

Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial

Coordenadores

JORGE M. COUTINHO DE ABREU
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS
RUI PEREIRA DIAS





I
•
J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Responsabilidade Social das Empresas” integrada no projecto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UIDB/04643/2020).

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Tipografia Lousanense, Lda.

CONTACTOS

geral@ij.uc.pt
www.uc.pt/fduc/ij
Colégio da Trindade | 3000-018 Coimbra

ISBN

978-989-9075-32-0

e-ISBN

978-989-9075-33-7

DOI

https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/livro

© DEZEMBRO 2022

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito | Universidade de Coimbra

Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial

Coordenadores

JORGE M. COUTINHO DE ABREU
ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS
RUI PEREIRA DIAS

1 2 9 0



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA

<i>Jorge M. Coutinho de Abreu / Alexandre de Soveral Martins / / Rui Pereira Dias</i>	ix
1. CORPORATE DUE DILIGENCE: HISTORY AND FUTURE PROSPECTS <i>Claire Bright</i>	1
2. A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL VISTA DO LADO DE UMA EMPRESA <i>Carlos Martins Ferreira</i>	13
3. A CORPORATE GOVERNANCE NO MUNDO MULTI-STAKEHOLDER: REALIDADES E DESAFIOS <i>António Gomes Mota</i>	23
4. DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS E RESPONSABILIDADE CIVIL <i>Coutinho de Abreu</i>	29
5. DEVER DE DILIGÊNCIA E RESPONSABILIDADE (CRIMINAL) DAS EMPRESAS: TEMPOS DE MUDANÇA? <i>Susana Aires de Sousa</i>	41
6. PROPOSTA DE DIRETIVA RELATIVA AO DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS E À RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL – OS PRES- SUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL <i>Inês Martins</i>	55
7. CSDD (CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE): PRI- MEIRAS OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE DIRETIVA DE 23 DE FEVEREIRO DE 2022 <i>Rui Pereira Dias</i>	99
8. COMPLIANCE E DIREITO FISCAL <i>João Pedro Rodrigues</i>	135

NOTA PRÉVIA

No presente volume, reúnem-se os textos relativos às comunicações apresentadas no Colóquio *Dever de Diligência das Empresas e Responsabilidade Empresarial*, realizado em Coimbra no dia 10 de dezembro de 2021, no âmbito do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A essa data, era conhecida – e serviu de mote aos trabalhos – a *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*.

Já após o Colóquio, em 23 de fevereiro de 2022, foi publicada 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*, que foi tomada em consideração em alguns dos textos ora apresentados.

A todos os autores se agradece a participação neste volume, que se espera suscite na comunidade, jurídica e em geral, o interesse que a importância dos temas visados reclama.

*Jorge M. Coutinho de Abreu
Alexandre de Soveral Martins
Rui Pereira Dias*

CORPORATE DUE DILIGENCE: HISTORY AND FUTURE PROSPECTS

 https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/cap01

CLAIRE BRIGHT¹

On the 23rd of February 2022, the European Commission released its much-awaited Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence.² The overall objective is to ensure that companies active in the internal market contribute to sustainable development [...] through the identification, prevention and mitigation, bringing to an end and minimization of potential or actual adverse human rights and environmental impacts connected with companies' own operations, subsidiaries and value chains.³ Indeed, development cannot be sustainable without the respect for two of its key dimensions: the social (including human rights) and the environmental (including climate change) dimensions. The preamble of the UN Sustainable Development Goals recalls in this respect that the 17 Sustainable Development Goals and 169 targets 'seek to realize the human rights of all'.⁴

Various studies have highlighted that, whilst companies can have significant positive impacts on society and the environment, they can contribute to countries' economic growth and development by

¹ Associate Professor at NOVA School of Law, Lisbon and Director of the NOVA Centre for Business, Human Rights and the Environment.

² EUROPEAN COMMISSION, *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*, available at <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/doc_1&format=PDF>.

³ *Ibid*, Recital 15.

⁴ UNITED NATIONS, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development* - UN Doc A/RES/70/1, New York: UN, 2015, available at <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf>.

creating jobs and transferring skills and technology. However, a growing number of well-documented cases have shown that companies can cause or contribute to human rights and environmental harms, both in their own operations and in their value chains worldwide.⁵ Examples include issues of forced labour, child labour, as well as poor and unsafe working conditions in global supply chains. For example, one of every five cotton garments that are sold is said to be made with force labour of the Uyghur in the Xinjiang China.⁶ For the first time in recent history, child labour has actually been on the rise in the past 4 years where it has increased by 8,4 million to reach 160 million.⁷

Adverse human rights impacts have also frequently been observed in the so-called ‘Global North’ and have been aggravated by the COVID-19 crisis. Examples include issues of discrimination, precarious employment of workers in the hospitality sector and in the gig economy, labour standards of workers in the garment industry, or the working conditions of migrant workers in the agricultural sector.

As for the environmental, issues of pollution as well as climate change-related impacts resulting from corporate activities of multinational companies have been widely observed. According to the report of UN Special Rapporteur Philip Alston, fossil fuel companies are the main drivers for climate change and account for 91% of global industrial greenhouse emissions and 70% of all human-made emissions.⁸ It has been increasingly acknowledged that environmental harms have negative consequences for human rights and the right to a safe, clean

⁵ Axel MARX / Claire BRIGHT / Jan WOUTERS, *Access to Legal Remedy for Victims of Corporate Human Rights Abuses in Third Countries* (Study Requested by the European Parliament’s Sub-Committee on Human Rights), Brussels: European Parliament, 2019, available at <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU\(2019\)603475_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/603475/EXPO_STU(2019)603475_EN.pdf)>.

⁶ Jewher ILHAM, «There’s a good chance your cotton T-shirt was made with Uyghur slave labor», *The Guardian* (9 Apr. 2021), available at <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/apr/09/cotton-slave-labor-uyghur-region-china>>.

⁷ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Child labour rises to 160 million – first increase in two decades*, Genève: ILO, 10 Jun. 2021, available at <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/wcms_800090/lang-en/index.htm>.

⁸ Philip ALSTON, *Climate change and poverty: report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, A/HRC/41/39*, New York: UN, 17 Jul., 2019, available at <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/218/66/PDF/G1921866.pdf?OpenElement>>.

healthy and sustainable environment was itself recognized as a human rights by the UN Human Rights Council in October 2021.⁹

Against this backdrop, there have been various attempts to regulate corporate activities in relation to human rights and the environment, in a first step through self-regulatory approaches, in a second step through soft law approaches, and more recently through hard law mechanisms on mandatory human rights and environmental due diligence.

1. Self-regulation by private actors

In recent decades, the outsourcing of production activities in developing countries and the exploitative conditions of the labour force have generated public outcry and given rise to scandals and controversies. As a result, protests and legal actions against large multinational companies have intensified. In order to address the reputational risk, from the 90s onwards, companies started to embark on a path of self-regulation through the adoption of codes of conduct and public commitments.¹⁰ However, doubts about the effectiveness (or lack thereof) of self-regulation by private actors soon emerged.¹¹

In a second phase, companies began to explore other avenues, notably through audits and membership in certification schemes to address social and environmental concerns. These voluntary approaches have sometimes become part of a formal framework at the international level. The most significant example in this respect is undoubtedly that of the United Nations Global Compact, launched in 1999 at the initiative of the former UN Secretary General, Kofi Anan, who, at the World Economic Forum in Davos, called on business leaders

⁹ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *The human right to a clean, healthy and sustainable environment, Resolution adoption by the Human Rights Council on 8 October 2021*, A/HRC/RES/48/13, New York: UN, 18 Oct. 2021, available at <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>>.

¹⁰ Anita RAMAASTRY, «Closing the governance gap in the business and human rights arena: lessons from the anti-corruption movement», in Surya DEVA / David BILCHITZ, *Human Rights Obligations of Business – Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 162-190, 162.

¹¹ Claire BRIGHT *et al.*, «Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in their Global Value Chains?», *Business and Politics*, Cambridge: Cambridge University Press, 22/4 (2020), 667-697, 667.

to gather around common values and principles in order to give a “human face to the global market”.¹² The Global Compact is based on ten principles derived from international instruments around human rights, labour standards, the environment and anti-corruption that member companies publicly commit to embrace.¹³ It has been a successful initiative and nearly 15,500 companies have now joined the Global Compact. However, its intrinsic limitation lies in the fact that it remains completely powerless in relation to companies who do not wish to join the initiative and that it lacks teeth in relation to the one who do but only superficially comply with their commitments.

In a second step, a different approach was pursued which saw the emergence of soft law instruments.

2. The emergence of soft law instruments

In 2005, the architect of the UN Global Compact and Harvard Professor John Ruggie, was called upon to identify standards and good practices in business and human rights, as well as to clarify certain key concepts. His mandate, which lasted six years, was marked by numerous consultations with stakeholders, and eventually lead to the unanimous endorsement of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) by the Human Rights Council in 2011.¹⁴

The UNGPs differ in their approach from the UN Global Compact insofar as they do not require adherence by private or state actors, but rather affirm to apply “to all states and to all business enterprises, regardless of their size, sector, location, ownership or structure”.¹⁵ The UNGPs have contributed to significant progress towards promoting

¹² Kofi ANNAN, *Kofi Annan's address to World Economic Forum in Davos*, New York: UN, 1 Feb. 1999, available at <<https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/1999-02-01/kofi-annans-address-world-economic-forum-davos>>.

¹³ UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, *The Ten Principles of the UN Global Compact*, New York: UN, available at <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>>.

¹⁴ UNITED NATIONS, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31, New York: UN, 2011, available at <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf>.

¹⁵ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, *Guiding principles on business and human rights*, 1.

respect for human rights and the environment in the context of business activity. They have articulated the complementary roles of States and business in preventing, addressing and remedying business-related human rights and represent a global standard of expected conduct for all business enterprises wherever they operate. Their adoption marked the first time in history that an international instrument of this type recognised that companies have a responsibility to respect human rights, meaning that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.

The UNGPs are presented as a text that does not create new legal obligations, but rather clarifies the existing obligations of states to protect human rights under international law and the responsibility of companies in this respect based on the social expectations and their so-called licence to operate.¹⁶ In order to gather the necessary consensus around the text, the UNGPs have opted for a soft law approach, meaning that they are not legally binding. Nevertheless, they have inherent persuasive power, and have shaped the legislative developments that are currently taking place.¹⁷

Importantly, the UN Guiding Principles introduced the concept of “human rights due diligence” which constitutes the operational means through which companies can fulfil their responsibility to respect human rights. Human rights due diligence refers to an ongoing process that companies are expected to put in place through which they can identify, prevent, mitigate and account for the actual and potential adverse human rights impacts that they may cause or contribute to through their own activities, or which may be directly linked to their operations, products, or services by their business relationships.

The concept of human rights due diligence has been introduced in a number of other international and regional standards and instruments, such as the OECD Guidelines on Multinational Corporations

¹⁶ Chiara MACCHI / Claire BRIGHT, «Hardening Soft Law: the Implementation of the Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislations», In Martina BUSCEMI, et al., *Legal Sources in Business and Human Rights: Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden: Brill, 2020, 218-247, 218.

¹⁷ John G. RUGGIE / Caroline REES / Rachel DAVIS, «Ten years after: From the UN Guiding Principles to multi-fiduciary obligations», *Business and Human Rights Journal* (forthcoming), Cambridge: Cambridge University Press, 1.

where it was extended to other fields such as the environment. However, the UNGPs, like the other international instruments which followed suit, did not frame the corporate responsibility to respect human rights as legal obligation but rather as a moral or ethical responsibility grounded on social expectations and the so-called social licence to operate. In practice, the soft law nature of the instrument entails that the decision to exercise human rights due diligence remains at the companies' discretion, with no sanction in case of non-compliance. As a result, the uptake of the human rights due diligence expectations by companies has remained limited. For example, in the 2020 Corporate Human Rights Benchmark assessment - which assessed the human rights disclosures of 230 of some of the biggest companies in the world - nearly half of the companies assessed (46.2%) failed to score any points on the human rights due diligence part of the assessment. In Germany, the results of the 2020 monitoring process revealed that only 13-17% of the 455 companies surveyed could show that they adequately meet their due diligence obligations as contained in the German National Action Plan for Business and Human Rights.¹⁸ In Portugal, the first National Enquiry on Responsible Business Conduct and Human Rights revealed that less than one in five companies have human rights due diligence processes in place.¹⁹

These findings are of particular relevance since human rights due diligence processes have been recognised as a core practice of responsible business conduct, key to the fulfilment of the UN Sustainable Development Goals (SDGs). In relation to the COVID-19 crisis, preliminary studies have suggested that companies who had solid human rights due diligence processes in place had responded to the crisis in

¹⁸ GERMANY, Federal Foreign Office, *Monitoring the National Action Plan for Business and Human Rights (NAP)*, Berlin: AA, 13 Oct 2020, available at <<https://www.auswaertiges-amt.de/en/aussenpolitik/themen/aussenwirtschaft/wirtschaft-und-menschenrechte/monitoring-nap/2131054>>.

