambiente, desenvolvimento econômico, produção e agricultura familiar, *Carta de Conjuntura nº 62*, 2020. [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: <https://www.semadesc.ms.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/Setor-Externo-Dezembro-2020-1.pdf>.

¹⁵ Priscilla PERES, «Investimento industrial transforma Dourados no segundo maior exportador de Mato Grosso do Sul», *Comunicação SEMAGRO*, 2021. [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: <https://www.semadesc.ms.gov.br/investimento-industrial-transforma-dourados-no segundo-maior-exportador-de-mato-grosso-do-sul/>.

¹⁶ ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, Secretaria de meio-ambiente, desenvolvimento, ciência, tecnologia e inovação, *Carta de Conjuntura do Setor Externo nº 94*, 2023. [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: https://www.semadesc.ms.gov.br/wp-content/uploads/2023/09/202308_COMEX_CARTA_DE_CONJUNTURA.pdf.

de Caarapó, Deodápolis, Douradina, Dourados, Fátima do Sul, Glória de Dourados, Itaporã, Jateí, Maracaju, Rio Brilhante e Vicentina), no mesmo sentido dos relatórios referidos acima, demonstra que a grande matriz produtiva da macrorregião de Dourados são a soja, o milho e seus derivados (óleo e farelo) e que a União Europeia é um dos grandes consumidores dos produtos agrícolas produzidos na região¹⁷.

Segundo dados obtidos junto ao COMEX Stat¹⁸, nos últimos 5 anos, as exportações para a União Europeia, com origem nos municípios acima, foi na ordem de aproximadamente 740 milhões de dólares americanos em produtos relacionados à soja e ao milho e de quase 20 milhões de dólares americanos em produtos relacionados à cana de açúcar¹⁹. Ressalte-se que a área dos municípios em referência equivale a apenas 5,86% do espaço territorial do Estado de Mato Grosso do Sul e 0,24% do território do Brasil, o que demonstra a magnitude dos valores frente a uma porção territorial relativamente pequena.

Apesar do grande influxo de dinheiro advindo da venda das *commodities* em referência, o fato é que o cultivo intensivo realizado na região, em verdadeiro formato de agroindústria, acaba por trazer consigo um grande passivo social. Isso porque boa parte das terras empregadas para o cultivo de grãos e/ou suas adjacências eram ou ainda são ocupadas por povos tradicionais, notadamente os indígenas de etnia Guarani-Kaiowá. E o modelo de manejo praticado pela gama majoritária dos produtores acaba por trazer consequências nefastas às suas formas de fazer e viver, conforme será detalhado na seção abaixo.

4: Da vulnerabilização dos Guarani-Kaiowás de Mato Grosso do Sul em decorrência das práticas agrícolas: contextualização

A região do cone-sul de MS, na qual a macrorregião de Dourados está inserida, conta com uma grande população indígena, notadamente das etnias Nhandeva, Kaiowá e Terena. A própria história da atual configuração das etnias presentes na região, especialmente dos Terena, demonstra as tentativas históricas de enquadramento dos povos indígenas e das suas terras aos interesses agroeconômicos de ocasião.

Os povos Nhandeva e Kaiowá habitam a região do cone-sul de MS desde os tempos de pré-colonização²⁰. Inclusive, os povos Kaiowá e Nhandeva descendem de um ramo comum do povo

¹⁷ INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÉNCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL, *Campus Dourados em números: dados e informações sobre a área de abrangência para mapeamento do Arranjo Produtivo Local*, Campo Grande: Instituto Federal de Educação, Ciéncia e Tecnologia de Mato Grosso do Sul, 2020. [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: [@download/file/Estudo%20Campus%20Dourados.pdf](https://www.ifms.edu.br/centrais-de-conteudo/documentos-institucionais/areas-de-abrangencia/estudo-de-dourados.pdf).

¹⁸ O Comex Stat um sistema para consultas e extração de dados do comércio exterior brasileiro. São divulgados mensalmente os dados detalhados das exportações e importações brasileiras, extraídas do SISCOMEX e baseados na declaração dos exportadores e importadores.

¹⁹ BRASIL, Comex stat, *Relatório de Exportações pelos Municípios da Macrorregião de Dourados*, Brasil: SISCOMEX, 2023. [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: <http://comexstat.mdic.gov.br/pt/municipio/93694>.

²⁰ Aline Castillo CRESPE / Célia Foster SILVESTRE, «Tekoha, Nhande Reko, Kokue: o território como condição para a produção de alimentos e do modo de vida bom e belo entre os Kaiowá e os Guarani», in Levi Marques

Guarani, tendo surgido em decorrência das tentativas de parte dessa população indígena de fugir do contato com os colonizadores²¹.

Após os incentivos de colonização Leste-Oeste por parte da coroa portuguesa, do Brasil império e, mais recentemente, da República brasileira e dos programas de colonização Oeste-Leste por parte do Paraguai, os indígenas Guarani e Kaiowá acabaram por terminar espremidos em reservas indígenas²², cujo tamanho é incompatível com suas formas culturais de fazer e viver. Agrava ainda mais a situação o fato da área do cone-sul de MS ser faixa de terra vermelha, extremamente fértil e produtiva, economicamente muito rentável para a agroindústria dos monocultivos.

Tal espécie de organização espacial é em muito diferente dos hábitos culturais e territoriais dos Guarani e Kaiowá, que possuem uma ligação com o território muito diferente da lógica do “homem branco”. A ligação com a terra é espiritual, de local de vida, moradia, obtenção de alimento e de onde viveram seus ancestrais. Para referir a tal sentido plurissignificativo, é empregado o termo *tekoha*, da língua guarani, que tem um sentido polissêmico, pois faz referência simultaneamente ao lugar de vivência, ao tempo em que se viveu naquele lugar, à forma de viver dos antigos e às possíveis formas de viver como os antepassados²³.

Em decorrência do quadro exposto, tem-se que nos dias atuais as áreas indígenas da região são encruraladas pelos grandes monocultivos sucroalcooleiro, de soja e de milho. Do ponto de vista social, antropológico e econômico o que se verifica é uma grande produção de riquezas nas mãos de poucos grandes latifundiários, a criação de empregos aos moradores não-indígenas da região que desenvolvam atividades econômicas relacionadas ao agronegócio local e a disseminação da miséria às populações indígenas que ali vivem.

No que se refere a este último ponto, tem-se que o modelo de agronegócio desenvolvidos, que prestigia o emprego de monocultura de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) e que por isso são mais resistentes a pragas e ao uso de agrotóxicos, acaba por inviabilizar as formas de fazer e viver dos indígenas locais, que dependem das plantas crioulas, que por sua vez são frágeis frente aos agroquímicos utilizados nas propriedades lindéiras e menos competitivas do ponto de vista biológico-ambiental²⁴.

Os problemas **sociais, ambientais e econômicos** advindos do quadro relatado são gravíssimos.

Do ponto de vista **social**, gerou uma série de conflituosidades decorrentes da miséria. A monocultura que impede os hábitos ancestrais dos indígenas locais, acaba obrigando parte da

PEREIRA, et al., Orgs., *Saberes, sociabilidades, formas organizacionais e territorialidades entre os Kaiowá e os Guarani em Mato Grosso do Sul*, Dourados, Brasil: UFGD Editora, 2018, 141-155, 142.

²¹ *Ibid*, 142-143.

²² Graciela CHAMORRO, «Povos indígenas guarani falantes no atual Estado de Mato Grosso do Sul (séculos XVI-XXI)», in Graciela CHAMORRO / Isabelle COMBÉS, *Povos indígenas em Mato Grosso do Sul: história, cultura e transformações sociais*, Dourados: Editora UFGD, 2018, 293-322, 304.

²³ Aline Castillo CRESPE / Célia Foster SILVESTRE, «Tekoha, Nhande Reko, Kokue: o território como condição para a produção de alimentos e do modo de vida bom e belo entre os Kaiowá e os Guarani», 143.

²⁴ Martina MEDINA, «Agrotóxico: uma praga no Brasil – o veneno que escorre nas aldeias», Projeto Colabora, 2022. [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: <https://projetocolabora.com.br/ods12/agrotoxicos-veneno-que-escorre-nas-aldeias/>.

população, incentivados pela fome e falta de acesso a bens existenciais mínimos, à adoção dos hábitos culturais do “homem branco”, com paulatino abandono das tradições culturais ancestrais de convivência harmônica com o meio ambiente circundante. A tentativa de imitar os hábitos culturais acaba levando ao uso de terras indígenas para monocultura, com consequente não-aceitação por parte dos indígenas que tentam preservar sua cultura ancestral, notadamente pelo fato das práticas do atual modelo de agronegócio significarem grave afronta à *tekoha*²⁵.

A falta de políticas sociais efetivas, de medidas governamentais de regulação, controle e fiscalização do emprego de OGMs²⁶ e agrotóxicos levam à falta de comida, de acesso a água potável, vez que os corpos de águas locais estão contaminados por agroquímicos²⁷, o que gera conflitos sociais internos, aumentando as várias formas de violência²⁸ e levando a um aumento desproporcional da população indígena encarcerada, quando comparada com o percentual em relação à população total²⁹. Ressalte-se que a situação é tão grave que já foi objeto de medidas cautelares por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através das Resoluções 47/2019 e 50/2022.

Já nos fins da década de 80, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, da ONU, já enunciava a degradação ambiental como forte fator de desestabilização social, por meio do incremento da miséria e da destruição do território de vivência, mediante criação de verdadeiros refugiados ambientais. Referiu-se à degradação ambiental como a maior causa de conflitos entre nações, marginalização de setores da população e submissão delas à violência e como rede de causalidades catalizadora de conflitos. Ressaltou que pobreza, injustiça e degradação ambiental interagem de formas complexas e potentes, gerando refugiados ambientais³⁰.

Do ponto de vista **ambiental**, as práticas atualmente empregadas pelo agronegócio levam à contaminação do ar, da água, do solo e das plantas por agroquímicos, gerando a mortandade de animais, extinção de espécies, impondo a lógica da sede em uma região riquíssima em água e levando à contaminação humana por agroquímicos. Os produtos empregados, a forma de

²⁵ A título de exemplo, em local próximo a Dourados: Vandreza AMANTE, «Nhandes é acusada de bruxaria por evangélicos de Amambai (MS)», *Catarinas*, 2021. [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: <https://catarinas.info/nhandes-e-acusada-de-bruxaria-por-evangelicos-de-amambai-ms/>.