¹⁹ Ana Lúcia ROMÃO et al., *Resultados do Iº Inquérito Nacional sobre Conduta Empresarial Responsável e Direitos Humanos*, Lisbon: DGAE, ISCSP, CAPP, 2018, available at <<https://www.dgae.gov.pt/servicos/sustentabilidade-empresarial/responsabilidade-social-das-empresas.aspx>>. See also Claire BRIGHT, «Some Concluding Remarks on Business and Human Rights in Portugal», *NOVA Centre on Business Human Rights and the Environment Blog*, Lisbon: Nova, 12 Nov. 2020, available at <<https://ncbhre.novalaw.unl.pt/concluding-remarks-business-human-rights-portugal/>>.

a way that was more human-rights compatible, and were more likely to cope better with the long term negative effects of the pandemic.²⁰

In an attempt to address this gap, an increasing number of jurisdictions have adopted, or are considering the adoption of legislation mandating companies to exercise due diligence in relation to human rights and environmental harms.

3. Towards mandatory human rights and environmental due diligence

In recent years, a growing number of jurisdictions have started to implement the human rights due diligence requirements set out in the UNGPs through the adoption of legally binding legislation at the domestic level.

The regulatory landscape was first marked by the emergence of laws aimed at encouraging companies to exercise human rights due diligence through transparency obligations.²¹ In this respect, California paved the way in 2010 with the California Transparency in Supply Chain Act,²² followed by the UK Modern Slavery Act in 2015,²³ and by the Australian Modern Slavery Act in 2018.²⁴

In spite of the differences between these laws, they share certain common features and in particular the fact that they require companies to publish a statement describing the measures, if any, that they have taken to prevent modern slavery and human trafficking in

²⁰ OECD, *OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19): COVID-19 and responsible business conduct*, Paris: OECD, 16 Apr. 2020, available at <oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-responsible-business-conduct-02150b06/>.

²¹ Claire BRIGHT, «Mapping Human Rights Due Diligence Regulations and Evaluating their Contribution in Upholding Labour Standards in Global Supply Chains», in Guillaume DELAUTRE / Elizabeth ECHEVERRÍA MANRIQUE / Colin FENWICK, *Decent work in globalised economy: Lessons from public and private initiatives*, Genève: ILO, 2021, 75-108, 75.

²² California Transparency in Supply Chains Act of 2010, Senate Bill No 657, available at <https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=200920100SB657>.

²³ UK Public General Acts, 2015 c.30, Modern Slavery Act 2015, available at <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>>.

²⁴ Australian Modern Slavery Act 2018, No 153, 2018, available at <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>>.

their operations and supply chains. The aim is to make information available to enable stakeholders to better understand how companies are dealing with these issues to allow them to put the necessary pressure on companies and make informed choices. However, whilst these transparency laws have contributed to an increased awareness of modern slavery issues in global supply chains,²⁵ two main criticisms have been addressed to them. The first criticism is that the impact that they have had in practice on corporate practices has remained very modest. This is due in particular to the limited sanctions that they provide in case of non-compliance. For example, the UK Modern Slavery Act provides that in case of non-compliance, the competent judge may order the company to comply with these transparency obligations. However, in practice, this injunction has never been sought, even though widespread problems of non-compliance have been identified. The latest UK government report indicated that 40% of companies subject to the Act are not complying with the transparency obligation.²⁶ In addition, the excessive discretion given to companies by the Act and the lack of clarity on the criteria for reporting have led to a superficial application of the obligation by the companies subject to it, which does not allow for credible information to be provided to interested parties.²⁷

A second criticism relates to the limited scope of the reporting obligation, which concerns only one particular area: modern slavery and human trafficking. This choice of a segmented approach on the part of the legislator carries the risk of inducing perverse effects by leading companies to prioritise the treatment of these issues regardless of whether or not they constitute the most risky human rights within their own value chains.²⁸

²⁵ Hon Frank FIELD, *Independent Report: Independent review of the Modern Slavery Act: final report (accessible version)*, 31 Dec. 2021, available at <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/101111/independent-report-2021.pdf>.

²⁶ Hon Frank FIELD, *Independent Report*, at 42.

²⁷ Justine NOLAN / Gregory BOTT, «Global Supply Chains and Human Rights: Spotlight on Forced Labour and Modern Slavery Practices», *Australian Journal of Human Rights*, Sydney: Taylor and Francis, 24/1 (2018) 44-69, 44.

²⁸ Clifford CHANCE, *Business and Human Rights: Navigating a Changing Legal Landscape*, London: Global Business Initiative on Human Rights, 2019, available at <<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2019/03/business-and-human-rights-navigating-a-changing-legal-landscape.pdf>>.

In response to these shortcomings, other countries have sought to go beyond simple transparency obligations to impose a genuine duty of care on companies. Different types of laws exist in this regard. Some target a particular labour law issue, while others provide for a more general duty of care in terms of human rights and sometimes also in terms of the environment.

For instance, France adopted the French Duty of Vigilance law in 2017²⁹ which requires large French companies to establish, effectively implement and disclose a vigilance plan setting out due diligence measures taken in relation to the companies' own activities, the companies under their control, or from the activities of their subcontractors and suppliers with whom they have an established business relationship. The Netherlands adopted the Dutch Child Labour Due Diligence Act adopted in 2019³⁰ requires companies that supply goods or services to Dutch end-users to exercise human rights due diligence in relation to child labour. Recent legislation on mandatory due diligence have also been adopted in Germany and in Norway and have been put forward in several other jurisdictions.

In 2020, the study that we undertook for the European Commission on 'Due Diligence Requirements Through the Supply Chains'³¹ was published. The study - which relied in part on consultation with multistakeholders across Europe - highlighted the limitations of current corporate practices in Europe in relation to human rights and environmental due diligence. In particular, only just over one-third of business respondents indicated that their companies undertake due diligence which takes into account all human rights and environmental

²⁹ Loi no. 2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre [acces. xx Xxx. 202x <It is missing the access date>], available at <<http://www.respect.international/french-corporate-duty-of-vigilance-law-english-translation/>>.

³⁰ The Dutch Child Labour Due Diligence Act 2019 (unofficial English translation commissioned by the law firm of Ropes & Gray), available at <<https://www.ropesgray.com/en/newsroom/alerts/2019/06/Dutch-Child-Labor-Due-Diligence-Act-Approved-by-Senate-Implications-for-Global-Companies>>. Original Dutch language text available at <https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20170207/gewijzigd_voorstel_van_wet/document3/f=/vkbkk8pud2zt.pdf>.

³¹ Lise SMIT et al., *Study on Due Diligence Requirements Through the Supply Chain*. FINAL REPORT, Brussels: European Commission, 2020, 10.2838/39830, available at <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1>>.

impacts, and for the majority of those, the due diligence exercise is limited to first tier suppliers. The majority of the stakeholders supported the introduction of a general requirement at EU level which would mandate companies to undertake human rights and environmental due diligence in their own operations and throughout their supply chains. In addition, nearly 70% of companies surveyed anticipated that mandatory human rights and environmental due diligence legislation would benefit business in that it would provide for a single, harmonised EU-level standard (rather than an array of fragmented approach at the national level), would provide legal certainty, would allow to level the playing field by holding EU competitors to the same standard and would facilitate leverage with business partners by setting a non-negotiable standard. Based on the findings of the study, European Commissioner Didier Reynders announced the commitment of the European Commission to introduce a legislative initiative which would make it mandatory for companies in Europe to exercise human rights and environmental due diligence.³²

On the 10th of March 2021, the European Parliament adopted, by a large majority, a resolution with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability,³³ containing the text of a draft directive in the annex. On the 23rd of February 2022, the European Commission published its Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence³⁴ which aims ‘to ensure that companies active in the internal market contribute to sustainable development [...] through the identification, prevention and mitigation, bringing to an end and minimization of potential or

³² EUROPEAN COALITION FOR CORPORATE JUSTICE (ECCJ), «Commissioner Reynders announces EU corporate due diligence legislation», New York: BHRR, 30 Apr. 2020, available at <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/commissioner-reynders-announces-eu-corporate-due-diligence-legislation/>>.

³³ Resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (2020/2129(INL)), available at <[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/2129\(INL\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2020/2129(INL))>.

³⁴ 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, available at <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF>.

actual adverse human rights and environmental impacts connected with companies' own operations, subsidiaries and value chains'. The Draft Directive seeks to require large and midcap companies operating in certain 'high impact' sectors to undertake human rights and environmental due diligence. It will apply both to European companies as well as third-country companies generating a certain turnover in the EU market. It provides for strong enforcement mechanisms through both administrative oversight by public bodies which powers to investigate and issue sanctions, and civil remedies for victims. Once adopted, the Directive will then need to be implemented into the national laws of the Member States.

Conclusion

The field of business and human rights have known important developments over the past decades and the concept of human rights due diligence as set out in the UNGPs have gained traction and been extended to other fields such as the environment. The recent move towards hard law regulation and the introduction of mandatory human rights and environmental due diligence legislation places corporate due diligence as a cornerstone of the corporate responsibility in order to prevent and address adverse impacts of corporate activities throughout the value chain and contribute to sustainable development.

The hardening of the soft law has been driven through legislative developments at the national and European level but important developments are also taking place at the international level, where discussions are taking place around the introduction of a legally binding instrument on business and human rights.

Eventually, the key challenge will turn to the implementation of the new corporate due diligence requirements set out in law and whether they are approached as a tick-box exercise by companies through cosmetic changes or whether they are capable of fostering meaningful changes in corporate behaviour upholding respect for human rights and the environment in global value chains, thereby contributing to sustainable development.

A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL VISTA DO LADO DE UMA EMPRESA*

✉ https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/cap02

CARLOS MARTINS FERREIRA**

1. Uma pequena folha

Em 2022 Jerónimo Martins fará 230 anos e passar-se-ão 101 anos sobre a data em que foi adquirida pela família que ainda hoje se constitui como seu accionista controlador.

Em 2017, no ano em que Jerónimo Martins completou 225 anos de existência, teve lugar o processo de *rebranding* da empresa, que conduziu ao actual logótipo.

Na nova marca, no lugar do acento agudo da palavra Jerónimo brota agora uma pequena folha. Essa folha simboliza não só o crescimento, mas, sobretudo, o crescimento sustentável.

Longo prazo e crescimento sustentável são, pois, reivindicados como marcas identitárias por Jerónimo Martins.

O que, de certa forma, nos facilita a tarefa que gentilmente nos foi confiada de, nesta mult centenária instituição, que tanto deu ao Direito e à ciência jurídica, transmitir a perspectiva de uma empresa sobre o tema da responsabilidade social empresarial (vai-se consagrando o anglicismo “responsabilidade social corporativa” ou só “responsabilidade corporativa”, mas procuremos resistir-lhe).

* O presente texto corresponde, no essencial, à apresentação feita pelo Autor no colóquio “Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial”, realizado no dia 10 de Dezembro de 2021, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

** Advogado, Director Jurídico de Jerónimo Martins, SGPS, S.A.

2. Uma questão de sobrevivência

Em entrevista publicada, em Julho de 2005, numa revista dirigida aos colaboradores do Grupo Jerónimo Martins¹, Alexandre Soares dos Santos sentenciava, no seu jeito incisivo e directo, sem hesitações: “Nenhuma empresa sobrevive sob uma gestão que não seja socialmente responsável.”

Nessa mesma revista, a mensagem introdutória de Alexandre Soares dos Santos surpreende pela capacidade de antecipar a importância que a “agenda da sustentabilidade” viria a ter volvida cerca de década e meia, já que ali podemos encontrar enunciados os princípios basilares de um efectivo compromisso de incorporação dos factores ambientais, sociais, económicos e éticos nas decisões estratégicas tomadas pela empresa.

Apetece deixar falar o histórico líder de Jerónimo Martins:

Importa assim clarificar, de uma vez por todas, a verdadeira dimensão da responsabilidade social porquanto ela pode significar, e significa na minha opinião, uma verdadeira vantagem competitiva. Um erro ainda frequente é pensar que responsabilidade social é dar dinheiro para obras de mecenato. Se é verdade que acções de mecenato fazem parte de um programa de responsabilidade social de uma empresa, por si só, não tornam uma empresa socialmente responsável.

Uma empresa socialmente responsável avalia os impactos das decisões que toma não só para o curto prazo, mas também para o médio e longo prazo...

É preciso que cada uma das nossas empresas esteja pronta a fazer um diagnóstico neste sentido, inventariando todos os potenciais impactos negativos da actividade e visando a constatação das necessidades não só de accionistas e consumidores, mas também de os outros *stakeholders*. Com esta informação estaremos aptos a apresentar planos com objectivos concretos e ambiciosos aos três níveis referidos: lucro (obviamente!) mas também social e ambiental.