²⁶ Martina MEDINA, «Agrotóxico: uma praga no Brasil – o veneno que escorre nas aldeias».

²⁷ Teresa Itsumi MASUZAKI, «A luta dos povos Guarani no extremo oeste do Paraná», *PEGADA – A Revista da Geografia do Trabalho*, 16 (2015), 75-88.

²⁸ Reconhecendo, em parte, a realidade narrada: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS / COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Resolución 47/2019: Medida Cautelar n.º 458-19*, 29-09-2019, [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2019/47-19mc458-19-br.pdf>.

²⁹ Marco Antônio ALMEIDA / Karla MENDES, «Super-representação dos Kaiowá e Guarani no Sistema Penitenciário: um pedaço da Austrália em Mato Grosso do Sul», in Neyla MENDES / Emerson MERHY / Paulo SILVEIRA, Orgs., *Extermínio dos excluídos*, [s.l.]: Rede Unida, 2019.

³⁰ WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT – UNITED NATIONS, *Our Common Future, From One Earth to One World*, 1987, 240. [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>.

pulverização e a distância dos aglomerados humanos são impróprios para evitar contaminação das plantas, animais e da população local³¹.

A respeito, causam perplexidade narrativas como a de Getúlio de Oliveira, conhecido rezador da Reserva Indígena de Dourados que, após ter a casa de reza incendiada, teve que importar sapé (uma espécie de capim) de mais de 240 quilômetros de distância, vez que os herbicidas da monocultura praticamente levaram à extinção referida espécie na região³². Ressalte-se que a espécie, antes abundante, é tradicionalmente empregada na cobertura das residências indígenas e auxilia na regulação térmica interna da moradia. Hoje, quem pretenda utilizar o capim que antes era abundante e gratuito, deve pagar R\$ 15,00 (quinze reais) por um feixe que não cobre nem um metro quadrado de área ou então recorrer ao uso de lonas³³.

A prática da monocultura como produtora de riquezas, na verdade, é algo incerto e carente de estudos. Isso porque, do ponto de vista **econômico**, é facilmente mensurável os valores arrecados com a venda dos produtos do agronegócio. E isso é sim, do ponto de vista econômico-contabilístico, um ativo. Entretanto, não existe estudo algum que faça a *evaluation* do que se perde na região de Dourados com esse modelo de produção agrícola em termos de bens e recursos ambientais. Quais são os custos efetivos da produção em modelo de monocultura de OGMs em termos de perda de diversidade biológica na região que, para além do valor ambiental, possuía valor atual ou potencial futuro de exploração econômica? Qual é o valor do passivo ambiental decorrente da contaminação do ar, da água e do solo da região? Quais são os custos que isso gera para a saúde humana e de que forma impactam no sistema de saúde local? Quais as externalidades negativas e como as quantificar?

É preciso vislumbrar, ainda, a necessidade de incremento e maiores gastos de programas sociais, em especial relacionados à assistência social, relacionados ao empobrecimento das populações indígenas que vivem nas ilhas circundadas pelas grandes monoculturas³⁴.

Pior ainda, em certo aspecto, as consequências dessa forma de produção agrícola, na verdade gera o deslocamento de riqueza das populações indígenas para as mãos dos poucos detentores de latifúndios locais, vez que sua forma de cultivo gera o empobrecimento econômico das terras indígenas quando considerado a finalidade de uso: as formas de fazer e viver das populações locais que, ao fim e ao cabo, também possuem valor econômico e tecnologia decorrente de conhecimento tradicional agregado³⁵.

³¹ Marcelo Pretto MOSMANN / Letícia ALBUQUERQUE / Isabele Bruna BARBIERI, «Agrotóxicos e direito humanos no contexto global: o Brasil em risco de retrocesso?», *Revista de Direito Internacional*, 16/2 (2019) 151-167. [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rdi.v16i2.6107>.

³² Martina MEDINA, «Agrotóxico: uma praga no Brasil – o veneno que escorre nas aldeias».

³³ Aline Castilo CRESPE / Célia Foster SILVESTRE, «Tekoha, Nhande Reko, Kokue: o território como condição para a produção de alimentos e do modo de vida bom e belo entre os Kaiowá e os Guarani».

³⁴ Nádia HEUSI SILVEIRA, «Hambre y soberanía alimentaria entre los kaiowa y guaraní en el Brasil», *Anthropologica*, 38/44 (2020) 71-100.

³⁵ Flávio Luís Hilário REGO / Antonio Jacó BRAND / Reginaldo Brito da COSTA, «Recursos genéticos, biodiversidade, conhecimento tradicional Kaiowá e Guarani e o desenvolvimento local», *Interações (Campo Grande)*, 11/1 (2010) 55-69.

Ou seja, os modelos atuais de avaliação econômica conseguem vislumbrar facilmente os ativos, mas não computam o passivo, e esse ônus econômico não absorvido pelos produtores rurais é dividido entre as populações locais (não só a indígena) e o país todo. As externalidades negativas do modelo de negócio praticado oneram, ainda, de forma grave diversos serviços ecossistêmicos³⁶.

Em que pese o quadro referido, tem-se que a União Europeia, enquanto grande compradora dos produtos agrícolas da região possui papel importante e pode agir como fonte indutora de mudanças comportamentais, a fim de levar o agronegócio a alterar seu modelo de produção, a fim de fazer parar a lógica de destruição dos indígenas da região de Dourados.

Isso porque, nos termos do Anexo da diretiva, os fatos relatados alhures demonstram uma série de violações de normas de direitos humanos e de proteção ambiental, podendo ser elencadas as previstas no Anexo, Parte I, 1, itens 2, 3, 4, 5, 8, 15 e 16; Anexo, Parte I, 2, combinado com os arts. 7.º, 13 e subsequentes da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho. Ainda, nos termos do Anexo, Parte II, da Convenção sobre Diversidade Biológica, além de uma série de outras possíveis tipificações. Nos termos da diretiva, em decorrência do Efeito Bruxelas, os interesses econômicos do agronegócio sul-mato-grossense têm que se adequar por questões de competitividade e interesse econômico.

5. Possíveis desdobramentos do Efeito Bruxelas

A União Europeia busca se tornar potência normativa em um mundo globalizado e com mercados interconectados, a regulação se torna estratégia de poder³⁷. Parte dessa influência se consubstancia no chamado “Efeito Bruxelas”, que é o “poder unilateral da União Europeia de regular mercados globais” e “Sem a necessidade de usar instituições internacionais ou buscar a cooperação de outras nações”, detendo a UE tem a capacidade de fixar regulamentações que se tornam influenciadores do comércio mundial³⁸.

Assim, o Efeito Bruxelas enseja globalização regulamentar unilateral, onde um único bloco faz suas regulamentações refletirem na vida econômica do mercado mundial. Há três divisões dentro dessa lógica regulamentar e duas se amoldam ao presente caso, quais sejam a capacidade da UE em influenciar o conteúdo de normas, tendo atuação ativa, diplomacia reconhecida dentro das negociações internacionais multilaterais e capacidade em ser modelo normativo voluntário na comunidade internacional³⁹.

³⁶ Camila Santiago RIBEIRO / Eduardo Gonçalves Rocha, «Externalidades negativas decorrentes do uso de agrotóxicos e a insegurança alimentar: uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal», *Revista de Direito Agrário e Agroambiental*, 3/1 (2017) 23-41. [consult. 12 dez. 2024]. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdaa/article/view/https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0081/2017.v3i1.1857>.

³⁷ Laurent COHEN-TANUGI, *L'influence normative internationale de l'Union européenne, une ambition entravée*, Paris: Institut français des relations internationales, 2002, 91.

³⁸ *Ibid.* XIV.

³⁹ *Ibid.* 11.

Cinco elementos estão presentes para que o Efeito Bruxelas se materialize: tamanho do mercado; capacidade regulatória; padrões rigorosos; metas inelásticas; e indivisibilidade⁴⁰. Por ser um grande mercado, possui efeito gravitacional sobre os produtores e alta atratividade de mercado, conduzindo ao estabelecimento de padrões regulatórios dos Estados. Assim, “o poder de mercado de uma jurisdição é aprimorado quando as empresas percebem um alto valor em seu acesso a esse mercado”⁴¹.

Conceitualmente, a capacidade regulatória é “a capacidade de uma jurisdição de promulgar e fazer cumprir os regulamentos”, estando conectada à possibilidade em se promulgar regras rígidas, fator esse que engloba poder sancionatório, com autoridades que assim o façam e tornem a aplicabilidade da regulamentação eficaz⁴². Relacionado à rigidez de padrões mais ambiciosos, a vontade política é um dos mais importantes elementos do Efeito Bruxelas.

O fato de ser eficaz no cumprimento das normas, por meio de órgãos e de estrutura bem consolidada, leva os Estados-Membros a respeitarem os tratados de direito comunitário⁴³.

Alvos inelásticos consistem em “produtos ou produtores que não respondem a mudanças regulatórias e, portanto, estão vinculados a determinado regime regulatório”, vez que, os produtores que querem manter relação de comércio com a UE, devem adaptar às regulamentações europeias⁴⁴.

A indivisibilidade diz respeito à adequação das empresas multinacionais aos padrões regulatórios mais rigorosos, de modo a uniformizar sua produção para atender ao mercado mais exigente, vez que é economicamente ou tecnologicamente insustentável alterar o produto/serviço conforme o mercado com que se comercializa⁴⁵.

Analizando o Efeito Bruxelas e os possíveis desdobramentos do novo regulamento sobre a Devida Diligência, tanto no campo de direitos humanos, com diretrizes sociais, como na seara ambiental, os produtores e empresas que queiram firmar ou manter relações comerciais com a UE deverão se adaptar aos padrões de sustentabilidade exigidos.

A cadeia de atividade, termo esse enraizado na futura diretiva, se refere a ideia já implementada pelo EUDR⁴⁶ da rastreabilidade, do controle em se gerenciar os riscos e efeitos adversos que uma determinada atividade comercial possui. Logo, tendo em vista que a carne bovina e a madeira já passam pelo processo de rastreio,⁴⁷ a tendência é que não somente a origem, mas como toda a

⁴⁰ *Ibid.* 25.

⁴¹ Anu BRADFORD, *The Brussels effect: how the European Union rules the world*, New York: Oxford University press, 2020, 27.

⁴² *Ibid.* 30-34.

⁴³ Laurent COHEN-TANUGI, *L'influence normative internationale de l'Union européenne, une ambition entravée*, 20.

⁴⁴ Anu BRADFORD, *The Brussels effect: how the European Union rules the world*, 48-49.

⁴⁵ *Ibid.* 53-59.

⁴⁶ REGULAMENTO (UE) 2023/1115 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 31-05-2023, relativo à disponibilização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal e que revoga o Regulamento (UE) n.º 995/2010.

⁴⁷ Michelle Lucas Cardoso BALBINO / Thayná Lorena VIEIRA, «A rastreabilidade da cadeia produtiva como instrumento de controle-segurança às partes interessadas: o enfrentamento dos impactos em direitos humanos

cadeia de atividade seja rastreada. A obrigação de atualização anual deixa claro que os dados passarão por auditorias europeias, por meio dos “relatórios anuais” para se manter os dados atualizados, além das fiscalizações existentes no ordenamento brasileiro.

O artigo 5.º trata das obrigações em se identificar os efeitos negativos reais ou potenciais, pautados no princípio da prevenção e precaução, elemento esse que versa sobre a obrigatoriedade em se realizar estudos de impactos/riscos identificando as matrizes e possíveis matrizes de danos. Tal fator conduzirá a especialização dos profissionais, por meio de atualizações em *compliance*, além de um olhar detido às comunidades tradicionais, visando protegê-las de danos e riscos diretos e indiretos que o comércio de produtos agropecuários em MS possui. Essa poderá ser uma ferramenta de proteção aos direitos indigenistas, se a proposta mantiver a redação.

Importante previsão a diretiva traz no artigo 28 ao discorrer sobre a Rede Europeia de Autoridades de Supervisão, “constituída por representantes das autoridades de supervisão” e tendo como objetivo facilitar “a cooperação das autoridades de supervisão, bem como a coordenação e o alinhamento das práticas de regulação, de investigação, de sanções e de supervisão das autoridades de supervisão e, se for caso disso, a partilha de informações entre elas”⁴⁸. Tal previsão busca conferir efetividade aos anseios protetivos de direitos humanos e ambientais que a diretiva prevê, inclusive trazendo medidas sancionatórias, conferindo coercibilidade ao cumprimento desses direitos.

Deste modo, os direitos humanos e ambientais têm o reforço de mais um aliado em sua defesa, pois as empresas que queiram manter relações com a UE, deverão adequar seus métodos produtivos à Devida Diligência.

6. Considerações finais

Ao se analisar o perfil do Estado de MS e as particularidades de sua atividade exploratória de produtos primários, como monoculturas em grandes latifúndios de terras, que se acercam a comunidade dos Guaranis-Kaiowás, nota-se que o transborde das regulamentações europeias pode contribuir para maior sustentabilidade ambiental e garantir a sobrevivência de povos tradicionais. Ressalte-se que neste estudo houve enfoque nos Guarani Kaiowás, mas a situação por eles vivenciada não é um caso isolado no Estado brasileiro.

A obrigatoriedade que o EUDR trouxe o dever de rastrear a origem das *commodities*, assim como as previsões da nova diretiva sobre a Devida Diligência trouxe inovações no padrão de sustentabilidade. Seguramente o Efeito Bruxelas se fará presente e alcançará as empresas brasileiras que, se não se adequarem à Diretiva da Devida Diligência, terão prejudicadas suas relações comerciais com a UE. Infelizmente, parte das alterações realizadas em relação à versão original

e empresas das multinacionais no setor agropecuário no Brasil, *Altus Ciência*, 19/1 (2023) 31–50.

⁴⁸ DIRETIVA (UE) 2024/1760 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 13 de junho de 2024, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 e o Regulamento (UE) 2023/2859, 2024.

do projeto de diretiva enfraqueceram os *standards* de diligência em relação ao agronegócio, mas ainda assim, nos termos atuais, a diretiva traz importantes avanços na proteção socioambiental por parte da União Europeia e de Estados terceiros em decorrência do efeito Bruxelas.

A tendência é que haja um aperfeiçoamento dos profissionais no *compliance* com os padrões europeus e que a cadeia de atividade completa, dentro de alguns poucos anos, seja rastreada, permitindo auditoria nacional e internacional mais de perto. Com a rastreabilidade das commodities, pode ser que aumente o valor agregado, sendo esse fator muito relevante para o incremento da economia brasileira. Outrossim, com a criação do procedimento de reclamação, os povos tradicionais terão um mecanismo de índole financeiro-econômico para ver salvaguardados seus direitos de existir.

A DIRETIVA SOBRE SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL E O DEVER DE DILIGÊNCIA: *HARD LAW* E *SOFT LAW* NA AGENDA AMBIENTAL E O CASO DA SOJA BRASILEIRA EXPORTADA PARA A UE

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanoseAmbiente/14

Maria Isabel Leite Silva de Lima*

Resumo: O estudo tem como objetivo analisar a proposta de Diretiva da União Europeia sobre sustentabilidade empresarial e o dever de diligência, explorando o uso de *hard law* e *soft law* na agenda do Direito Ambiental Internacional, bem como suas características e desafios para a responsabilidade corporativa, Estados-Membros e empresas de países terceiros. São apresentados dados sobre a soja brasileira e suas exportações para a UE, além de programas e padrões voluntários de sustentabilidade em uso. Ao examinar a compatibilidade dos instrumentos de *soft law* com a Diretiva, destaca-se a necessidade de aprofundar o debate sobre como essa interação será conduzida, incluindo a definição de bases e critérios para auditorias realizadas por terceiro independente, além de avaliar se essas medidas poderão ou não causar ou não barreiras ao comércio internacional.

Palavras-chave: dever de diligência; *hard law*; padrões de sustentabilidade; responsabilidade corporativa; *soft law*; soja brasileira.

Abstract: This paper aims to analyse the European Union's Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, exploring the use of *hard law* and *soft law* in the International Environmental Law agenda, as well as their characteristics and challenges for corporate responsibility, Member States, and third-country companies. Data on Brazilian soy and its exports to the EU, as well as voluntary sustainability programs and standards currently in use, are presented. When examining the compatibility of *soft law* instruments with the proposed Directive, the discussion highlights the need to delve deeper into how this interaction will be conducted, including the definition of foundations and criteria for audits conducted by independent third parties, and assessing whether these measures may create barriers to international trade.

Keywords: due diligence; *hard law*; sustainability standards; corporate responsibility; *soft law*; Brazilian soybeans.

1. Introdução

A União Europeia (UE) tem sido protagonista para a sustentabilidade na cadeia de valor dos produtos exportados para seu território, o que vem sendo compartilhado também por consumidores cada vez mais exigentes e que buscam produtos oriundos de cadeias globais mais resilientes e sustentáveis. Os setores público e privado se tornaram mais engajados e dispostos

* Doutora em Direito Ambiental Internacional (2021/2024) e Mestre em Direito Ambiental (2016/2018) pela Universidade Católica de Santos-UNISANTOS, Santos/SP, Brasil. ORCID 0000-0001-6596-6955.

a discutir iniciativas, muitas vezes impulsionados pelos compromissos internacionais multilaterais e para o acesso a mercado consumidores externos.

Como uma das principais potências agrícolas mundiais, o Brasil é um dos maiores exportadores de soja à UE e o desafio é o aumento da produtividade e a redução de externalidades ambientais negativas, como o desmatamento ilegal em áreas de florestas de biomas sensíveis como a Amazônia e o Cerrado brasileiro. Soma-se a isso o impacto no planeta das emissões de gases de efeito estufa, o que tem colocado o agronegócio sob maior pressão.

Exemplo é a nova lei aprovada pelo Parlamento Europeu em abril de 2023, o Regulamento da UE para Produtos Livres de Desmatamento (Regulamento UE 2023/1115 – *EU Deforestation Regulation* ou EUDR)¹, que, para a defesa do clima e da biodiversidade, obrigará as empresas a garantirem que os produtos vendidos na UE não conduziram à desflorestação e nem à degradação florestal. O Regulamento incidirá sobre madeira, soja, carne bovina, cacau, café, óleo de palma, borracha e derivados.

As empresas só serão autorizadas a vender produtos na UE se o fornecedor tiver emitido uma declaração de *due diligence* a confirmar que estes não provêm de solos desflorestados nem conduziram à degradação florestal, incluindo de florestas primárias insubstituíveis, após 31 de dezembro de 2020. As empresas terão igualmente de verificar se estes produtos cumprem a legislação pertinente do país de produção, incluindo em matéria de direitos humanos, e se os direitos dos povos indígenas afetados foram e estão sendo respeitados.

De maneira semelhante, a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho (*Corporate Sustainability Due diligence Directive* – CSDDD ou CS3D)² trata do dever de diligência das empresas em matéria de direitos humanos e sustentabilidade, que deverá ser instrumento vinculativo aos Estados Membros e de aplicação obrigatória, ou seja, *hard law*.

De outro lado, não necessariamente oposto, mas de caráter complementar, *soft law* tem ganhado destaque na agenda ambiental global e, em especial no setor da soja brasileira, o que impulsionou comportamentos e resultados para o controle do desmatamento ilegal.. Por exemplo, em 2006, foi assinado pelas associações do setor um acordo voluntário de desmatamento ilegal zero, conhecido como a Moratória da Soja, resultado de negociações entre os setores público e privado, com participação da sociedade civil.

O objetivo deste *paper* é traçar um paralelo entre *soft law* e *hard law* como ferramentas para concretização da agenda ambiental no âmbito da responsabilidade corporativa e seus possíveis

¹ REGULAMENTO DESFLORESTAÇÃO, Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 19 de abril de 2023, sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disponibilização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal e que revoga o Regulamento (UE) n.º 995/2010, 2021/0366, 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELLAR%3A4d679141-e4e5-11ed-a05c-01aa75ed71a1>.

² PROPOSAL FOR A DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE AND AMENDING DIRECTIVE (EU) 2019/1937, 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52022PC0071>.

desafios, além de observar como a *soft law* pode, algumas vezes, se tornar *hard law* ou levar ao cumprimento da *hard law* pela adoção de parâmetros objetivos de verificação por auditor independente. Mecanismos que poderão auxiliar no cumprimento do dever de diligência em matéria de sustentabilidade, proposto na Diretiva CSDDD e que, em relação ao desmatamento, já será exigível pelo Regulamento da UE EUDR aprovado. A metodologia se baseou em pesquisa exploratória e qualitativa, a partir de uma revisão bibliográfica da doutrina e das normas e regulamentos sobre o tema, numa abordagem teórica e hermenêutica.