3. E, logo, uma questão de convicção

Como é sabido, a adopção de práticas de gestão socialmente responsável passa, comumente, por várias fases, havendo quem distinga as seguintes:

¹ Revista *WorkOut* 6 (publicação interna de Jerónimo Martins, Julho de 2005).

- *fase coerciva* (as medidas são legalmente impostas, existe pressão dos *stakeholders*, dos consumidores, dos meios de comunicação social, das Organizações não Governamentais, dos bancos financiadores);
- *fase da conveniência* (a empresa é movida por critérios de reputação e imagem, de promoção de produto, procura capitalizar *goodwill* junto de grupos de referência); e
- *fase da convicção* (a empresa empenha-se de alto a baixo – *from top to bottom* neste tipo de gestão, acreditando nos seus benefícios para a prosperidade e continuidade do negócio).

Do que acima extractei das palavras de Alexandre Soares dos Santos, dúvidas não podem restar que, já em 2005, a gestão de topo de Jerónimo Martins estava convicta da vantagem da definição de estratégias de desenvolvimento sustentável.

Essa convicção é hoje ainda mais intensa, reflectindo-se em todos os níveis da organização e de forma transversal. É assim em Jerónimo Martins e, reconheça-se, regra geral, com maior ou menor intensidade, nas demais empresas (ao menos nas de dimensão relevante) que se empenham em modelos de competitividade sustentada.

4. Longe vão os tempos...

Longe vão os tempos da doutrina Friedman e da *Shareholder Theory*, segundo a qual os accionistas são o motor económico da organização e o único grupo perante o qual a empresa é socialmente responsável (“few trends would so thoroughly undermine the very foundations of our free society as the acceptance by corporate officials of a social responsibility other than to make as much Money for their shareholders as they possibly can”²)

Foi esta visão neoclássica da empresa que permitiu a muitos pôr em causa a autenticidade da responsabilidade social empresarial (RSE ou,

² Milton FRIEDMAN, *Capitalism and freedom*, Chicago: University of Chicago Press, 1962, 133. No mesmo sentido, o mesmo autor: Milton FRIEDMAN, «The Social Responsibility of Business is to Increase Its profits», *The New York Times Magazine*, New York: *New York Times*, 1970.

usando a sigla inglesa, CSR), rejeitando-a ou mesmo ridicularizando-a, com base em argumentos, *soi-disant*, lapidares³:

- as empresas pertencem aos accionistas;
- as empresas que “perdem tempo” com a RSE não são negócios bem-sucedidos;
- em tempos difíceis, as empresas têm de se concentrar nos resultados financeiros (*bottom line*);
- a responsabilidade de lidar com as questões sociais é dos governos, não das empresas;
- as empresas não se preocupam, só lhes interessa o lucro, a RSE não passa de uma “cortina de fumo”.

Perspectiva contra a qual, sem papas na língua, se pronunciou, em já lendária entrevista ao *Financial Times*, Jack Welch, antigo CEO da *General Electric*: “Shareholder value is the dumbest idea in the world.”⁴

No mesmo sentido, mas de forma mais elaborada, argumentando que a doutrina de Milton Friedman teve consequências nefastas não só para a economia, mas também para o ambiente e a sociedade em geral, Colin Mayer veio oferecer uma visão alternativa para o propósito da empresa que, segundo afirma, é o de produzir soluções lucrativas para os problemas das pessoas e do planeta (“The purpose of business is to produce profitable solutions to the problems of people and planet, and in the process, it produces profits.”⁵).

Filiando-se nesta mesma linha de pensamento, novos movimentos sobre o propósito societário defendem a transição para modelos de negócio sustentáveis e idealmente regenerativos, com impactos positivos na sociedade e no ambiente, através dos quais as empresas procuram “dar mais do aquilo que tiram” (fala-se, a propósito, de empresas e negócios *net positive*).⁶

³ *Argumentos habituais, para não dizer pouco imaginativos, conforme bem elencados por Mallen BAKER, Arguments against corporate social responsibility - And some responses*, 23 Mai. 2018, disponível em <<http://mallenbaker.net/article/clear-reflection/arguments-against-corporate-social-responsibility-and-some-responses>>.

⁴ Entrevista conduzida por Francisco Guerrero, em 12 de Março de 2009, disponível em <<https://www.ft.com/content/294ff1f2-0f27-11de-ba10-0000779fd2ac>>.

⁵ Colin MAYER, *Prosperity: Better Business Makes the Greater Good*, Oxford: Oxford University Press, 2018.

⁶ Paul POLMAN / Andrew WINSTON, *Net Positive, How courageous companies thrive by giving more than they take*, Cambridge: Harvard Business Review Press, 2021.

Com importância essencialmente simbólica, porventura, mas ainda assim com grande repercussão transatlântica, sufragando a novel doutrina do propósito societário, destaca-se a declaração, subscrita por 181 CEOs de grandes empresas norte-americanas, reunidas no seio da associação empresarial *Business Roundtable*, em 19 de Agosto de 2019, assumindo o compromisso de uma governação societária orientada em benefício de todos os *stakeholders* (não apenas os accionistas, mas também os trabalhadores, os clientes, os fornecedores e as comunidades envolventes⁷).

5. Há um *business case* para a RSE

Certo é que, independentemente de tudo o mais, das múltiplas teorias que se têm vindo a desenvolver, se afigura poder extrair um ponto comum: a de que existe uma clara relação entre o desempenho não financeiro de uma empresa e o seu desempenho económico ou financeiro.

Esta ideia não é nova, conforme aflorava já nas palavras de Alexandre Soares dos Santos acima citadas, sendo frequentemente sintetizada como correspondendo à necessidade de obter resultados ambiciosos a três níveis (o chamado *triple bottom line*, ou os 3 P's da Sustentabilidade):

- Profit / Lucro (Proveito);
- Planet / Planeta; e
- People / Pessoas.

Dito de outra forma, o bom desempenho económico anda a par e não dispensa o bom desempenho ambiental e o bom desempenho social, sendo na justaposição de todos eles que se alcança a verdadeira sustentabilidade do negócio (da empresa) a longo prazo.

Mas, se assim é, forçoso é também concluir-se pela existência de um *business case* (o que vale por dizer, de uma razão de ser subjacente e justificadora, do ponto de vista empresarial) para a RSE, que se pode aferir a partir dos benefícios que gera para o desenvolvimento sustentável dos negócios⁸:

⁷ “Each of our stakeholders is essential. We commit to deliver value to all of them, for the future success of our companies, our communities and our country.”

⁸ Como bem identifica Catherine COTE, «Making the Business Case for Sustainability», *Harvard Business School Online*, 13 Abr. 2021, disponível em <https://online.hbs.edu/blog/post/business-case-for-sustainability>.

- impulsiona a inovação;
- reduz os riscos ambientais e de abastecimento;
- atrai e retém colaboradores;
- alarga a base de clientes e cria lealdade à marca;
- reduz os custos de produção;
- gera publicidade positiva;
- ajuda a diferenciar num mercado cada vez mais competitivo; e
- permite definir tendências.

Sem nunca esquecer, porém, que o imperativo da sustentabilidade económica, no processo de criação de valor, se faz sempre sentir quando falamos de empresas.⁹

E cientes de que estabelecer um programa de responsabilidade social empresarial não é fácil, nem depende de receitas milagrosas, impondo uma resposta clara às seguintes interrogações:

- como incorporar o impacto social nas decisões de gestão/tomada de decisões?
- como “internalizar” os programas de responsabilidade social empresarial, envolvendo todos os “associados” da empresa?
- como medir o impacto das acções realizadas, i.e. se estas estão, de facto, a produzir os resultados pretendidos e a atender às necessidades das partes interessadas?

6. O papel da Regulação

No *Green Paper* sobre RSE de Julho de 2001¹⁰, a Comissão Europeia havia definido responsabilidade social das empresas como um conceito segundo o qual as empresas integram preocupações sociais e

⁹ Como bem pode atestar o caso de Emmanuel Faber, antigo CEO e presidente do conselho de administração da Danone - que desde 2014, na esteira, aliás, da liderança iniciada nos anos sessenta por Antoine Riboud, se havia empenhado num modelo *multi-stakeholder* orientado para negócios ambiental e socialmente responsáveis - ao ser afastado, em Março de 2021, pelos seus colegas de conselho, que terão cedido à pressão de accionistas minoritários e investidores activistas, críticos do crónico baixo desempenho económico da empresa quando comparada com os seus principais concorrentes.

¹⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility*, 18 Jul. 2001, disponível em <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/DOC_01_9>.

ambientais nas suas actividades comerciais e na sua interacção com as partes interessadas numa base voluntária:

Corporate social responsibility is essentially a concept whereby companies decide voluntarily to contribute to a better society and a cleaner environment.

Já na comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho e aos Comités Económico e Social e das Regiões, de Outubro de 2011¹¹, a Comissão Europeia afirma que “certas medidas regulamentares podem criar condições mais propícias a que as empresas assumam voluntariamente essa responsabilidade.”

Poder-se-á perguntar, com pertinência, o que mudou numa década de modo a provocar este novo entendimento da Comissão Europeia. Terão as empresas procrastinado na adopção de políticas de gestão socialmente responsáveis?

Do que acima dissemos, a propósito da convicção com que as grandes empresas (porventura as mais relevantes em termos de impacto) vinham adoptando práticas de RSE, julgamos que a resposta não poderá deixar de ser negativa.

O problema, não será tanto as empresas nada fazerem, mas sim, alegadamente, não fazerem o suficiente (e suficientemente depressa) para fazer face à emergência climática e, em geral, para atingir os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) definidos pela ONU.

Por outro lado, ter-se-á disseminado, ou pelo menos agravado, nos últimos anos, contra todas as evidências, a ideia de que as empresas (em particular, as grandes empresas) são as grandes destruidoras do meio ambiente, movidas exclusivamente pelo lucro imediato¹².

Daí, a receita habitual dos governos, nacionais e europeus: (mais) regulação.

¹¹ EUROPEAN COMMISSION, *Responsabilidade Social das Empresas: uma nova estratégia da EU para o período 2011-2014*, 25 Out. 2011, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52011DC0681>>.

¹² O estudo elaborado pela consultora EY para a Comissão Europeia, em Julho de 2020, intitulado “Study on Director’s duties and sustainable corporate governance”, terá contribuído para alimentar este entendimento.

Ora, não se negando que a regulação, neste caso como noutros, possa ter um papel importante enquanto impulsionador, orientador e facilitador de boas práticas, importa perguntar, que regulação?

- regulação coerciva ou imperativa (mais punitiva; poderá ser necessária para assegurar um verdadeiro *level playing field*);
- regulação orientadora ou exigente (define padrões);
- regulação colaborativa ou cooperativa (por exemplo: tratamento fiscal favorável dos donativos alimentares e enquadramento jusconcorrencial diferenciado das alianças horizontais que visem práticas ambiental e socialmente sustentáveis).

No “estado da arte” (atento o nível de adesão dos CEOs a práticas socialmente sustentáveis) cremos que, só em aspectos contados se justificará uma regulação de natureza coerciva ou imperativa, devendo privilegiar-se a de natureza orientadora e colaborativa.

7. As iniciativas europeias em matéria de Governo Sustentável das Empresas¹³

Recentes iniciativas e consultas feitas pela Comissão Europeia em matéria de governo sustentável das empresas, deixam adivinhar uma ampliação do conceito de “interesse da empresa”, justificador da instituição de um particular dever de diligência ao longo da cadeia de abastecimento e de novos deveres fiduciários dos administradores, legalmente obrigatórios, sindicáveis e sancionáveis (partindo da identificação das partes interessadas e dos respectivos interesses).

Em particular, importa uma referência à Recomendação do Parlamento Europeu à Comissão Europeia, aprovada por resolução de 10 de Março de 2021 (com vista à elaboração de uma Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas

¹³ Por ocasião do colóquio que deu azo a este texto estava em causa apenas a Recomendação do Parlamento Europeu à Comissão Europeia de 10 de Março de 2021. Entretanto, em 23 de Fevereiro de 2022, a Comissão Europeia adoptou uma proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Directiva (EU) 2019/1937. Se bem que este texto já não constitua objecto da nossa análise, parte das críticas apontadas à Recomendação do Parlamento Europeu poderiam, com propriedade, ser-lhe endossadas.

e à responsabilidade empresarial), apenas para identificar algumas características que, do nosso ponto de vista, justificam uma abordagem crítica ou, pelo menos, cuidadosa, da iniciativa¹⁴:

- parece adoptar uma abordagem de *one-size-fits-all* que ignora a complexidade dos problemas relacionados com a *due diligence* ambiental e social;
- parece ter em vista levar as empresas europeias a contribuir para a mudança das práticas ambientais, de recursos humanos e de governo fora da União Europeia;
- utiliza padrões de referência, muito deles porosos e indeterminados que os anexos terão de especificar, que resultam de uma miríade de documentos internacionais e regionais negociados entre Estados, o que suscita a legítima dúvida sobre como podem estes conceitos ser trabalhados num contexto empresarial;
- não clarifica o escopo da obrigação de cumprimento normativo, designadamente quais as relações de negócio relevantes (v.g. que subcontratados são abrangidos);
- deixa em aberto a extensão/causalidade dos riscos que deve ser tida em conta (efeitos reais ou potenciais?);
- não esclarece que respostas devem ser dadas aos riscos identificados e por quem.