2. A proposta de Diretiva sobre sustentabilidade empresarial e o dever de diligência em padrões ambientais

2.1. Considerações gerais sobre *hard law* e *soft law* no Direito Ambiental Internacional

Em 23 de fevereiro de 2022, o Parlamento Europeu e o Conselho publicaram Proposta de Diretiva, que altera a Diretiva 2019/1937 e trata do dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade. Caso seja adotada, obrigará grandes empresas, dentro e fora da UE e que façam negócios em cifras relevantes no seu território a demonstrarem o cumprimento de deveres ambientais e de direitos humanos, sob a supervisão de autoridade a ser designada.

Em 14 de dezembro de 2023, em comunicado à imprensa³, o Conselho e o Parlamento Europeu informaram que chegaram a um acordo provisório sobre a Diretiva. O acordo fixa o âmbito de aplicação às grandes empresas que tenham mais de 500 trabalhadores e um volume de negócios líquido mundial superior a 150 milhões de euros. Para empresas de países terceiros, devem ter um volume de negócios líquido superior a 150 milhões de euros gerado na UE, três anos após a entrada em vigor da diretiva.

A Comissão terá de publicar uma lista de empresas não pertencentes à UE que se enquadram no âmbito da Diretiva. Em junho de 2024, a Diretiva (UE) 2024/1760 foi adotada pelos legisladores e publicada em 05 de julho de 2024 no Jornal Oficial da UE.

Num breve histórico do tema, inserido na ótica internacional, Bright⁴ destaca os Princípios Orientadores sobre Negócios e Direitos Humanos do Conselho de Direitos Humanos da ONU, de 2011⁵, que articularam os papéis complementares dos Estados e empresas na prevenção, abordagem e remediação de direitos humanos e representaram um padrão global de conduta

³ Informação disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/corporate-sustainability/>. [Consult 15 fev 2024].

⁴ Claire BRIGHT, «Corporate due diligence: history and future prospects », in coord., Jorge M. Coutinho de ABREU / Alexandre de Soveral MARTINS / Rui Pereira DIAS, *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2022, 1-11. [Consult 20 Ago 2023]. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/106498>.

⁵ NAÇÕES UNIDAS, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, (A/hrc/17/31), New York: UN, 2011. [Consult 18 Out 2023]. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf

esperada para todas as empresas onde quer que operem, independentemente do seu tamanho, setor, localização, propriedade ou estrutura.

Foi a primeira vez que um instrumento internacional deste tipo reconheceu que as empresas têm a responsabilidade de respeitar direitos humanos. Trata-se abordagem de *soft law*, ou seja, não juridicamente vinculativo, mas com poder persuasivo de moldar comportamentos, a partir de uma responsabilidade moral ou ética, sem sanção em caso de não cumprimento.⁶

Os Princípios Orientadores da ONU introduziram o conceito de “devida diligência” (ou em inglês *due diligence*) em direitos humanos como um processo contínuo das empresas para identificar, prevenir, mitigar e contabilizar os problemas reais e potenciais impactos adversos que possam causar ou contribuir. Foi introduzido em uma série de outras normas e instrumentos internacionais e regionais, como as Diretrizes da OCDE sobre Corporações Multinacionais e estendido a outras áreas, como o meio ambiente.⁷

A Agenda 2030 da ONU reforça a atuação das empresas transnacionais para incluir a sustentabilidade na cadeia de produção. Desde a realização da 1.^a Conferência sobre Meio Ambiente da ONU, em Estocolmo, em 1972, já se abordava a questão ambiental e a necessidade da cooperação mundial. Em 2015, foram lançados pela ONU Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) para serem alcançados até 2030.

São práticas que, muitas vezes, se relacionam com regras já estabelecidas em acordos multilaterais e em regimes internacionais, mas, que, por razões diversas, não possuem mecanismos que alcancem diretamente alguns setores.⁸ O Direito Ambiental surgiu da necessidade da intervenção do Poder Público em condutas individuais e coletivas que estavam afetando o equilíbrio natural dos ecossistemas e da constatação de que o modelo de crescimento havido nos países industrializados seria irrepetível para outras comunidades, sem que afetasse ainda mais tal equilíbrio.⁹

O Direito Ambiental Internacional (DAI) surgiu na década de 90 como um ramo do conhecimento jurídico novo e autônomo, propondo-se novos olhares para a ciência do direito e origina-se do Direito Ambiental e das Relações Internacionais.¹⁰ O DAI se baseia nos princípios da precaução, da responsabilidade comum, porém diferenciada, da informação, da participação e da cooperação e são seus atores, além dos Estados, os estados subnacionais, as metrópoles,

⁶ Claire BRIGHT, «Corporate due diligence: history and future prospects », 1-11.

⁷ Claire BRIGHT, «Corporate due diligence: history and future prospects », 1-11.

⁸ Maria Isabel Leite Silva de LIMA; Fernando Cardozo Fernandes REI, «Da gênese do desenvolvimento sustentável à Agenda 2030: desafios ao modelo econômico», *Revista de Direito Público da Economia*, 14/54 (2016), 139-155.

⁹ Maria Isabel Leite Silva de LIMA; Fernando REI, «A Evolução da Soft Law no Regramento Ambiental Internacional», in José Alcebiades de OLIVEIRA JUNIOR / Luiz Ernani Bonesso de ARAUJO / Jerônimo Siqueira TYBUSCH, coord., *XI Encontro Internacional do Conpedi Chile – Santiago: Direito e Sustentabilidade*, Florianópolis: CONPEDI, 2022, 69-85. [Consult 10 out 2023]. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/129by0v5/i9g4r23l/46qK8bA1B5 sjMrMc.pdf>

¹⁰ Fernando REI; Maria Luiza Machado GRANZIERA, «Direito Ambiental Internacional: novos olhares para a ciência do direito», in coord., Fernando REI / Maria Luiza Machado GRANZIERA, *Direito Ambiental Internacional: Avanços e Retrocessos 40 Anos de Conferências das Nações Unidas*, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, 149-158.

as ONGs, as empresas transnacionais, a mídia, povos tradicionais e os indivíduos.¹¹ Possui vocação inter-multidisciplinar, destinado a regular as relações de coexistência, cooperação e interdependência, institucionalizada ou não, entre diversos atores internacionais, que tem como objetivo a proteção e a gestão internacional do meio ambiente.¹²

A governança fundamentada em uma estrutura não hierárquica permite que o diálogo seja estabelecido e que as decisões sejam tomadas de forma persuasiva e consensual, o que acaba por legitimar o processo. Há, assim, a cooperação dos *stakeholders* para suprir lacunas na definição de políticas globais. *Stakeholder* é qualquer grupo ou indivíduo que afeta ou é afetado pela realização do objeto de uma organização.¹³

A governança global tem como características os problemas comuns, a participação ampliada, a cooperação, o consenso e a busca por soluções e resultados eficazes. A governança ambiental global segue a mesma lógica, tendo surgido pelo novo cenário ambiental global e transfronteiriço, pela interdependência entre os atores, para a articulação sobre as questões comuns e adoção de mecanismos além da esfera dos Estados nacionais.

Tradicionalmente, as fontes do Direito Internacional estão listadas no art. 38 da Corte Internacional de Justiça, havendo interação próxima, compostas pelos tratados internacionais, costumes internacionais e os princípios gerais do direito. A lista do artigo não é exaustiva e pode incluir novas fontes emergentes, como a *soft law*.¹⁴

Hard law são os tratados, de aplicação obrigatória e essencialmente jurídicos, que estabelecem compromissos entre os Estados, como, por exemplo, a Convenção do Direito do Mar de 1982, a Convenção de Viena e Protocolo de Montreal de 1987 sobre a Camada de Ozônio e a Convenção do Clima de 1992. *Soft law* são normas não obrigatórias e de caráter indicativo para o atingimento de padrões internacionais de qualidade e de preservação ambiental, com instrumentos dinâmicos e adaptáveis ao longo do tempo para acompanhar novas circunstâncias e/ou conhecimentos. As soluções podem ser jurídicas e/ou não jurídicas, mas normativas, envolvendo o saber de outras áreas do conhecimento.¹⁵ Envolve a dinâmica das Conferências das Partes, dos Grupos de Trabalho, das negociações ampliadas, das Convenções no plenário, antessala, corredores, funcionamento em redes, fóruns paralelos e paradiplomacia.

¹¹ Maria Isabel Leite Silva de LIMA; Fernando REI, «A Evolução da Soft Law no Regramento Ambiental Internacional», 69-85.

¹² Fernando REI; Mariângela PINHO, «A contribuição da paradiplomacia ambiental e econômica no regime internacional das mudanças climáticas e sua percepção pelo direito ambiental internacional» in coord., Fernando REI / Maria Luiza Machado GRANZIERA., *Governança ambiental global: diálogos com energia e meio ambiente*, 1/1, Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2017, 9-17.

¹³ Luciana LIMA / Alcindo GONÇALVES, «Normas socioambientais privadas: instrumentos para a governança global da sustentabilidade». *Caderno de Relações Internacionais*, 8/14 (2017) 5-31.

¹⁴ Ulrich BEYERLIN / Thilo MARAUHN, «International Environmental Soft Law», in Ulrich BEYERLIN / Thilo MARAUHN, *International Environmental Law*, Hart/Beck, 2011, 289-298.

¹⁵ Maria Isabel Leite Silva de LIMA; Fernando REI, «A Evolução da Soft Law no Regramento Ambiental Internacional», 69-85.

Os instrumentos de *soft law* só podem gerar sanções morais, por não criarem obrigações. O caráter não legal (*non-legal*) não significa qualidade legal inferior.¹⁶ Ao lado de *hard law* como os tratados e as convenções, *soft law* pode assumir um peso normativo significativo e estabelecer metas futuras a serem atingidas pelos Estados, com programas de ação e flexibilidade.¹⁷ A ausência de força jurídica vinculante é refletida em resoluções, declarações, programas, códigos de conduta, atos finais de conferências internacionais, ou seja, que podem ser revistos e modificados, como aqueles que possuem caráter técnico.