Claro está que os riscos deste tipo de abordagem para as empresas são evidentes, traduzindo-se, para além do mais, em¹⁵:

- complexificação do processo de decisão;
- incerteza relativamente à *business judgement rule*;
- aversão ao risco;
- paralisia do processo decisório;

¹⁴ Estas e outras críticas podem ser encontradas em Paul DAVIES et al., «Commentary: The European Parliament’s Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability», *European Corporate Governance Institute*, Bruxelles: ECGI, 19 Abr. 2021, disponível em <<https://ecgi.global/news/commentary-european-parliament%E2%80%99s-draft-directive-corporate-due-diligence-and-corporate>>.

¹⁵ Seguimos de perto, por merecer a nossa concordância, o certo diagnóstico de Abel Ferreira, Director Executivo da AEM, em apresentação de 14 de Julho de 2021, feita no âmbito do seminário “ESG e SUSTENTABILIDADE – de NICE TO HAVE a MUST HAVE”, promovido pela Comissão de Responsabilidade Corporativa e Anticorrupção da Delegação Portuguesa da Câmara Internacional de Comércio, disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=N1KaMDn1N7k>>.

- elevada carga administrativa / burocrática;
- impacto negativo nas decisões de investimento, dificultando o acesso a financiamento;
- aumento da litigância;
- diminuição do desempenho económico das empresas europeias.

A CORPORATE GOVERNANCE NO NOVO MUNDO MULTI-STAKEHOLDER: REALIDADES E DESAFIOS

https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/cap03

ANTÓNIO GOMES MOTA*

A dinâmica da *corporate governance*, no presente, está a ser significativamente impactada pela evolução do papel das organizações empresariais na sociedade que progressivamente vai abrangendo a interação da empresa com os múltiplos *stakeholders* que gravitam no seu ecossistema.

Esta nova centralidade de uma visão mais inclusiva quanto ao papel e relevância dos *stakeholders* na gestão empresarial está a ser cada vez mais assumida por governos, reguladores, investidores e também pelos gestores.

Nesta última década assistiu-se à emergência da designada ESG – *Environment, Social and Governance* que concretiza um novo quadro de análise da atividade da empresa, focando o seu impacto no meio-ambiente (emissões de CO₂, tratamento de desperdícios, poluição, etc.) a valorização do fator humano (formação, equidade das grelhas salariais, segurança no trabalho, etc.) e a relevância de boas práticas de *governance* (códigos de ética, níveis de litigância, etc.). De um modo crescente os investidores (particularmente os institucionais) passaram a tomar decisões sobre as empresas onde iriam investir tendo justamente em atenção os resultados obtidos em termos dos principais indicadores ESG. Um exemplo paradigmático desta nova realidade está na carta que Larry Fink, CEO da *BlackRock*, a maior gestora de ativos do mundo, dirige anualmente aos CEOs de empresas cotadas. Nas duas mais

* Professor Catedrático do ISCTE Business School – Instituto Universitário de Lisboa e Presidente da Direção do Instituto Português de *Corporate Governance*.

recentes, de 2021 e 2022 definiu, por um lado, o combate às mudanças climáticas como um elemento decisivo na ação empresarial, urgindo os CEOs a definirem para as suas empresas uma estratégia de obtenção da neutralidade carbónica e, em simultâneo, criarem um conjunto de métricas para se ir avaliando o respetivo progresso nesse objetivo. Por outro, acentuou a visão da responsabilidade proativa dos gestores em relação ao bem-estar dos seus trabalhadores e das comunidades que servem como pedra basilar do sucesso a longo prazo das empresas.¹

Num outro plano, mas num sentido similar, está o papel muito ativo que a União Europeia (e com forte apoio dos governos) na concretização de várias iniciativas de fomento de uma *corporate governance* sustentável, como a recente proposta de diretiva relativamente à obrigatoriedade de introdução de mecanismos de *due diligence* sobre a cadeia de abastecimento especialmente em relação a direitos humanos e impacte ambiental². E outras iniciativas, como a densificação do reporte não financeiro ou o alargamento das responsabilidades dos administradores, poderão ser realidade a curto prazo.

Este novo enquadramento institucional e regulamentar criou, como seria de esperar, do lado das empresas um conjunto de iniciativas visando responder a este novo mundo *multi-stakeholder*. Muitas empresas têm revisitado a sua visão e missão, criaram, caso não existissem, ou reformularam e ampliaram os seus códigos internos de ética e conduta, muscularam a área de *compliance* com novos meios e acrescida amplitude de atuação e gradualmente se tem introduzindo métricas ESG na avaliação do desempenho, aos mais diferentes níveis, da organização.

Toda esta nova realidade de valorização dos diferentes *stakeholders* tem importantes implicações ao nível da *governance*.

Traz para plano de destaque o desafio (porventura obrigatoriedade a breve prazo) de as empresas definirem, através do seu órgão de topo, o conselho de administração, o seu propósito (*corporate purpose*)

¹ LARRY FINK, «Larry Fink's 2021 letter to CEOs» *BlackRock*, 2021, [consult. 12 Dez. 2021], disponível em <<https://www.blackrock.com/us/individual/2021-larry-fink-ceo-letter>>; e IDEM, «The Power of Capitalism», *BlackRock*, 2021, [consult. 26 Fev. 2022], disponível em <<https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-ceo-letter>>.

² EUROPEAN COMMISSION, *Just and sustainable economy: Commission lays down rules for companies to respect human rights and environment in global value chains* disponível em <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1145>.

e fazê-lo de um modo suficientemente claro e preciso que possibilite a definição de métricas que avaliem o seu grau de cumprimento e o seu subsequente escrutínio.

Por outro lado, nesta visão *multi-stakeholder* havendo um alargamento das responsabilidades e deveres fiduciários dos administradores importa analisar com tal poderá impactar no grau de atratividade da função, em particular no que respeita aos administradores não executivos que, adicionalmente, tenderão a ver igualmente ampliadas as suas funções de supervisão, nomeadamente nesta dimensão mais ampla de responsabilidades.

Por sua vez esta nova realidade também coloca uma questão porventura difícil de responder: em que termos e com que critérios se identifica, caracteriza e se mede o que serão os melhores interesses dos diferentes *stakeholders*? Poderá parecer relativamente claro que no vértice do processo de decisão que conduz à definição e posterior escrutínio do propósito *multi-stakeholder* da empresa ou à consideração, numa base menos formal, dos interesses dos diferentes *stakeholders* na estratégia e desenvolvimento da empresa, deverá estar o conselho de administração. No entanto, dever-se-á também ter presente o papel de investidores institucionais enquanto acionistas da empresa à luz do que já se referiu de crescente domínio da matriz de análise ESG. E neste âmbito prevalecerá a visão (e métricas) destes investidores no modo como analisam a empresa e como irão tomar as suas decisões, seja na aquisição, reforço ou venda e posições acionistas, seja no apoio ou criação de movimentos de pressão junto do conselho de administração, seja ainda e na sua condição de acionistas, na votação de deliberações da assembleia-geral. Assim, e ainda antes de qualquer tipo de análise interna da empresa, há desde logo um enquadramento de mercado que inevitavelmente acabará por condicionar (tanto mais quanto maior for o peso dos investidores institucionais no capital e a ambição da empresa em se financiar internacionalmente) a discussão interna de como se concretiza a integração dos interesses dos diferentes *stakeholders*.

Mas, independentemente do condicionamento que o mercado acionista possa impor, a questão que se continua a colocar é a de como é que os interesses plurais dos diferentes *stakeholders* estarão refletidos no conselho de administração. Numa versão mais restritiva poderemos ter esta visão *multi-stakeholder* como conduzindo à a adição de mais um elemento caracterizador do portfolio de diversidade do conselho

de administração, ainda assim, impactando certamente nas políticas e práticas de seleção e nomeação que estão subjacentes a formação de uma lista para os órgãos da sociedade. O sucesso deste caminho provavelmente recomenda a existência de um estado de maturidade no grau de profissionalismo e independência nos processos conducentes à nomeação e eleição de administradores. Mas mesmo neste caminho importa assegurar adicionalmente uma acrescida formalização da responsabilidade de acompanhar e escrutinar os interesses dos diferentes *stakeholders*, nomeadamente a nível de uma comissão especializada do conselho, que dinamizará esta dimensão. Numa versão mais ampla poderemos estar perante uma evolução que conduza a algum modo de representatividade institucional (trabalhadores, consumidores, comunidade?). No modelo dual alemão, por exemplo, esse tema está bem definido em relação aos trabalhadores, cujos representantes eleitos têm lugar no conselho de supervisão da empresa, o órgão que nomeia e supervisiona a gestão executiva. Mas se no caso dos trabalhadores, caso se o pretenda, parece relativamente simples concretizar um qualquer sistema de representatividade, o mesmo já não se poderá dizer relativamente a quem poderia zelar pelos interesses da comunidade, dos clientes ou dos fornecedores. Pense-se, numa grande empresa e no seu impacto no país, que numas dimensões será à escala nacional e, noutras, à escala mais local, porventura até em locais diferentes. Como refletir esta multitudine de interações com a comunidade? Que tipo de representação e representatividade poderemos definir? E relativamente aos clientes? Se calhar espalhados por geografias distintas e mais ou menos concentrados nos canais B2B ou B2C.

Independentemente do caminho que se prossiga em termos de se acolher algum modo de representatividade dos diferentes *stakeholders*, ficará sempre no ar um debate e um confronto entre os objetivos dos diferentes interesses em jogo. Inevitavelmente irá haver objetivos e prioridades contraditórios ou conflitantes. O conselho de administração poderá no futuro passar a ser um palco de negociação e de compromisso, que marcará a definição da estratégia e das políticas da empresa. Nesse plano não será indiferente o modo como os diferentes interesses estarão presentes, se através de algum tipo de mecanismo de representação (que tenderá a incrementar o volume da discussão) ou simplesmente através da existência de um conselho de administração que reflete o valor da diversidade e, em particular, a experiência e o

conhecimento das necessidades e aspirações dos diferentes *stakeholders*.

Por último, não se pense que esta nova realidade se situa sobretudo no âmbito das empresas cotadas. Há, claramente, uma vocação intrusiva desta visão *multi-stakeholder* a nível do tecido empresarial, que num segundo movimento irá decerto abarcar as empresas de grande dimensão, independentemente de serem, ou não, cotadas, pois essa essa mesma dimensão lhes dará um carácter de interesse público que acabará, inevitavelmente, por lhes trazer um conjunto de obrigações e responsabilidades inerentes à adoção de um modelo de organização e funcionamento que reflita esta visão *multi-stakeholder* quanto ao papel das empresas na sociedade.

DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS E RESPONSABILIDADE CIVIL (A PROPÓSITO DO PROJETO DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU DE 10/3/2021)

https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/cap04

J. M. COUTINHO DE ABREU*

1. Sobre a situação atual e os caminhos para aqui chegar

1.1. 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»¹. 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 discriminação².

No que toca ao ambiente – com dimensões estreitamente conexas com os direitos humanos³ –, quotidiana e crescentemente vamos sofrendo os efeitos da poluição difusa, da emissão de gases com efeito de estufa, da produção de resíduos, etc.

* Professor Catedrático, Univ Coimbra, IJ, FDUIC.

¹ PARLAMENTO EUROPEU, *Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021*, disponível em <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_PT.html>, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial, considerando M.

² *Ibid.*, considerando O.

³ No artigo 3.º, 6), do projeto de Diretiva presente no Anexo à citada Resolução (doravante designado Projeto de Diretiva ou Projeto) é recebida, positivamente, uma conceção alargada de direitos humanos. O n.º 7) do mesmo artigo autonomiza os efeitos negativos no ambiente, mas o Projeto reconhece, no considerando 22, a frequente ligação estreita entre riscos ambientais e riscos para os direitos humanos.

Quanto à «governança» pública (de um país, região ou território) influenciada negativamente pelas empresas⁴, bastará dizer que a corrupção continua com valores muito elevados.⁵

O panorama é assustadoramente sombrio. E tem como artífices principais muitas empresas. É certo que muito do pior que se observa está em países (eufemisticamente ditos) em desenvolvimento (ou do «sul global», ainda na versão dos do Centro-Norte). Mas por (co-)ação de empresas globais (do centro económico, de países desenvolvidos).

1.2. Todavia, há diversos instrumentos (princípios, guias, recomendações, etc.) de organizações internacionais (ONU, OCDE, OIT, etc.) sobre o dever de diligência das empresas em matéria de direitos humanos, ambiente e governação. Porém, não têm carácter vinculativo (são *soft law*) e a grande maioria das empresas não os aplica⁶ (pelo menos a curto prazo, a aplicação implicaria mais custos financeiros e/ou menos oportunidades de negócio).