Hard law e *soft law* podem se complementar. Sua diferença está na natureza de seus efeitos vinculantes, pois, enquanto na *hard law* o descumprimento de suas normas provoca respostas jurídicas, a *soft law* ganha força com uma ordem político-moral internacional e o seu incumprimento gera uma reação de natureza política, mas não legal.¹⁸

Pelo menos desde 1945 a *soft law* tem demonstrado importância, como nos textos adotados por estados sem serem legalmente obrigados e pela expansão de grande número de organismos internacionais que não tem poder para adotar textos mandatórios, mas apenas recomendações. Na proteção ambiental, a evolução é menos linear, mas a Declaração de Estocolmo de 1972 e a Carta da Natureza, da Assembleia Geral da ONU, em 1982, construíram um caminho para as legislações nacionais sobre meio ambiente.¹⁹ Além destes, outros instrumentos de *soft law* com relevância internacional são: a Declaração do Rio de Janeiro de 1992, a Agenda 21, os ODS e a Agenda 2030.

Para a transição para uma governança ambiental global, num processo dinâmico, complexo e interativo de tomada de decisão, o desafio é a coordenação, que já provou ser limitada e fortuita. Permanece a soberania nacional e a legitimação pelo aumento da autoridade de instituições internacionais e críticas às suas deficiências democráticas e politização. Há também o viés liberal que dificulta a regulação e o controle em âmbito internacional.²⁰

Há, ainda, uma tendência de que instrumentos de *soft law*, por serem indutores de comportamentos, podem eventualmente – e não obrigatoriamente, já que este não é o seu intuito primário – se tornar *hard law* a partir da consolidação de suas bases gerais nestes instrumentos vinculativos.

¹⁶ Ulrich BEYERLIN / Thilo MARAUNH, «International Environmental Soft Law», 289-291.

¹⁷ Ricardo Cintra Torres de CARVALHO, «Hard law e soft law: a formação do direito internacional ambiental», *Revista Consultor Jurídico* (2019). [Consult. 20 Set 2023]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-16/ambiente-juridico-hard-law-soft-law-formacao-direito-internacional-ambiental>.

¹⁸ Ulrich BEYERLIN / Thilo MARAUNH, «International Environmental Soft Law», 293-295.

¹⁹ Alexandre Kiss, «The Implications of global change for the international legal system», in Edith BROWN WEISS. *Environmental change and international law: new challenges and dimensions*, Tokyo: United Nations University, 1992. [Consult. 25 Set 2023]. Disponível em: <https://archive.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee/uu25ee0t.htm#10.%20the%20implications%20of%20global%20change%20for%20the%20international%20legal%20system>

²⁰ Michael ZÜRN, «Governing the World without World Government States, Societies and Institutions Interact in Many Way» WZB Report, 2014. [Consult. 10 Set 2023]. Disponível em: <https://bibliothek.wzb.eu/articles/2014/f-18984.pdf>.

É o que se observa no texto da proposta de Diretiva sobre sustentabilidade empresarial, recentemente adotada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, que traz obrigações sobre deveres relacionados a meio ambiente e direitos humanos, após percorrer ao longo do tempo o caminho da *soft law* com guias de condutas e declarações. O dever de diligência, anteriormente não vinculativo, pode então passar a ser incorporado pelo Parlamento Europeu como instrumento vinculativo por meio de Diretiva, que é ato legislativo que fixa um objetivo que os países da UE têm de alcançar, porém, cabe a cada país organizar as suas próprias leis para alcançar esses objetivos.²¹ Isso demonstra que instrumentos de *soft law* auxiliam no posterior desenvolvimento da legislação.

O recente movimento em direção da regulamentação como *hard law* com a introdução de direitos humanos obrigatórios e a legislação de due diligence ambiental insere a sua importância como ponto central para a responsabilidade corporativa no âmbito da UE. O endurecimento da *soft law* foi impulsionado através de medidas legislativas a nível nacional e europeu, mas importantes desenvolvimentos também estão ocorrendo em nível internacional. O desafio passará a ser a implementação do novos requisitos de due diligence corporativa estabelecidos em lei e se eles são abordados por meio de mudanças cosméticas ou se serão capazes de promover mudanças significativas no comportamento corporativo.²²

2.2. Due Diligence de Sustentabilidade Corporativa e aplicação para empresas de países terceiros

A Diretiva 2024/1760 sobre Due Diligence de Sustentabilidade Corporativa (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive* ou CSDDD) cria obrigações para empresas, com exceção das médias e pequenas, de: (i) exercerem o dever de diligência para identificar, prevenir, atenuar e contabilizar os danos externos resultantes de efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente decorrentes das atividades da empresa, suas filiais e cadeia de valor; e (ii) tornar obrigatória a divulgação dos planos da empresa para assegurar que o seu modelo de negócio e a sua estratégia sejam compatíveis com a transição para uma economia sustentável e com a limitação do aquecimento global a 1,5 °C, em conformidade com o Acordo de Paris.

Seu objetivo é promover um comportamento empresarial sustentável e responsável, inclusive em suas cadeias de valor, dentro e fora da Europa, e está inserida no contexto ESG (da sigla, em inglês, *Environmental, Social and Governance*). Será aplicável tanto às empresas europeias quanto às empresas de países terceiros que geram um determinado volume de negócios no mercado da UE, nos seguintes setores: têxteis, couro e produtos afins, vestuário e calçado; agricultura, silvicultura, pescas, produtos alimentares e matérias-primas agrícolas, animais vivos,

²¹ EUROPEAN UNION, *Types of legislation*. [Consult 20 Set 2023]. Disponível em: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_pt#:~:text=Uma%20%C2%ABdiretiva%C2%BB%20%C3%A9%20um%20ato,leis%20para%20alcan%C3%A7ar%20esses%20objetivos.

²² Claire BRIGHT, «Corporate due diligence: history and future prospects », 1-11.

madeira, alimentos e bebidas; a extração de recursos minerais, independentemente do local onde são extraídos, produtos metálicos de base, outros produtos minerais não metálicos e produtos metálicos transformados e produtos minerais básicos e intermédios.

As grandes empresas europeias foram divididas em grupos 1 e 2. Para empresas de países terceiros, estas **devem ser** ativas na UE com um limiar de volume de negócios alinhado pelos grupos 1 e 2, que seja gerado na UE. As empresas terão de arcar com os custos de *due diligence*, bem como custos de transição. A Diretiva prevê deveres para os diretores das empresas abrangidas na UE, incluindo estabelecer e supervisionar a implementação dos processos de *due diligence* e integrar tais processos à sua estratégia corporativa. Os diretores devem levar em consideração os direitos humanos, as mudanças climáticas e as consequências ambientais de suas decisões.

A partir de sua adoção, Diretiva terá então de ser implementada no âmbito nacional pela legislação dos Estados-Membros. Os Estados-membros designarão uma autoridade para supervisionar e impor sanções, incluindo multas e ordens de cumprimento. A nível europeu, a Comissão criará uma Rede Europeia de Autoridades de Supervisão que reunirá representantes dos organismos nacionais para assegurar uma abordagem coordenada. E, no âmbito da responsabilidade civil, os Estados-membros assegurarão que as vítimas sejam indenizadas pelos danos resultantes do descumprimento das obrigações da Diretiva.

Segundo a Comissão Europeia, espera-se que a Diretiva possa afetar diretamente cerca de 13.000 empresas da UE e 4.000 empresas de países terceiros.²³ A Diretiva poderá afetar empresas brasileiras direta, caso enquadradas nos requisitos para aplicação para países terceiros, e indiretamente, caso seja subsidiária ou tenha relações comerciais diretas ou indiretas com empresa sujeita à Diretiva. Considerando que impõe obrigações legalmente exigíveis, exigirá a adoção de medidas para garantir que as empresas estejam em conformidade com seus requisitos.²⁴

Durante a revisão da política comercial da UE na OMC, em junho de 2023, os países em desenvolvimento manifestaram suas preocupações sobre a aplicação da devida diligência em várias propostas legislativas da UE, incluindo a CS3D.²⁵ Além da abordagem unilateral destas legislações, há o risco de que o CS3D possa resultar em empresas desviando a produção de certos fornecedores e países do Sul Global.

Segundo o UNFSS²⁶, a CS3D coloca desafios aos pequenos agricultores e às pequenas e médias empresas, que normalmente carecem de recursos e podem enfrentar custos acrescidos para

²³ PROPOSAL FOR A DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE AND AMENDING DIRECTIVE (EU) 2019/1937.

²⁴ Rodrigo CANDIA, «Como a diretiva europeia sobre governança sustentável afetará empresas brasileiras», *Revista Consultor Jurídico*, (2023). [Consult. 10 Set 2023]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-05/rodrigo-candia-diretiva-europeia-governanca-sustentavel>.

²⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION, *Trade Policy Review: European Union* (2023). [Consult. 10 Set 2023]. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/tp542_e.htm.

²⁶ UNFSS, UNITED NATIONS FORUM ON SUSTAINABILITY STANDARDS, The EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CS3D): What Role for Voluntary Sustainability Standards (VSS)?, 2023. [consult. 10 jan. 2024]. Disponível em: <https://unfss.org/2023/10/09/the-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive-cs3d-what-role-for-voluntary-sustainability-standards-vss/>.

cumprir o regulamento, especialmente porque as grandes empresas que abastecem-se destes intervenientes menores podem transferir o fardo do cumprimento para eles, ou simplesmente mudar o fornecimento para áreas mais seguras. Isto gera riscos de exclusão destes intervenientes já vulneráveis das cadeias de valor globais. Tanto o Parlamento Europeu quanto a Comissão dizem que seu objetivo é liderar uma transição mundial desde a agricultura, desmatamento e violações direitos humanos, o que poderia ajudar a promover o surgimento de um padrão global para conduta empresarial.²⁷

O acordo provisório alcançado com o Parlamento Europeu necessita agora de aprovação definitiva e ser formalmente adotado por ambas as instituições. Em contraste com o Regulamento de Produtos Livres de Desmatamento (EUDR), que se concentra no desmatamento ligado a *commodities* específicas (soja, cacau, café, óleo de palma, madeira, gado e borracha), o CS3D leva em conta uma abordagem mais ampla para a devida diligência ambiental e de direitos humanos em qualquer atividade corporativa, independentemente do setor e marca um passo ambicioso.

3..Possível cumulação entre a Diretiva e os Padrões Voluntários de Sustentabilidade já existentes e em uso pelas empresas

3.1. Verificação independente por terceiros

Para o acompanhamento do cumprimento da Diretiva, os Estados-Membros devem assegurar que as empresas realizam avaliações periódicas das suas próprias operações, suas filiais e nas relações empresariais na cadeia de valor para avaliar a eficácia da identificação, prevenção, attenuação, cessação e minimização da extensão dos efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente. Essas avaliações serão baseadas em indicadores qualitativos e quantitativos e realizadas, pelo menos, de 12 em 12 meses.