E quando há lei sobre essas matérias, sucede muitas vezes que ela não é cumprida por ausência de vontade ou capacidade do poder político ou, mais vezes ainda, porque regras de competência jurisdicional impedem a responsabilização das empresas do centro perante lesados de filiais, fornecedoras ou subcontratadas na periferia.

1.3. Centrando o olhar nas empresas (societárias), o quadro não (ou pouco) muda.

Mais visivelmente depois da superação do «sistema da concessão» (em meados do século XIX), o fim exclusivo ou principal das sociedades (anónimas) é a maximização dos lucros para os acionistas. Dever geral dos administradores é gerir visando a satisfação dos interesses (comuns) dos sócios, é criar riqueza para estes (*shareholder value*). A generalidade dos acionistas (incluindo os investidores institucionais) quer ganhar o mais possível, habitualmente no mais curto prazo. Os administradores, que devem normalmente aos acionistas a entrada e a permanência no cargo e têm remuneração cujo montante corre em paralelo com a evolução financeira da sociedade (sobretudo quando

⁴ Cfr. o considerando 24 e o artigo 3.º, 8), do Projeto.

⁵ Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption perceptions index 2020*, Berlin: TI, 2021, disponível em <<https://www.transparency.org/en/cpi/2020>>.

⁶ V. os considerandos 3 e 4 do Projeto.

baseada em ações), alinham naquela direção. Tudo isto é enquadrado e, mais ou menos naturalmente, potenciado pela lógica dos mercados, designadamente o mercado de capitais e o mercado de aquisições de domínio societário.

Estas realidades, que colocam os *stakeholders* no lado oculto da empresa, não são amigas, já se vê, dos direitos humanos, do ambiente e da boa governação política.⁷ Na ausência de lei proibitiva ou impositiva, ou na falta de efetividade da lei, é lucrativo para as empresas (pese embora os eventuais «danos reputacionais») desrespeitar direitos humanos e marcos ambientais e entrar no jogo da corrupção política.

1.4. Entretanto, durante quase todo o séc. xx e no primeiro vinténio do séc. xxi não foi pequeno o debate acerca dos interesses prosseguíveis pelas sociedades (dirigidas pelos administradores). À conceção do *shareholder value* foi-se contrapondo a do *stakeholder value*: devem ser satisfeitos os interesses não só dos sócios, mas também das «partes interessadas» (variando a extensão destas entre trabalhadores, consumidores, fornecedores, comunidades locais e nacionais...).

Na afirmação do discurso *stakeholderist* (não raras vezes pronunciado também por empresas e investidores) teve papel notável o chamado movimento da responsabilidade social das empresas (CSR: *corporate social responsibility*), desenvolvido desde meados do século passado.

As ideias da «responsabilidade social» – que não é jurídico-vinculativa –, depois de ultrapassados os testes da possibilidade (jurídica) de as empresas as porem em prática (tanto mais quanto é certo que alguns atos legislativos como, por exemplo, a Diretiva 2014/95/UE, relativa a demonstrações não financeiras, têm vindo a promovê-las), parece terem recebido consagração em várias leis nacionais. Mas, no essencial, são só aparências...⁸

⁷ Cfr., sobre algumas consequências do *short-termism* societário, *EX, Study on directors' duties and sustainable corporate governance*, Brussels: European Commission, 2020, disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>> (relatório preparado por EX para a Comissão Europeia), p. 22, s.

⁸ V. J. M. Coutinho de ABREU, «CSR – «Responsabilità» senza responsabilità (legale)?», GC *Giurisprudenza Commerciale*, Milano: Giuffrè Editore, 46/6 (2019), 1088-1095, 1088/I, s.

Recentemente, têm-se multiplicado textos institucionais *stakeholderist*.⁹ Estarão as (grandes) empresas no estádio de, voluntariamente, tomarem a sério a defesa de direitos humanos, ambientais, etc.? Duvido. Deixo um exemplo.

Em 2019, a BRT (*Business Roundtable*), que associa CEOs das maiores empresas estadunidenses, publicou novo *Statement on the Purpose of a Corporation*, comprometendo-se a proporcionar valor aos clientes, investir nos empregados, lidar justa e eticamente com os fornecedores, apoiar as comunidades onde as empresas laboram e, por fim, gerar valor de longo prazo para os sócios. E chegou a Covid-19: «Members of the Business Roundtable who took the pledge to look after all their stakeholders went on to cut hundreds of thousands of jobs last year, and are busy campaigning against tax rises to pay for the social cost of the pandemic».¹⁰

2. Para outros caminhos

2.1. O dever de diligência empresarial aparece no Projeto de Diretiva como a obrigação de as empresas envidarem esforços para, de modo proporcionado às suas possibilidades e ao contexto em que operam, identificarem, avaliarem, prevenirem, mitigarem ou cessarem os efeitos negativos nos direitos humanos, no ambiente ou na governação pública decorrentes das suas próprias atividades e/ou das de empresas com que se relacionam (cfr. artigos 1.º, 1 e 2, 4.º).¹¹

Esta obrigação das empresas (de algumas delas, apenas: artigo 2.º) deve ter expressão em documento escrito, elaborado e reelaborado com

⁹ Cfr. J. M. Coutinho de ABREU, «Estado de direito e empresa (sociedade) de direito», DSR (*Direito das Sociedades em Revista*), Coimbra: Almedina, 13/26 (2021) 13-28, 25-26.

¹⁰ «The political CEO», *The Economist*, (17 Abr. 2021), p. 10. V. tb. WORLD BENCHMARKING ALLIANCE, *Covid-19 and human rights – Assessing the private sector’s response to the pandemic across five sectors*, Amsterdam: WBA, 2021, disponível em <https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2021/02/CHBR-Covid-Study_110221_FINAL.pdf> (a grande maioria das empresas analisadas não identificou nem tratou os riscos de direitos humanos relacionados com a Covid-19).

¹¹ Esta conceção está em linha com a prevista nos UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, Geneva: OHCHR, 2011 (v. artigos 15.º, 17.º, s.) e no OCDE, *Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável*, Paris: OCDE, 2018.

a participação das partes interessadas (artigos 5.º e 8.º)¹², e publicitado (artigo 6.º).

No direito das sociedades, o dever de diligência ou de cuidado tem longa tradição. Mas é aí, por norma, uma obrigação diretamente dirigida aos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, e no interesse das sociedades respetivas. No Projeto, o dever de diligência empresarial impende *diretamente sobre as sociedades* (e outras empresas) – vale não apenas para os membros dos órgãos – e visa a satisfação de *interesses (imediatamente) externos*, interesses em primeira linha das pessoas que podem ser afetadas por efeitos negativos produzidos pelas sociedades.

Porém, é possível dizer-se que num caso e noutra a obrigação é de esforço (ou de meios), não de resultado: os obrigados comprometem-se a um comportamento cuidadoso para alcançar certos efeitos, mas não asseguram que os mesmos serão conseguidos. Não obstante, no campo da responsabilidade civil, podem ser diferentes as consequências decorrentes do cumprimento ou incumprimento da obrigação em cada um desses âmbitos.

Hipótese de *não cumprimento* da obrigação de diligência devida: apesar do incumprimento, se não houver dano para, respetivamente, a sociedade ou os direitos humanos ou o ambiente, não há responsabilidade civil (não há dever de reparação a cargo dos administradores e fiscalizadores, nem da sociedade); todavia, o incumprimento do dever de diligência empresarial acarreta sanções de natureza administrativa – artigos 13.º e 18.º do Projeto.

Hipótese de *cumprimento* da obrigação: se os administradores (ou fiscalizadores) cumprem o dever de cuidado, não respondem civilmente para com a sociedade ainda que das suas opções resultem danos¹³; por sua vez, uma sociedade que cumpre o dever de diligência segundo o Projeto pode, ainda assim, ter de responder pelos danos causados por violação de direitos humanos ou ambientais.

2.2. Esta última afirmação concorda com o estabelecido no n.º 1 do artigo 19.º do Projeto: «O facto de uma empresa respeitar as suas obrigações em matéria de dever de diligência não a exonera da

¹² A noção de partes interessadas está no artigo 3.º, 1).

¹³ Esta conclusão é reforçada pela aplicação da *business judgment rule*.

eventual responsabilidade em que pode incorrer nos termos do Direito nacional». Preceito aparentemente paradoxal e contraditório com o disposto no n.º 3 do mesmo artigo: não responsabilização das empresas «que provem que tomaram todas as precauções necessárias, em conformidade com a presente diretiva, para evitar os danos em questão».

Dir-se-á, a empresa que respeita o dever de diligência não age ilicitamente, mesmo que cause danos – e a ilicitude é (quase sempre) pressuposto essencial da responsabilidade civil.

No entanto, comecemos por notar que a elaboração de uma estratégia de devida diligência envolve sempre alguma *incerteza* quanto à identificação e avaliação dos riscos e alguma *discricionariedade* quanto à seleção e ordenação dos meios de prevenção e mitigação.¹⁴ Uma empresa elaborou de boa fé um plano de devida diligência que vinha aplicando; em uma conjuntura especial, exigiu do fornecedor exclusivo (uma empresa mineira) o aumento extraordinário das mercadorias a entregar; para produzir mais, o fornecedor, que, apesar de estabelecido numa região crítica em matéria de práticas laborais, vinha cumprindo, sob a orientação e supervisão daquela empresa, normas razoáveis, recorreu a trabalho infantil ou aumentou a duração do trabalho de tal modo que causou doença grave em centenas de trabalhadores. Não deve a primeira empresa (fornecedora) ser responsabilizada por ter contribuído para a violação de direitos humanos?¹⁵ (Ou este exemplo será ainda um caso de violação do dever de diligência empresarial, por falta de revisão da estratégia e/ou por falhas na aplicação desta?).

Por outro lado, as normas sobre o dever de diligência em matéria de direitos humanos, ambiente e boa governação prescrevem *deveres específicos* que vinculam diretamente as empresas (sem necessidade de mediação, independentemente da estratégia de *due diligence*) e cuja violação há de poder originar sanções (também) civis. Tais normas não estão elencadas no Projeto, que remete para anexos a preencher futura-

¹⁴ No comentário ao n.º 22 dos UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER, *Guiding Principles* é dito: «Even with the best policies and practices, a business enterprise may cause or contribute to an adverse human rights impact that it has not foreseen or been able to prevent.» V. tb. a parte final do comentário ao n.º 17.

¹⁵ Para a noção de contribuição para danos, v. o artigo 3.º, 10), do Projeto.

mente (artigo 3.º, 6), 7) e 8)).¹⁶ Contudo, repita-se, fica salvaguardada a possibilidade de exclusão de responsabilidade no caso de a empresa provar que, por ter elaborado proporcionada e razoavelmente e aplicado com rigor uma estratégia de diligência devida, tomou «todas as precauções necessárias, em conformidade com a presente diretiva, para evitar os danos em questão» (n.º 3 do artigo 19.º).

Refira-se ainda, como argumento talvez de maior evidência para compreender o n.º 1 do artigo 19.º, que os ordenamentos nacionais consagram casos de *responsabilidade objetiva* ou pelo risco – independentemente de culpa. Uma empresa que explore certa atividade especialmente perigosa pode ter de responder civilmente pelos danos resultantes dessa atividade, não obstante ter cumprido todas as obrigações em matéria de dever de diligência.

2.3. Um outro segmento dos enunciados normativos do artigo 19.º do Projeto que suscita dificuldades interpretativas está no n.º 2:

¹⁶ Apesar de muitas normas referidas nos considerandos 21 e seguintes do Projeto serem de origem internacional e de conteúdo algo indeterminado, não se me afigura tarefa especialmente espinhosa especificar os respetivos deveres a observar pelas empresas. V., a propósito, as listas dos riscos de direitos humanos e dos riscos ligados ao ambiente previstos no § 2 (2) e (3) da (alemã) *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* (LkSG), de 16 de julho de 2021. Ainda a propósito desta lei, note-se que o § 3 (3) estatui que a violação dos deveres nela estabelecidos não origina responsabilidade civil. Mas logo acrescenta que não fica afetada a possibilidade de responsabilidade civil fundada em fonte independente da mesma lei (v. p. ex. o § 823 do BGB; v. tb. o § 11 da LkSG; cfr. Gerhard WAGNER, «Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette», *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Köln: Otto Schmidt, 42/21 (2021) 1095-1105, 1102-1103). As sanções para o incumprimento dos deveres previstos nessa lei são de ordem administrativa – v. §§ 14, s., 22, s. A talhe de foice, refira-se que foi diferente a opção do legislador francês na lei de 27/3/2017 relativa ao “devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre”, que aditou os artigos L. 225-102-4 e L. 225-102-5 no *Code de Commerce*. Depois de o primeiro destes artigos impor a (grandes) sociedades a obrigação de elaborar e pôr em prática plano de vigilância com determinado conteúdo (visando identificar os riscos e prevenir ofensas graves aos direitos humanos e liberdades fundamentais, à saúde e segurança das pessoas, bem como ao ambiente), estatui o segundo que “le manquement aux obligations définies à l’article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l’oblige à réparer le préjudice que l’exécution de ces obligations aurait permis d’éviter” – v., sobre esta responsabilidade, Anne DANIS-FATÔME / Geneviève VINEY, «La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre», *RD (Recueil Dalloz)* 28 (2017) 1610-1618, 1610 s.

as empresas podem ser «responsabilizadas e proceder à reparação de quaisquer danos decorrentes de efeitos negativos, *potenciais* ou reais, nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação». Como, perguntar-se-á, responsabilizar por «danos» decorrentes de efeitos negativos «potenciais»? Se os efeitos negativos são potenciais, não haveria danos atuais para ressarcir...

Para o caso, de pouco préstimo é o artigo 3.º do Projeto quando, nos n.ºs 6), 7) e 8) define «efeito negativo, potencial ou real». Por um lado, porque a expressão que se pretende definir («efeito negativo, potencial ou real») aparece (tautologicamente) tal qual na «definição» dada nos n.ºs 6) e 8). Por outro lado, porque no n.º 7) o «efeito negativo, potencial ou real» aparece como «qualquer violação das normas (...)».

Os danos decorrentes de efeitos negativos potenciais são, parece, os *prejuízos futuros*, os danos ainda não presentes mas previsivelmente verificáveis em momento posterior. Imagine-se uma empresa que não instala um equipamento adequado ao tratamento de resíduos perigosos resultantes da sua atividade; é certo que dentro de alguns meses a água consumida na comunidade local vai deixar de ser potável; pelo dano (futuro) decorrente deste efeito negativo potencial poderá a empresa ser já condenada em indemnização provisória (incluindo reparação natural).

2.4. Para terminar, acrescentemos algumas linhas acerca dos *grupos de sociedades* (ou, mais latamente, de empresas).

Uma das principais marcas registadas nas legislações originárias sobre sociedades anónimas (alargada depois a outros tipos societários) foi a «responsabilidade limitada»: os sócios, enquanto tais, não respondem pelas dívidas da sociedade.

Mas, durante muito tempo (até finais do século XIX) não se permitiu que uma sociedade fosse sócia (dominante ou não) de outra sociedade. Ultrapassada essa não permissão, o novo fenómeno dos grupos – a realidade do controlo, direto ou indireto, de uma sociedade (ou empresa) sobre outra(s) sociedade(s) – logo revelou o agravamento dos riscos para terceiros decorrentes das cadeias empresariais. Contudo, a generalidade das legislações não introduziu alterações para neutralizar ou minimizar os efeitos nefastos. A regra permaneceu: cada sociedade é pessoa jurídica com responsabilidade

própria, está separada subjetiva e patrimonialmente dos outros sujeitos jurídicos; por quaisquer obrigações de uma filial, ainda que instrumentalizada pela sociedade-mãe, responde somente ela própria, até ao limite do seu património.

Perante a não adaptação dos ordenamentos societários, dir-se-ia não ser permitido uma sociedade controladora instrumentalizar uma sociedade controlada de maneira a beneficiar-se em detrimento desta e de partes relacionadas. Quer organicamente (em assembleia geral), quer extra-organicamente, nenhum sócio dominante tem o direito de orientar a sociedade contrariando os interesses desta. Pois, mas aqui o poder de facto tem sobrelevado o (não) poder de direito. E o velho princípio de que ao poder deve corresponder responsabilidade é lembrança esmaecida...

Apesar disso, é verdade que alguns países procederam à «codificação» de um direito dos grupos que atribui à empresa controladora o direito de dar instruções vinculantes, inclusive desvantajosas, à administração das sociedades controladas, mas, em contrapartida, a responsabiliza perante estas e/ou os credores destas. Papel pioneiro coube à Alemanha, com a *Aktiengesetz* de 1965. Na UE, seguiram o exemplo, em maior ou menor medida, apenas meia dúzia de países, Portugal em primeiro lugar, com o Código das Sociedades Comerciais de 1986.¹⁷

Já se vê que não há na UE harmonização geral quanto ao direito dos grupos. Embora tenha havido nos anos 70 e 80 anteprojetos de uma 9.^a diretiva em matéria de sociedades.¹⁸ No entanto, há alguma harmonização sectorial. Destaco aqui a visível no campo do direito de defesa da concorrência. Foi-se consolidando na jurisprudência comunitária, já desde os anos 70, a ideia de imputar à sociedade-mãe o comportamento anticoncorrencial de filial que não se conduz autonomamente no mercado, sendo antes influenciada determinantemente por aquela; e presume-se (ilidivelmente) que a sociedade-mãe exerce efetivamente uma influência determinante quando detém, direta ou indiretamente,

¹⁷ Fora da UE, a paisagem parece ser ainda mais minguada.

¹⁸ Cfr. J. M. Coutinho de ABREU, *Da empresarialidade – As empresas no direito*, Coimbra: Almedina, 1996 [reimpr. 1999], 249-250 (para as razões para o não aparecimento da diretiva, v. *ibid.*, p. 279); e J. A. Engrácia ANTUNES, *Os grupos de sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2002, 177, s.

a totalidade ou a quase totalidade do capital da filial.¹⁹ O artigo 13.º, 5, da Diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018 – «Para efeitos de aplicação de coimas à sociedade-mãe (...), os Estados-Membros asseguram que seja aplicável o conceito de empresa» – consagrou legislativamente, pode dizer-se, aquela jurisprudência assente.²⁰

Na falta de lei (especial-excepcional) para responsabilizar as sociedades controladoras por danos diretamente causados pelas controladas a terceiros, tem-se apelado a regras e princípios da responsabilidade civil geral e/ou societária – bastas vezes dificilmente aplicáveis ou de eficácia reduzida – como os relativos à desconsideração da personalidade jurídica, à administração de facto e deveres de cuidado, às deliberações abusivas, aos deveres no tráfico, à culpa de organização...²¹

¹⁹ Cfr., entre os mais recentes, os Acs. do TJUE de 8/5/2013 (C-508/11, Eni/Comissão) e de 27/4/2017 (C-516/15, Akzo Nobel/Comissão).

²⁰ Para explicitação do citado artigo, v. o considerando 46 da Diretiva: o conceito de empresa «deverá ser aplicado de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no sentido de que designa uma unidade económica, mesmo que seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas. Por conseguinte, as ANC deverão poder aplicar o conceito de empresa para responsabilizarem e aplicarem coimas a uma sociedade-mãe pela conduta de uma das suas filiais, quando essa sociedade-mãe e a sua filial constituírem uma unidade económica única».

²¹ Sobre estas figuras (ou algumas delas e outras mais) no contexto referido, v. p. ex. Coutinho de ABREU, *Da empresarialidade—As empresas no direito*, 272, s.; e IDEM, «Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio», *SI* (Scientia Iuridica), Braga: Universidade do Minho, 329 (2012), 223-246, 223, s.; Klaus J. HOPT, «Groups of Companies – A comparative study on the economics, law and regulation of corporate groups», SSRN, Rochester: SSRN, 2015, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2560935>>; Gerhard WAGNER, «Haftung für Menschenrechtsverletzungen», *RabelsZ* (Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht), Tübingen: Mohr Siebeck, 80/4 (2016) 717-782, 766, s. (comparando experiências da Holanda, Alemanha e Inglaterra). Mais próxima da linha desenhada no Projeto de Diretiva tem estado jurisprudência minoritária de alguns países de *common law* (Austrália, EUA, RU), que afirma, especialmente para grupos de gestão centralizada, um *duty of care* da sociedade-mãe para com empregados e outros *stakeholders* das filiais. Exemplo recente e significativo é o da sentença de 12/2/2021 do tribunal supremo do Reino Unido no caso *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another* – [2021] UKSC 3. Cerca de duas semanas antes, em 29/1/2021, para um caso semelhante (*Four Nigerian Farmers and Stichting Milieudefensie v Shell*), o tribunal de apelação de Haia (de um país, portanto, da UE e de *civil law*, mas aplicando direito nigeriano) havia já afirmado um *common law duty of care* da sociedade controladora (Royal Dutch Shell) perante terceiros prejudicados por uma subsidiária nigeriana. Para uma análise destas duas sentenças, v. Lucas ROORDA / Daniel LEADER, «Okpabi v Shell and Four Nigerian Farmers v Shell: Parent Company Liability Back in Court», *Business and Human Rights Journal*, Cambridge: Cambridge University Press, 6/2 (2021) 368-376, 368, s.

Ora, o que diz a este respeito o Projeto de Diretiva?

As empresas devem estabelecer e aplicar uma estratégia em matéria de dever de diligência que *há de contar também com as sociedades controladas*²² ou «filiais» – artigo 4.º, 4, i) e ii). Ainda segundo o n.º 6 deste artigo 4.º, as filiais não precisam de estabelecer uma estratégia em matéria de dever de diligência se a respetiva empresa-mãe as incluir na sua própria estratégia de devida diligência.

Depois, de acordo com o n.º 2 do artigo 19.º, pelos danos nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação causados pelas sociedades controladas (ou para os quais elas tenham contribuído) *responde (também) a empresa-mãe*. Salvo se, acrescenta o já citado n.º 3 do mesmo artigo, esta provar²³ que tomou todas as precauções necessárias para evitar os danos, ou que eles teriam ocorrido ainda que as tivesse tomado (*v.g.*, os danos resultaram de caso fortuito ou de força maior).

Consequências marcantes defluem desta disciplina, que significará igualmente um alargamento considerável na harmonização comunitário-europeia do direito dos grupos empresariais. Por um lado, consagra-se o *dever de diligência ou de cuidado das empresas-mãe* em matéria de direitos humanos, ambiente e governação pública *para com partes interessadas das sociedades filiais e a responsabilidade correspondente*. Mas também se consagra, por outro lado, e em contrapartida, o *direito* (o poder-dever) *de as empresas controladoras darem instruções vinculantes às controladas nessas matérias*.

O Projeto avançará? Tem a UE força e vontade de liderar, apesar das condições desiguais de concorrência internacional que enfrentaria – antes, pois, de uma eventual harmonização universal?²⁴

Um novo caminho está traçado. No entanto, já se notam esforços para instalar sinais de trânsito proibido. Mas caminhar por aí é preciso.

²² Uma empresa controla uma sociedade quando, nos termos do artigo 3.º, 9), tem a possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre esta, porque, p. ex., possui uma participação social que lhe garante determinar a composição do órgão de administração.

²³ Há inversão do ónus da prova em resultado da presunção ilidível de responsabilidade da empresa controladora.

²⁴ V. *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises* (3rd rev. Draft 17.08.2021), em especial os artigos 6.3. e 6.4., 8.6. e 8.7.

DEVER DE DILIGÊNCIA E RESPONSABILIDADE (CRIMINAL) DAS EMPRESAS: TEMPOS DE MUDANÇA?*

https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/cap05

SUSANA AIRES DE SOUSA¹

1. Introdução: dever de cumprir e dever de responsabilizar

Em março de 2021, o Parlamento Europeu aprovou uma Resolução com recomendações à Comissão Europeia sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial². Em anexo a essa Resolução, incluía-se um conjunto de recomendações para a elaboração de uma Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial. Através desta Resolução, o Parlamento apontava à Comissão a necessidade de atuar normativamente, através de uma Diretiva, voltada para as empresas, tendo por fim um dever de diligência, no desenvolvimento e prossecução da sua atividade, essencialmente em matéria de proteção dos direitos humanos, do ambiente e da boa governação. O conteúdo desta futura Diretiva era antecipado e estruturado nos seus elementos

* O texto que se publica corresponde, no essencial, à apresentação realizada no Colóquio *Dever de Diligência das Empresas e Responsabilidade Empresarial*, realizado no dia 10 de dezembro de 2021, no âmbito do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Manteve-se, no estilo, a matriz de oralidade e a finalidade comunicativa inerente àquele contexto. Em fevereiro de 2022, já depois da realização deste Colóquio, foi publicada pela Comissão Europeia a *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade*. Por esta razão, foram acrescentadas em texto algumas atualizações e notas comparativas, decorrentes desta proposta de Diretiva.

¹ Prof. Auxiliar, Univ. Coimbra, IJ, FDUC.

² Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_PT.html#title2>.

essenciais num projeto anexado àquela Resolução. Já em 23 de fevereiro de 2022, a Comissão publica uma *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*³.