Os Estados-Membros devem criar e operar sítios eletrônicos, individualmente ou em conjunto, com atenção especial às pequenas e médias empresas, que podem, inclusive, ser apoiadas financeiramente. As grandes empresas podem recorrer a regimes industriais e a iniciativas multilaterais. É definido o conceito de “iniciativa do setor” como uma combinação de procedimentos, instrumentos e mecanismos voluntários em matéria de dever de diligência nas cadeias de valor, incluindo verificações independentes por terceiros, desenvolvidos e supervisionados por governos, associações industriais ou agrupamentos de organizações interessadas. A figura da verificação independente por terceiros ganha destaque.

3.2. Normas Voluntárias de Sustentabilidade (NVS ou VSS) e a soja brasileira

Os auditores independentes que atuam como certificadores de selos e padrões de qualidade não são novidade na demonstração de cumprimento da legislação interna e para o acesso a

²⁷ Mairon G. BASTOS LIMA / Almut SCHILLING-VACAFLO, «Supply chain divergence challenges a 'Brussels effect' from Europe's human rights and environmental due diligence laws», *Global Policy*, 15/2 (2024) 260-275.

mercados relevantes. Têm ganhado cada vez mais destaque no comércio internacional as Normas Voluntárias de Sustentabilidade – NVS ou *Voluntary Sustainability Standards* – VSS, que incidem sobre produtos agrícolas para mercados consumidores da UE, Estados Unidos e China.

O International Trade Centre (ITC), agência da ONU sobre comércio internacional, mapeou mais de 300 padrões de proteção ambiental, direitos trabalhistas e sociais, desenvolvimento econômico, qualidade e segurança alimentar, bem como ética nos negócios, em setores como agricultura, têxtil e vestuário, produtos de consumo, silvicultura, mineração e serviços.

O *Standards Map* foi lançado em 2011 e é uma ferramenta gratuita e acessível via site²⁸, que identifica os padrões (*standards*) de diferentes setores econômicos. São mapeados os padrões voluntários de sustentabilidade, códigos de conduta, protocolos de auditoria, estruturas de relatórios e programas de empresas sobre sustentabilidade. São classificados pelo ITC de acordo com suas tipologias, como *International Standard*, *Private Standard*, proveniente de ONG, associação ou empresa, ou *Public Standard*, de agências governamentais e, ainda, se são reconhecidos e certificados por federações ou associações de classe e quais os seus propósitos – certificação ou boas práticas – e quais seus destinatários – empresários, consumidores ou ambos.

No mapeamento do *Standards Map* do ITC, foram listados 87 VSS que podem ser exigidas dos produtos oriundos do agronegócio brasileiro para exportação à UE. Para a soja, na base de dados do *Standards Map* em dezembro de 2018, foram listadas 33 VSS.²⁹ Dados recentes pesquisados pela Autora no *Standards Maps* indicam que, até julho de 2023, para a soja de origem brasileira, com destino à UE, foram identificadas 46 VSS.

Dentre estes, citam-se como principais: *Round Table on Responsible Soy Association – RTRS*, padrão internacional, e *ProTerra Foundation*, padrão privado com propósito benchmarking, mais voltado para soja não geneticamente modificada. Outros padrões são aqueles privados criados por grandes empresas do setor como: ADM (*ADM Responsible Soybean Standard*), Cargill (*Cargill Triple S Soya Products*), Amaggi (*Amaggi Origins Field*) e Bunge (*Bunge Pro-S Assuring Sustainable Sourcing*). São destinados aos parceiros do *business* e que participam da cadeia de valor global. Tais padrões são reconhecidos pela *European Feed Manufacture's Federation – FEFAC*, organização fundada em 1959 por associações de produtores de alimentos da França, Bélgica, Alemanha, Itália e Holanda, e que conduzem papel importante no comércio de produtos agrícolas, incluindo nas exportações brasileiras.

Há de se ponderar, contudo, se tais padrões são novas barreiras ou tendências do comércio internacional e quais são os possíveis impactos para as exportações brasileiras, em especial, para mercados consumidores mais exigentes, como o Europeu. Atualmente, o Brasil é uma das principais potências agrícolas do mundo e o agronegócio é responsável por grande parte do

²⁸ INTERNATIONAL TRADE CENTRE. *Standards Maps*. [Consult. 29 Jul 2023]. Disponível em: <https://standardsmap.org/>.

²⁹ Vera Helena THORSTENSEN / Catherine Rebouças MOTA, *NVS e as Exportações brasileiras: Mercados da União Europeia, Estados Unidos e China*, Série Cadernos de Normas Voluntárias de Sustentabilidade, v. 2, São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., (2019). [Consult. 15 Out 2023]. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/PDF/CadernosNVS-2019-v2.pdf>.

Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro. O país é o maior produtor mundial de soja, representando 35% da produção de soja mundial³⁰ e estima-se que a participação da soja na economia fique em torno de 24,5% do PIB em 2023.³¹ Na safra de 2022/23, a soja deverá atingir uma produção recorde, estimada em 154,6 milhões de toneladas.³²

Sobre comércio exterior, há um crescimento contínuo e, em 2022, o valor exportado do complexo da soja atingiu recorde de US\$ 61,3 bilhões, representando 38% das exportações do agronegócio. O destino principal das exportações, desde 2013, é a China, que representou cerca de 53% do valor exportado em 2022. As exportações de soja para a UE representaram 14,51%, seguida por Sudeste Asiático, Oriente Médio, Leste Asiático, África e América do Norte, nesta ordem.³³

Em 2006, foi assinado pelo setor de soja, representado pelas associações ABIOVE e ANEC, um acordo voluntário de desmatamento zero, denominada Moratória da Soja, resultado de negociações entre os setores público e privado, com participação da sociedade civil, para restringir compra de soja oriunda de desmatamento irregular. Ficou acordado não comercializar ou financiar soja produzida em áreas que foram desmatadas ilegalmente no Bioma Amazônico após 22 de julho de 2008, marco estabelecido no Código Florestal brasileiro para a definição de área rural consolidada.³⁴ O produtor de soja com alguma parcela de soja em não conformidade sofre o bloqueio, por parte dos signatários.

No relatório de monitoramento do 15.º ano da Moratória da Soja, a área cultivada chegou a 6,60 milhões de hectares na safra 2021/22 e foram identificados 192.753 ha de soja em desacordo com a Moratória, o que corresponde a 2,9% do total cultivado na safra 2021/22, no bioma Amazônia, e a 2,1% do desflorestamento acumulado durante a Moratória.³⁵ Tem se incentivado a expansão da soja, essencialmente, sobre áreas de pastagens oriundas de desflorestamentos anteriores à Moratória.

Chama atenção o dado trazido no relatório de que, ao longo das dez últimas safras, a área de soja em desacordo passou de 11.197 ha em 2012/13 para 192.753 ha em 2021/22, o que demonstra um aumento e, por isso, outras formas de controle ainda se fazem necessárias, por meio da fiscalização governamental mais efetiva, com aplicação das sanções de descumprimento ao mandamento legal, pois, ainda que a Moratória da Soja se baseie em compromisso voluntário,

³⁰ COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB, *Safra Brasileira de Grãos 2022/2023*, [Consult 15 Ago 2023]. Disponível em: <https://www.conab.gov.br/info-agro/safras/graos>.

³¹ CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM ECONOMIA APLICADA – CEPEA, *PIB do Agronegócio Brasileiro*, Universidade de São Paulo, 2023. [Consult. 15 Out 2023]. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>.

³² COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB, *Safra Brasileira de Grãos 2022/2023*.

³³ COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB, *Safra Brasileira de Grãos 2022/2023*.

³⁴ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE ÓLEOS VEGETAIS – ABIOVE, Moratória da soja. [Consult. 15 Out 2023]. Disponível em: <https://abiove.org.br/esg/iniciativas/moratoria-da-soja/>

³⁵ GRUPO DE TRABALHO DA MORATÓRIA DA SOJA. *Moratória da Soja – Desflorestamento-zero na Amazônia. Monitoramento da soja por imagens de satélites. Safra 2021/2022*. [Consult. 15 Out 2023]. Disponível em: <https://moratoriadasoja.com.br/media/public/monitoring/pt-0c62104e-0e0b-4620-adaa-a20b8f57fb9c.pdf>

a proibição de desmatamento ilegal de vegetação nativa advém do comando da lei. As empresas associadas à ABIOVE e à ANEC abrangem aproximadamente 87% do mercado de soja no bioma Amazônia e a não conformidade está relacionado por empresas não associadas e não signatárias da Moratória.³⁶

A Diretiva afetará empresas brasileiras direta e indiretamente. Diretamente, caso enquadradas nos requisitos para aplicação para países terceiros, devendo adotar medidas como: integrar a due diligence em suas políticas internas; identificar impactos negativos reais ou potenciais; prevenir e mitigar impactos negativos potenciais, bem como encerrar e minimizar a extensão de impactos negativos reais; estabelecer e manter um procedimento de ouvidoria; monitorar a eficácia de suas políticas e medidas de due diligence; e comunicar publicamente os atos de due diligence praticados. E indiretamente, caso seja subsidiária ou tenha relações comerciais diretas ou indiretas com empresa sujeita à Diretiva.³⁷

O mercado de soja do Brasil se ajustou a diferentes níveis de rigor do consumidor já antes da recente onda de políticas europeias, mas, a partir de entrevistas com representantes do setor e produtores brasileiros, permanece a rejeição contra as leis antidesmatamento, entendendo-as como uma imposição inadequada e injusta da UE, por criar regras e exigências adicionais sem qualquer apoio ou compensação, e de que a UE deve respeitar o autonomia dos países e da sua legislação nacional e não deve criar barreiras, mas estabelecer pagamentos para preservação ambiental.³⁸

Além disso, o almejado Efeito Bruxelas da UE como regulador global ainda pode depender no número relativamente pequeno de grandes comerciantes de *commodities*, por exemplo, ADM, Bunge, Cargill, COFCO, Louis Dreyfus, que dominam o mercado global e entregam fluxos segmentados de acordo com o consumidor. O setor da soja brasileira conseguiu customizar sua produção e vender para cada comprador de acordo com suas preferências. Porém, se forem diretamente visados pela política ou enfrentarem danos significativos à reputação devidos à sociedade civil ou campanhas expondo seus padrões duplos, eles podem potencialmente melhorar suas práticas em todos os níveis.

4. Conclusão

Há o reconhecimento central de que os seres humanos têm direito a uma vida saudável e produtiva, mas que deve ocorrer em harmonia com a natureza, pois os serviços ambientais são essenciais à sobrevivência humana e sob o entendimento de que o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente são interdependentes e inseparáveis.

³⁶ GRUPO DE TRABALHO DA MORATÓRIA DA SOJA. *Moratória da Soja – Desflorestamento-zero na Amazônia. Monitoramento da soja por imagens de satélites. Safra 2021/2022*.

³⁷ Rodrigo CANDIA, «Como a diretiva europeia sobre governança sustentável afetará empresas brasileiras».

³⁸ Mairon G. BASTOS LIMA / Almut SCHILLING-VACAFLOR, «Supply chain divergence challenges a 'Brussels effect' from Europe's human rights and environmental due diligence laws», 260-275.

Ponto que merece reflexão é como se dará a relação entre a Diretiva (UE) 2024/1760 e os programas voluntários e certificações ambientais já existentes e em uso pelas empresas e quais serão as bases e critérios da verificação por terceiro independente que devem ser seguidas. É prevista a realização de avaliações periódicas pelas empresas, a cada 12 meses, pelos menos, baseadas em indicadores qualitativos e quantitativos. Porém, não está claro na Diretiva quais são exatamente esses indicadores ou se haverá a participação de atores não estatais no seu estabelecimento, que é o que se observa na dinâmica atual das certificações e de auditores independentes nos VSS.

A Diretiva é interessante no sentido de incorporar padrões ambientais através da criação de bases comuns e não somente para o acesso a mercados relevantes, incentivando, de uma forma geral, empresas privadas a adotarem práticas sustentáveis e aos governos a adotá-las. Por outro lado, instrumentos de *hard law* tendem a ser objeto de maior negociação e entraves, o que pode dificultar o seu andamento, dado os interesses gerais envolvidos e as dificuldades de assumir compromissos globais ou regionais, o que, dentre outros motivos, levou a criação de instrumentos de *soft law* ao longo do tempo, os quais, além de não serem vinculativo, possuem capacidade de adaptação e acompanhamento de evolução científica. Além disso, maior regulação gera maior necessidade de adaptação e investimentos relacionados aos custos regulatórios, o que deve ser bem avaliado a fim de não se tornar um óbice ao cumprimento da Diretiva.

Já em relação as empresas de países terceiros, que fazem negócios relevantes com a UE e que podem ser impactados direta ou indiretamente com as obrigações assumidas pelo bloco, é necessário aprofundar se tais padrões impostos ao mercado e, no caso deste estudo, sobre a soja brasileira, podem ser considerados barreiras não tarifárias e protecionismo, em oposição às regras da OMC, que proíbe tratamento discriminatório entre as nações.

O agronegócio é responsável por grande parte do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro e o país é o maior produtor mundial de soja, o que ostra a relevância do setor no cenário brasileiro e global. Apesar da China ser a maior importadora de grãos, na UE observa-se o maior avanço na legislação ambiental, em especial como bloco, e o sistema mais democrático em que baseiam suas decisões e, em linha, inclusive, com a agenda ambiental global, na qual a UE se destaca no protagonismo e como fomentadora de guias de conduta de comportamentos, em especial para acessar seus mercados e, agora, com as propostas de diretrivas e instrumento de *hard law*, de aplicação obrigatória.

Como se observa pelos dados apresentados, a combinação entre políticas públicas e compromissos de sustentabilidade do setor privado tende a reduzir as taxas de desmatamento e fomentar ações para não perder a produtividade agrícola. Portanto, os instrumentos de *soft law* e *hard law*, em especial aqueles destinados ao controle de condutas danosas ao meio ambiente, devem se complementar, mas não necessariamente devem ser substituídos entre si ou que sirvam para transformar *soft* em *hard law*, a não ser que fique muito claro o avanço e benefício na sua utilização.

A soja livre de desmatamento e a soja certificada brasileira fluiu para consumidores mais exigentes, enquanto o restante é enviado para menos exigentes ou usados domesticamente, o que, aliado a um declínio da UE na participação do mercado *versus* a sua ambição,

revela desafios para a eficácia das políticas europeias para acabar com o desmatamento global ou para que um Efeito Bruxelas possa acontecer da forma espera num contexto socioambiental. As dificuldades também se revelam nas disputas recentes no âmbito interno da UE, em que os próprios produtores dos Estados-Membros questionam padrões rígidos ambientais exigidos pelos seus decisores políticos.

Sobre a contribuição dos padrões voluntários de sustentabilidade – VSS na Diretiva CS3D, os processos de certificação podem apoiar a implementação de obrigações de *due diligence* para garantir a sustentabilidade nas cadeias de valor globais pelo aproveitamento das infraestruturas existentes. Embora as VSS tenham potencial para desempenhar um papel fundamental na implementação, também existem desafios que precisam de ser considerados. As VSS são diversas e têm as suas próprias fraquezas relativamente à eficácia e transparência dos seus sistemas de monitorização e mecanismos de reclamação e é importante garantir que apenas aquelas mais confiáveis sejam reconhecidas como legítimas para apoiar as empresas nas suas obrigações de *due diligence*. Existem críticas, ainda, sobre a exclusão de atores econômicos vulneráveis e já marginalizados, especialmente de países em desenvolvimento, que não podem arcar com os custos de certificação e conformidade.

As VSS devem então garantir uma maior inclusão para beneficiar os mais necessitados, evitando-se que a CS3D exclua ainda mais os atores do Sul Global da dinâmica das cadeias de valor global. É crucial que a UE e outras partes interessadas forneçam apoio, recursos e orientação para ajudar os países em desenvolvimento a navegar no complexo panorama da sustentabilidade empresarial.

COMENTÁRIO FINAL

COMENTÁRIO FINAL

10.47907/SustentabilidadeEmpresarialDireitosHumanosAmbiente/15

Alexandre de Soveral Martins*

A Comissão Executiva deste Congresso encarregou-me, generosamente, de fazer um comentário final, em 15 minutos, ao que de muito e bom se disse hoje nesta sala.

Tarefa que assumo com gosto porque este Congresso está integrado num projeto que honra a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Um projeto que reúne, que congrega, que chama muitos investigadores de várias origens, mas também muitos desta Faculdade. O Doutor Coutinho de Abreu, que coordena esta área de investigação, é sempre garantia de que todos são convocados por igual.

Os temas que uniram as intervenções são a Sustentabilidade, os Direitos Humanos e o Ambiente. Foi, pois, da nossa casa comum que estivemos a tratar. Foi da nossa sobrevivência como espécie que estivemos a falar.

Não temos garantias de que a sustentabilidade seja alcançável neste momento. O buraco na camada de ozono, aparentemente, continua a aumentar, o degelo nos polos é uma realidade, incêndios catastróficos percorrem quase todos os Continentes e ninguém quer pagar mais IUC por carros anteriores a 2007. Em 2020, a Comissão Europeia publicou um «Study on due diligence requirements through the supply chain: final report» em que se informava que só um terço dos ouvidos tinha em conta os impactos ambientais, sociais e de direitos humanos nos seus procedimentos de avaliação das cadeias de valor.

Os caminhos não são fáceis. A malha legislativa, essa, é vasta e densa. Regulamento SFDR (Regulamento 2019/2088), Regulamento Taxonomia (Regulamento 2020/852) e respetivos Regulamentos Delegados (2021/2139, 2021/2178, 2022/1214), Diretiva sobre Informação de Sustentabilidade, Proposta de Diretiva sobre dever de diligência¹... Pobres empresas, dir-se-á. A aplicabilidade da eventual nova Diretiva à indústria europeia, que depende de milhões de componentes importados das mais diversas geografias², também levantará obstáculos à industrialização de que tanto se fala. O mesmo se diga relativamente ao desvio de recursos para as guerras que nos afigem.

* Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro e Investigador do Instituto Jurídico da FDUC. ORCID ID 0000-0001-6480-3492.

¹ Entretanto, foi já publicada a Diretiva (UE) 2024/1760 do Parlamento e do Conselho de 13 de junho de 2024 «relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade [...]. Tendo em conta a natureza deste Comentário Final, não nos alongaremos na sua análise.

² Sobre o tema, Luca NOGLER, «Ley alemana de obligaciones de cuidado en la cadena de suministro: por qué nació y cuáles son sus principales contenidos», in Wilfredo Sanguineti RAYMOND/Juan Bautista Vivero SERRANO (dir.), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, 2022, 141-182, 157.

Os Estados, esses, nas suas relações com países onde as leis e a sua aplicação deixam muito a desejar, poderiam fazer bastante mais. Vemos grandes líderes mundiais a reunirem-se com genocidas e com mandantes de homicídios, mas pretende-se que as empresas controlem toda a cadeia de fornecimento, valor ou atividade...

O espaço e tempo para a *soft law* e para mecanismos de adesão voluntária são cada vez mais limitados. No plano das escolhas públicas, também já não se trata apenas de escolher entre canhões e manteiga.

O que cada um de nós faz ou poderia fazer deveria igualmente entrar na contabilidade. Infelizmente, parece que só um sentido de urgência generalizado poderá levar a que grandes massas de consumidores por todo o Mundo tenham efetivo interesse em adquirir bens e serviços de empresas socialmente responsáveis em detrimento do fator preço.

Mas este comentário final tem de se centrar no que este Congresso permitiu ouvir. O esquema dos trabalhos do dia foi particularmente feliz. Tratou-se do «antes» da Proposta de Diretiva sobre o Dever de Diligência em Matéria de Sustentabilidade, olhou-se para a Proposta e apontou-se para mais além. Não se teve apenas em conta o direito nacional (muito pelo contrário) e os horizontes alargaram-se aos contributos de várias organizações internacionais. O que se faz na União Europeia, na ONU (os *Guiding Principles on Business and Human Rights*), na OCDE (as *Guidelines for Multinational Enterprises*) e na OIT (a *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*) foi aqui analisado e discutido.

Especial atenção foi dedicada, naturalmente, à Proposta de Diretiva sobre o dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e ao seu percurso, já construído e em construção.

A Proposta tem um âmbito de aplicação subjetivo limitado³. Quanto ao número de empresas abrangido pelo dever de diligência, e como Patrice Reis sublinhou, a percentagem será muito baixa (fala-se em cerca de 1% das empresas da União – as constituídas em conformidade com a lei de um Estado-membro). Essas serão uma espécie de «pólicias por delegação».