Uma leitura quer do projeto de Diretiva provindo do Parlamento Europeu, quer da proposta de Diretiva da Comissão Europeia permitirá identificar um conjunto de obrigações dirigidas a dois tipos de agentes: as empresas e os seus administradores, em primeiro plano, e os Estados-membros, num plano secundário. Naquele primeiro cenário, evidencia-se um conjunto de obrigações em matéria de dever de diligência dirigidas às empresas para que, na prossecução da sua atividade, respeitem os direitos humanos e o ambiente e sigam uma boa governação. O artigo 1.º, n. 2, do projeto de Diretiva constante da Resolução exigia que, em vista daquele objetivo, “as empresas tomem as medidas proporcionadas e adequadas a envidar esforços, na medida das suas possibilidades, para impedir a ocorrência de efeitos negativos nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação nas suas cadeias de valor, bem como tomar medidas de resposta adequada quando tais efeitos negativos ocorram”. Também na Proposta de Diretiva da Comissão Europeia se esclarece, logo no artigo 1.º, que nela se preveem regras relativas: “(a) Às obrigações das 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 estabelecida”.

Num segundo plano, eventualmente menos evidente ou impressivo, aqueles textos sublinham ainda um *dever estadual de proteção dos bens jurídicos*, assinalando que cabe aos Estados-membros reagir, no exercício desse dever de proteção, ao incumprimento das obrigações que recaem sobre as empresas em matéria de direitos humanos e ambiente. Logo, na parte introdutória da Resolução (considerando AA.2), sublinhava-se que “embora as empresas tenham o dever de respeitar os direitos humanos e o ambiente, cabe aos Estados e aos governos assegurar a proteção dos direitos humanos e do ambiente, e que esta responsabilidade não deve ser transferida para os intervenientes privados”. Ideia que a proposta da

³ Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071&from=PT>>.

Diretiva também assume como propósito principal, no seu artigo 1.º, ao referir-se à criação de regras relativas à responsabilidade por violações dos deveres que recaem sobre as empresas.

O primeiro conjunto de deveres, dirigidos às empresas abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva, assume um propósito essencial de *prevenção de ilícitos* através da boa governação e do cumprimento do direito; o segundo grupo de deveres, ligados ao Estado, conduz-nos ao domínio sancionatório e ao exercício de um dever estadual de responsabilização das empresas que, incumprindo o seu dever de diligência, lesam interesses jurídicos fundamentais.

É neste segundo plano que se situam as considerações seguintes, fazendo uma leitura do projeto e da proposta de Diretiva à luz do dever estadual de proteção de bens jurídicos fundamentais, como os direitos humanos e o ambiente. Sendo a resposta penal um dos meios para se cumprir esse dever estadual de proteção, reagindo contra as violações a interesses jurídicos fundamentais, tidos como bem jurídico-penais, importa saber qual o lugar que lhe é reservado nesta Diretiva e, de modo particular, quais as implicações resultantes da consagração de um dever de diligência empresarial, no plano nacional, em matéria de responsabilidade criminal da empresa.

Pelos efeitos negativos associados a uma condenação criminal da pessoa jurídica – evidenciando-se o dano reputacional inerente a um juízo de responsabilização criminal da empresa que pode, desde logo, determinar o seu fim –, mas também pela própria natureza subsidiária da intervenção penal, haverá outras medidas reativas, de natureza não criminal, que podem ser adotadas pelos Estados como forma de assegurar os objetivos da Diretiva. Isto é, entre aquele primeiro plano de prevenção, a cargo das empresas, e o último recurso de uma responsabilização criminal da empresa ligada à inobservância de um dever de diligência, há muitos outros mecanismos de que os Estados podem lançar mão, no cumprimento do seu dever de proteção de bens jurídicos, seja como forma de incentivar e reconhecer o compromisso da empresa com aquele dever de diligência – por exemplo, por via da certificação da empresa verde, através do chamado cartão verde – seja por via da reparação e indemnização civil dos danos causados ou ainda por recurso a sanções de natureza administrativa ou contraordenacional. Não pode, contudo, o Estado demitir-se ou ignorar esse dever essencial de proteção daqueles interesses fundamentais.

De facto, a observância de um dever de diligência das empresas não pode esgotar-se numa autofiscalização privada, exigindo uma supervisão pública e um controlo externo, designadamente por parte de entidades públicas, como se pode retirar das experiências postas em prática em outros ordenamento jurídicos, designadamente no ordenamento jurídico norte-americano, de modelos de *compliance* empresarial de natureza essencialmente privada, baseados na ideia de “autorregulação regulada”, favorecendo o que alguma doutrina vem etiquetando como *o compliance game*⁴.

2. Do *good corporate citizen* à “omissão” do Estado

Uma *due diligence* empresarial não é, no plano das ideias e das práticas empresariais, uma ideia nova. De facto, a política do *good corporate citizen* enquanto cultura empresarial autoimposta começa a ganhar terreno nos anos 90 do século passado nos EUA e depressa ganharia um espaço privilegiado no contexto da *corporate compliance*. A enorme relevância hoje reconhecida aos programas de *compliance* está também ligada, originariamente, a um certo contexto político e económico em que o Estado assume um papel passivo e secundário em matéria económica. O cumprimento normativo, enquanto instrumento de gestão e de prevenção do risco empresarial, tem a sua origem no ordenamento jurídico norte-americano, onde o Estado sempre optou por uma atitude liberalista ou não intervencionista, no sentido da não intromissão no mercado e na atividade empresarial⁵. É assim compreensível que a implementação de programas de *compliance* surja, mesmo antes da

⁴ William S. LAUFER, «A Very Special Regulatory Milestone», *J. Bus. L.* Philadelphia: Penn Law, 20/392 (2017), 392-428, disponível em <<https://scholarship.law.upenn.edu/jbl/vol20/iss2/4>>; também, do mesmo autor, «The Compliance Game», in Eduardo SAAD-DINIZ / Dominik BRODOWSKI, / Ana Luíza de Sá, *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*, São Paulo: Liber Ars, 2015 Também, Susana Aires de SOUSA, «As diferentes faces dos programas de compliance», in Adan Nieto MARTIN / Eduardo Saad DINIZ, *Legitimidade e efectividade dos programas de compliance*, São Paulo: Tirant lo blanch, 2021, 29-38.

⁵ Eduardo SAAD-DINIZ / Rafael Mendes GOMES, *Manual de Cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2019, 31 e ss.; também Eduardo SAAD-DINIZ, *Ética negocial e compliance. Entre a educação executiva e a interpretação judicial*, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, 27 e ss.

década de 90 do século passado, essencialmente sob a forma de regulação empresarial privada, procurando prevenir determinada criminalidade económica, como o abuso de concorrência, a manipulação da informação do mercado de valores ou a corrupção. E, pelos menos no plano da responsabilidade por danos ligados a grandes empresas, parece ter falhado, revelando, simultaneamente, uma certa omissão do Estado em fazer responder os (grandes) agentes empresariais associados a práticas criminosas lesivas de interesses públicos, como a economia ou o ambiente. Não será certamente estranho à passividade pública no exercício da ação penal a circunstância de, em grande parte dos casos, a dimensão da empresa impor ao próprio Estado a sua sobrevivência (e impunidade) pelos custos económicos imputados à sua condenação. Ou seja, empresas, que pela sua importância sectorial ou económica, são *too big to fail and too big to jail*⁶.

A história recente mostra, assim, que fazer recair sobre as empresas um dever de diligência e de implementação de mecanismos de cumprimento e de monitorização pode não ser suficiente para assegurar a proteção dos valores e interesses juridicamente valiosos. São conhecidas na literatura as críticas que têm vindo a ser feitas aos programas de cumprimento normativo e aos mecanismos de *compliance* na prossecução de uma estratégia de controlo dos ilícitos empresariais: mais do que evitar o ilícito, o programa é visto como uma forma de evitar a responsabilidade⁷. Com efeito, o Estado confiava então às empresas a sua autorregulação, nelas delegando o dever de se autofiscalizarem. A prova desta auto-organização, documentada na existência de um programa de *compliance*, constituía evidência de que a empresa cumprira o dever de diligência que sobre ela recaía, permitindo-lhe assim evitar responsabilidade. Deste modo, os programas de cumprimento depressa se transformariam em programas de defesa antecipada das empresas, perdendo a sua matriz de reforço da integridade e ética corporativa⁸.

A razão desta mudança liga-se ao facto de a prova da *due diligence* passar a valer como critério, usado pelas autoridades supervisoras e

⁶ Brandon L. GARRETT, *Too big to jail. How prosecutors compromise with corporations*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, 26.

⁷ Susana Aires de SOUSA, «As diferentes faces dos programas de *compliance*», 37.

⁸ Acentuando esta mudança na natureza e finalidade dos programas de *compliance*, Todd HAUGH, «The Criminalization of Compliance», *Notre Dame L. Rev.*, Notre Dame: University of Notre Dame, 92 (2017) 1215 e ss.

judiciárias, para decidir sobre o início e decurso de uma investigação criminal ou de um processo sancionatório⁹. Não tardaria até que as grandes empresas investissem milhões em programas e mecanismos capazes de revelar o seu compromisso com uma ideia de boa governação; programas que afinal se mostravam capazes de selecionar e ocultar informação em função de uma possível exclusão de responsabilidade. Como refere William Laufer, nos EUA há mais profissionais de *compliance* e de avaliação do risco empresarial e de auditoria do que polícias¹⁰. Estes gastos com *compliance* tornaram-se num custo, num preço, num seguro que a empresa suporta para evitar responder e responder criminalmente. As grandes empresas que possam estar associadas a crimes de fraude, de corrupção, crimes contra o ambiente, ou direitos humanos não enfrentam qualquer processo penal: antes mercantilizam a sua responsabilidade em troca de uma multa de milhões, de um *upgrade* ao seu programa de *compliance* e da identificação de pessoas individuais associadas à prática do crime¹¹. A consequência é a de que as grandes e médias empresas não são responsabilizadas (em 2020 nos EUA, num universo de 32 milhões de empresas houve 94 condenações criminais¹², todas de empresas de pequena dimensão); consequentemente, as vítimas não são reconhecidas e o sistema de justiça não convence a comunidade a que se dirige.

Esta história revela uma certa captura do Estado – do Estado de Direito – pelos grandes agentes económicos, com um custo que não pode ser medido: o custo da justiça que fica por fazer e a ausência de reconhecimento da dignidade dos valores violados¹³. O dever de

⁹ Desenvolvidamente e com adicionais referências bibliográficas, Susana Aires de SOUSA, «A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”», *Revista do Ministério Público*, Lisboa: SMMP, 158 (2019) 9-36.

¹⁰ William LAUFER, «Corporate compliance in contexto», in Marc ENGELHART / Hans KUDLICH / Benjamin VOGEL, *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention. Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, Teilband I, Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 2021, 461 e ss.

¹¹ Cf. desenvolvidamente, com adicionais referências bibliográficas, Susana Aires de SOUSA, «A colaboração processual dos entes coletivos: legalidade, oportunidade ou “troca de favores”», 30.

¹² Cf. os dados da UNITED STATE SENTENCING COMMISSION, *Quick facts: organizational offenders*, disponível em <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/quick-facts/Organizational-Offenders_fy20.pdf>.

¹³ Sobre este tema, desenvolvidamente, Susana Aires de SOUSA / William S. LAUFER, «The State's Responsibility for Corporate Criminal Justice», *Journal of Corpora-*

diligência foi na verdade instrumentalizado a uma certa privatização da ilicitude empresarial, retirando desta equação o Estado, na sua veste de protetor de interesses fundamentais. O “jogo do *compliance*” e da negociação de responsabilidade transforma o que é proibido em algo que passa ser internalizado como custo, um preço a suportar¹⁴. E quando a condenação pública desaparece, as vítimas tornam-se invisíveis e a essencialidade coletiva e comunitária dos bens jurídicos violados fica por reconhecer.

Esta é a lição que se retira da experiência norte-americana em matéria de *due diligence*. Será que aprendemos com a lição que nos chega do outro lado do Atlântico? Constitui esta Diretiva um sinal de que procuramos algo diferente? Dela é possível retirar um sinal dirigido aos Estados no sentido de que a boa-vontade das empresas na autoimposição de um dever de diligência em matéria de direitos humanos e do ambiente, sendo em si mesmo boa, não chega?

3. *Lessons learned?*

A proposta de Diretiva *on corporate due diligence* parece acolher a ideia de que cabe ao Estado – aos Estados-membros – um dever primordial de proteger os direitos humanos e de proporcionar às vítimas o acesso à justiça; cabe também ao Estado criar formas e mecanismos públicos que permitam responsabilizar as empresas que na sua atividade, incumprido aquele dever de diligência, violem bens jurídicos ou colaborem intencionalmente com terceiros que atentem contra os direitos humanos ou o ambiente.

Há vários momentos no texto da proposta de Diretiva reveladores desta preocupação com o papel do Estado enquanto entidade abstrata e superior, titular do dever de proteger bens jurídicos essenciais, muito embora essa preocupação estivesse mais precisa e vincada na Resolução do Parlamento Europeu, onde era claro que aos Estados cabe não apenas uma posição passiva ou de mera reação à violação daqueles interesses, mas sim um papel ativo logo no plano da prevenção de ofensas ao ambiente e aos direitos humanos.

tion Law, Iowa City: University of Iowa, 47/4 (2022) 1109, disponível em <https://jcl.law.uiowa.edu/sites/jcl.law.uiowa.edu/files/2022-09/deSousaLaufer_Online.pdf>.