Mas hoje também ouvimos falar de PMEs⁴. E faz todo o sentido que assim tenha sido. Aliás, a Resolução do Parlamento Europeu de 2021 que propulsionou a atual Proposta abrangia no seu âmbito de aplicação muitas PMEs.

Alessio Bartolacelli, o italiano mais português da Europa, se não mesmo do Mundo, obrigou-nos a colocar uma interrogação extremamente importante: as PME podem dar-se ao luxo de ter preocupações com a sustentabilidade? E nós, enquanto sociedade, podemos dar-nos ao luxo de exigir essas preocupações às PME? Questão que é em Portugal relevantíssima, pois a PORDATA revelava que, em 2021, 99,9 % das empresas portuguesas eram PME. E como Alessio Bartolacelli tão bem mostrou, as PME ficam indiretamente sujeitas às preocupações da Proposta de Diretiva através da necessidade de fazer cumprir certas exigências ao longo da cadeia de valor ou de atividade. As PME que não possam cumprir ou dar garantias de cumprimento poderão ficar de

³ V. agora o art. 2.º da Diretiva 2024/1760.

⁴ A Proposta, note-se, remete para a definição de PME da Diretiva 2013/34/EU e não para a da Recomendação da Comissão de 6 de maio de 2003.

fora. O problema dos custos foi igualmente abordado, com propostas muito interessantes acerca do financiamento das PME.

Também por aí pode passar o papel dos poderes públicos. Mas os decisores políticos necessitam de informações, de dados, para tomarem decisões racionais e eficientes. Beate Sjáfjell veio falar-nos da necessidade de olharmos para a realidade: para os limites ecológicos deste belo Planeta (ainda) Azul. A sua intervenção procurou mostrar a importância dos dados recolhidos na realidade da vida empresarial para suportar decisões políticas. Desde logo, ao nível da regulação. E, de facto, quando pensamos em sustentabilidade e olhamos para a destruição do meio ambiente, para os despedimentos coletivos de milhares apenas porque os lucros descem, para a quantidade de empresas que colaboraram nas atividades dos complexos militar-industriais de todo o Mundo, perguntamos se os «propósitos» que surgem nas páginas *web* de muitas entidades terão sido lá colocados por um qualquer algoritmo.

Se pensamos no papel dos poderes públicos para garantir a sustentabilidade empresarial, a tutela dos direitos humanos e a proteção do ambiente, as consequências que os incumprimentos do dever de diligência deverão ter ao nível dos apoios públicos são igualmente merecedoras de atenção. Essas consequências funcionarão como estímulos negativos. Os poderes das autoridades de supervisão (designadamente os sancionatórios) devem, por isso, ser conhecidos e estudados. Também os apoios públicos, de acordo com o art. 24.º da Proposta⁵, estarão dependentes das certificações ali exigidas. Patrice Reis tratou desse tema de forma exemplar.

Tivemos igualmente possibilidade de ouvir uma análise interessantíssima efetuada por Hannes Wais, de Heidelberg, e Inês Oliveira Martins, Professora desta Faculdade, de questões de responsabilidade em torno do art. 22.º da Proposta⁶. Hannes Weis deu particular ênfase ao direito comparado quanto à responsabilidade por atos e omissões de terceiros, mostrando que o art. 22.º tem costados. Inês Oliveira Martins percorreu com extremo cuidado aquele preceito, comparando o texto da Proposta com o que resultou da 1.ª leitura do Parlamento Europeu.

Muitos temas relevantes podem ser discutidos a propósito do art. 22.º. A distribuição do ónus da prova nos casos de garantias contratuais com os parceiros comerciais, por exemplo (ónus da prova para mostrar que as medidas eram suficientes e adequadas para prevenir, atenuar, fazer cessar ou minimizar a extensão do efeito negativo), não é evidente no texto da Proposta⁷. E não o é também quanto ao ónus da prova em matéria de causalidade⁸. Não sabemos sequer se a clara exigência de dolo ou negligência resultante da posição do Conselho fará vencimento. E a obrigação de adotar um plano para assegurar que o modelo de negócio e a estratégia sejam

⁵ V. o art. 31.º da Diretiva 2024/1760.

⁶ O tema surge tratado no art. 29.º da Diretiva 2024/1760.

⁷ Silvia de Paz PÉREZ/María de Arcos TEJERIZO, «Litigación de daños derivada de la aplicación en España de la regulación europea en materia de sostenibilidad», in José María de Paz ARIAS (dir.) / María Luisa Delgado ARRABAL (coord.), *Estudios jurídicos sobre sostenibilidad: Cambio climático y criterios ESG en España y la Unión europea*, Cizur Menor: Pérez-Llorca/Aranzadi, 2023, 561-599, 575.

⁸ Silvia de Paz PÉREZ/María de Arcos TEJERIZO, «Litigación de daños derivada de la aplicación en España de la regulación europea en materia de sostenibilidad», 570.

compatíveis com a transição para uma economia sustentável e com a limitação do aquecimento global a 1,5 °C, prevista no art. 15.º da Proposta⁹, poderá não ficar abrangida pelo art. 22.^º¹⁰.

Pode igualmente perguntar-se pelo relevo da informação que legalmente deve ser reportada para se apurar se o procedimento adotado foi o correto quanto à informação que deve ser obtida para decidir. O recurso a peritos externos e a análise crítica da informação recebida continuarão na ordem do dia. Cada vez mais os administradores terão de avaliar os riscos associados às alterações climáticas, por exemplo: riscos físicos, económicos, de litigância, de reputação, etc.. O papel das seguradoras ao realizarem a *due diligence* com vista à celebração dos *D&O Insurances* também pode merecer acompanhamento futuro.

As questões de legitimidade podem igualmente ganhar contornos interessantes. Pense-se nas ações coletivas ou na tendência para atribuir legitimidade na defesa de Rios ou Mares. O que nos faz refletir sobre a possibilidade de vir a ter o Rio Mondego a demandar uma suinicultura.

No contexto laboral, Maria Regina Redinha e Joana Nunes Vicente trouxeram-nos reflexões sobre direitos e deveres. A análise da Proposta de Diretiva dá pouco relevo ao papel dos trabalhadores e seus representantes. A falta de um regime mais robusto para a participação das partes interessadas, aí incluindo os trabalhadores e seus representantes, tem sido destacada e foi aqui desenvolvidamente tratada.

José Miguel Embid Irujo contribuiu com ideias muito atuais acerca da responsabilidade social corporativa e a atuação dos administradores de sociedades. A Responsabilidade Social das Empresas começa a ser falada institucionalmente na UE pelo menos desde a Estratégia Europeia para o Emprego, de 2000. Mas Embid Irujo não olhou apenas para o passado. A visão que nos trouxe foi ampla, mostrando como voa a águia. Questionou as soluções de *soft law*, tratou dos tipos de sociedades e não deixou de lado os grupos. O papel das cláusulas estatutárias esteve sob análise e foi ainda discutido o relevo que podem ter as sociedades *benefit*. Muitas pistas foram assim deixadas para investigações futuras.

Luís Miguel Ribeiro e Alexandra Courela olharam para o presente e o futuro das práticas e padrões de sustentabilidade. Tivemos, assim, uma perspetiva de um engenheiro mecânico e de uma advogada, que nos trouxeram informações preciosas sobre as práticas empresarias e a ajuda de que as PMEs necessitam. Foram destacadas as oportunidades que se abrem e que, juntamente com o otimismo dos oradores, transmitiram alguma tranquilidade aos ouvintes.

Por fim, tivemos a apresentação dos *Papers*, que nos mostraram o trabalho de jovens e promissores investigadores. Niedja Santos, Roberta Donato, Flavia Trevizan e Leonardo Mendes falaram-nos de combate à corrupção, com relevantes dados de direito comparado; falaram-nos

⁹ V. o art. 22.º da Diretiva 2024/1760.

¹⁰ Jordi Gras SAGRERA/Mariona Bernaus JOVELL, «La responsabilidad civil de los administradores sociales por incumplimiento del deber de diligencia en materia de criterios de sostenibilidad», 569. Os textos dos arts. 15.º e 22.º da Proposta foram objeto de alterações na versão do Conselho e na do Parlamento Europeu. O art. 22.º, 1, a), da versão do Parlamento fazia menção às obrigações «laid down in this Directive». O atual art. 29.º, 1, a), da Diretiva 2024/1760 remete para as «obrigações estabelecidas nos artigos 10.º e 11.º, quando o direito, a proteção ou a obrigação enumerados no anexo da presente diretiva visam proteger a pessoa singular ou coletiva».

da responsabilidade social das empresas e da necessidade de gradual abandono do modelo de *soft law*, em especial quanto ao respeito dos direitos humanos e com interessante reflexão sobre trabalhos desenvolvidos na ONU; e até nos transportaram para o Mato Grosso do Sul e mostraram-nos como a Diretiva em devir e as leis que a transponham poderão proteger, em alguma medida, os Guarani Kaiowás. Para que não sejam os últimos Guarani. Só por isso já valeria a pena.

Não há sustentabilidade que nos valha sem justiça social. A dimensão social da sustentabilidade já tinha sido assumida, por exemplo, na Comunicação da Comissão Europeia Europa 2020 Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo¹¹. Sociedades seguras dependem muito da distribuição igualitária da riqueza. A segurança climática e a proteção dos direitos humanos também terão de se apoiar na distribuição da riqueza entre o Norte e o Sul. Em que medida o primeiro estará disposto a abdicar de uma parte do seu modo de vida? Essa é uma pergunta de um milhão de euros.

Perante os caminhos individualistas que as sociedades hedonistas e consumistas têm desenhado, será a identificação do chão que nos une a garantir um mínimo de coesão social em torno de grandes desígnios. Este Congresso ajudou-nos nessa tarefa.

Muitos parabéns a todas e a todos. Foi uma honra assistir aos trabalhos.

E agora declaro encerrado o I Congresso Internacional Sustabilidade Empresarial, Direitos Humanos e Ambiente!

¹¹ Como escrevem Beate SJÄFJELL / Christopher M. BRUNER, «Corporations and Sustainability», in Beate SJÄFJELL / Christopher BRUNER (eds.), *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, 3-12, 4, «sustainability is informed by recognition of the importance of protecting human rights and securing the fulfilment of fundamental social needs, acknowledging the economic and societal risks that pervasive inequality, globally and within countries, poses».