¹⁴ Desenvolvidamente, Susana Aires de SOUSA / William S. LAUFER, «The State's Responsibility for Corporate Criminal Justice».

Não obstante, em ambos os textos, se recusa a mera delegação de funções no setor privado quanto à criação de uma específica estratégia de prevenção, cabendo à Comissão, consultando designadamente os Estados-membros, indicar as obrigações a cumprir pelas empresas na construção do plano estratégico da empresa, independentemente de, a uma análise mais fina, se poder questionar o grau de concretização dessas *guidelines*. O artigo 14.º do Projeto de Diretiva constante da Resolução do Parlamento Europeu constituía um exemplo do que acaba ser referido, prevendo a obrigação de a Comissão publicar orientações gerais não vinculativas destinadas às empresas sobre a melhor forma de cumprir as obrigações em matéria de dever de diligência. Essas orientações devem fornecer indicações práticas sobre como se realiza a proporcionalidade, atendendo a efeitos negativos, aos setores e zonas geográficas, ou ainda à dimensão e ao setor de atividade da empresa. De uma forma mais abstrata e genérica, a obrigação de emitir orientações gerais transitaria para o artigo 13.º da proposta de Diretiva.

Tal como previsto na Resolução do Parlamento Europeu, também a proposta de Diretiva prevê a designação de uma autoridade competente *pela supervisão* e aplicação da Diretiva e pela difusão de boas práticas em matéria de dever de diligência. Entre outras competências, cabe salientar a possibilidade de, identificada uma violação, a autoridade poder conceder à empresa um prazo adequado para tomar medidas corretivas, se essas medidas forem possíveis. Confere-se assim, nesta segunda oportunidade que é dada à empresa, uma preponderância à prevenção da ofensa de bens jurídicos em vez de se ceder a uma imediata sanção do incumprimento, ainda que, nesta proposta de Diretiva, se admita a possibilidade de aplicação cumulativa de sanções administrativas (artigo 18.º, n.º 4). Na verdade, uma supervisão e intervenção preventiva da autoridade pública pode ser bem mais eficaz na proteção dos bens jurídicos do que uma imediata intervenção sancionadora. Detetada uma irregularidade, pode ser mais eficiente conferir à empresa a oportunidade de a corrigir.

Esta ideia corresponde, na verdade – e agora num plano de análise ampliado à criminalidade empresarial em geral –, a uma estratégia político-criminal de prevenção e controlo da criminalidade económica em que o direito criminal constitui o topo e último lugar da pirâmide, procurando-se que as agências regulatórias tenham uma capacidade forte de reagir de acordo com o grau de cooperação ou não cooperação

da empresa¹⁵. A autorregulação e a cooperação com as autoridades, bem como a previsão de outros remédios sancionatórios, judiciais, como a responsabilidade civil ou extrajudiciais, como a reparação, devem estar antes do controlo e da reação penal. Esta era a racionalidade inerente ao projeto de Diretiva constante da Resolução do Parlamento Europeu (que parece manter-se, ainda que de forma mais moderada, na proposta de Diretiva apresentada pela Comissão).

Contudo, a resposta penal ao incumprimento das obrigações decorrentes do dever de diligência, ainda que no “topo da pirâmide”, seguindo a expressão de Ayres e Braithwaite, parece ter sido afastada, pelo menos do teor literal do projeto e da proposta de Diretiva. No artigo 18.º do projeto previa-se a obrigação de os Estados membros aplicarem sanções às infrações às normas que venham a ser adotadas por via da transposição desta Diretiva. Na proposta publicada pela Comissão esta norma transita, com modificações, para o artigo 20.º. Não se qualificam o tipo de sanções, se de mera ordenação social ou criminais, optando-se antes por estabelecer que as sanções que venham a ser previstas para a violação destas obrigações devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas, atendendo à gravidade da infração e ao facto de a infração ter ou não ocorrido repetidamente.

Contudo, se o projeto previsto na Resolução do Parlamento avançava com exemplos de sanções que os Estados poderiam adotar por forma a garantir o cumprimento da Diretiva (todas elas não penais), tal não se verificou na proposta Diretiva publicada pela Comissão em fevereiro de 2022. Com efeito, o projeto de Diretiva ia para além da coima (calculada a partir do volume de negócios da empresa), apontando sanções como a exclusão temporária ou indefinida¹⁶ de contratos públicos, de auxílios estatais, de regimes de apoio público, ou a apreensão de mercadorias – o que era e saudar. Este n.º 2 não foi acolhido pela proposta de Diretiva.

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 20.º da proposta de Diretiva da Comissão traz uma novidade em matéria sancionatória: para decidir da imposição de sanções e, em caso afirmativo, para determinar a sua natureza e nível adequado, devem ser tidos em devida conta os esforços

¹⁵ Ian AYRES / John BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 1992.

¹⁶ Refira-se que o carácter indefinido de uma sanção dificilmente passará os princípios que estruturam a responsabilidade penal em matéria sancionatória.

da empresa para cumprir quaisquer medidas corretivas que lhes sejam exigidas por uma autoridade de supervisão, quaisquer investimentos efetuados e qualquer apoio específico prestado nos termos dos artigos 7.º e 8.º, bem como a colaboração com outras entidades para corrigir os efeitos negativos nas suas cadeias de valor, consoante o caso. Abre-se assim espaço a uma possível negociação da responsabilidade sancionatória, o que, como se referiu, levado ao extremo, pode ter um efeito negativo de desconfiança na realização da justiça.

Na proposta nada se diz quanto à responsabilidade criminal das empresas. Como deve interpretar-se o silêncio da Diretiva quanto à responsabilidade criminal das empresas por atos que ofendam os direitos humanos ou o ambiente? Está este tipo de responsabilidade afastada? Tem a Diretiva algum impacto nesta responsabilidade criminal das empresas?

4. Que impacto pode ter a Diretiva na responsabilidade criminal das empresas?

Apesar de a Diretiva privilegiar medidas de *enforcement* não penais para assegurar o cumprimento das obrigações que venham a ser estabelecidas ao abrigo de um dever de diligência empresarial, não fica afastada uma responsabilidade criminal da empresa nos termos da lei nacional e por atos que nela estejam tipificados como crimes. Dito de forma simples, na medida em que o ordenamento jurídico interno admita, no exercício da sua soberania, a responsabilidade criminal das empresas¹⁷ e tipifique criminalmente atos ofensivos do ambiente

¹⁷ Nem todos os Estados-membros consagram a responsabilidade criminal de entes coletivos. Contudo, nos últimos anos, a Europa continental, contrariando a teoria clássica de um direito penal em torno do agente individual, tem vindo a assistir a uma expansão da responsabilidade criminal dos entes coletivos em resposta à criminalidade empresarial. Essa tendência, iniciada com a previsão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas a partir dos anos oitenta e noventa do século passado, nas leis penais portuguesa, francesa, belga, e holandesa, estendeu-se de um regime tido como excecional e extravagante aos Códigos Penais mesmo em países tradicionalmente avessos a uma responsabilidade criminal desta natureza, como ocorreu, em 2010, no âmbito do código penal espanhol. A abertura à responsabilização penal da pessoa coletiva foi-se alargando, para além dos ordenamentos jurídicos já referidos, a países como a Áustria, Dinamarca, Estónia, Eslovénia, Eslováquia, Holanda, Finlândia, Hungria, Irlanda, Luxemburgo ou Suíça. Do outro lado, procurando manter a

ou dos direitos humanos, haverá lugar a responsabilidade criminal do ente coletivo. A clarificação das obrigações devidas ao abrigo da Diretiva poderá eventualmente simplificar o juízo de imputação do facto ofensivo em entidades coletivas, compostas por uma diversidade de agentes individuais – questão desde sempre sujeita a um grau enorme de dificuldade, atendendo ao contexto organizacional e de pluralidade de intervenientes¹⁸.

Mais discutíveis no contexto das cadeias de valor – mas de enorme relevância no contexto da proteção dos direitos humanos e do ambiente – são os casos em que a empresa não comete ela própria nenhum crime, mas colabora com terceiros, esses sim, autores de crimes contra a humanidade ou contra o ambiente. A atividade da empresa constitui, deste modo, um auxílio à prática de atos criminosos que pertencem a terceiros, levantando-se a controversa questão de saber se uma empresa pode qualificar-se como cúmplice de um crime cometido por um terceiro¹⁹.

À debatida questão do estatuto de cumplicidade da pessoa coletivas, junta-se ainda o problema do enquadramento jurídico-penal de atos de auxílio realizados no contexto do exercício da atividade comercial. Trata-se do problema da cumplicidade *por atos ou comportamento quotidianos* (da vida diária ou da vida profissional)²⁰: é o caso da empresa que comercializa armas e que as vende para uma zona de conflito ou do banco que concede um empréstimo que virá ser usado na construção de uma obra em violação das regras urbanísticas. Ainda que de forma indireta, a Diretiva pode trazer alguma clarificação

fidelidade ao princípio *societas delinquere non potest* e recusando, pelo menos formalmente, uma responsabilidade criminal dos entes coletivos, encontram-se a Bulgária, a Grécia, a Itália, ou a Lituânia e, por enquanto, muito embora com o projeto legislativo em discussão, a Alemanha onde se discute atualmente a inclusão na legislação penal desta responsabilidade através da *Verbandssanktionengesetz*.

¹⁸ Sobre a imputação do facto ao ente coletivo e os modelos vicarial e de autorresponsabilidade, com adicionais referências bibliográficas, veja-se, Susana Aires de SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2019, 89 e ss.

¹⁹ Sobre este problema, com adicionais referências bibliográficas, Jorge de Figueiredo DIAS / Susana Aires DE SOUSA, «Autoria e cumplicidade da empresa no século XXI: algumas reflexões», *Prof. Doutor Augusto Silva Dias in Memoriam*, vol. 1, Lisboa: AAFDL Editora, 2022.

²⁰ Sobre o conceito, Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, 3.^a ed., Coimbra: GestLegal, 974 e ss.

quanto à relevância criminal destas condutas ao apontar o seu possível sentido delituoso através do incumprimento das obrigações de diligência que passarão a ser exigidas. Isto é, ao impor-se uma estratégia de *due diligence* que implique uma análise de efeitos negativos junto daqueles com a empresa tem uma relação empresarial direta, será bem mais difícil invocar o desconhecimento do sentido delituoso da ação de terceiro como critério de exclusão da responsabilidade. Neste sentido, impor-se uma estratégia de boa governação, pode constituir um forte fator de limitação a atos empresariais que se materializam num auxílio a uma atividade criminosa de terceiro.

5. Conclusão

A concluir, uma nota sobre o momento presente. A sombra dos tempos recentes parece indiciar mudanças no que se refere à relevância de uma atuação empresarial que favoreça a violação de direitos humanos por parte de outrem. Tenha-se presente o recente caso Lafarge e as decisões que sobre ele têm vindo a ser proferidas²¹.

O grupo franco-suíço Lafarge-Holcim é um grupo multinacional que atua na área da construção civil. Uma das suas filias situava-se na Síria, onde foi mantendo a sua atividade durante a guerra-civil nos anos de 2012-2014. O grupo terá pago cerca de 13 milhões de euros ao ISIS – *Islamic State of Iraq and Siria* – para manter a sua produção e garantir o acesso a matérias-primas e o acesso dos trabalhadores. Tudo isto apesar da guerra civil, da crise humanitária e das ações terroristas e contra a humanidade levadas a cabo, na Síria, pelo Estado Islâmico. Em 2016, duas organizações não governamentais apresentaram queixa num tribunal francês contra o grupo empresarial, por cumplicidade em crimes contra a humanidade e por autoria do crime de financiamento de terrorismo. Em 2019, o tribunal de apelação manteve a acusação por financiamento de terrorismo, mas entendeu não haver indícios suficientes quanto à cumplicidade em crimes contra a humanidade. Houve, contudo, recurso por parte das organizações não

²¹ Sobre este caso, Benedita SEQUEIRA, «O caso “Lafarge”: responsabilizar as empresas no campo de batalha», *Revista Electrónica de Direito*, Porto: CIJE, 3 (2021), disponível em: <<https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-antiores/2021-nordm-3/o-caso-ldquolafargerduo-responsabilizar-as-empresas-no-campo-de-batalha/>>.

governamentais que iniciaram este processo. A 7 de setembro de 2021, a *Cour de Cassation* inverteu aquela decisão, entendendo haver indícios de cumplicidade da empresa nos crimes contra a humanidade cometidos pelo ISIS²². Entendeu o tribunal que se pode ser cúmplice de crimes contra a humanidade mesmo que não haja uma expressa intenção de se associar à comissão daqueles crimes. Neste caso – continua – “o conhecimento de que se está a dar milhões de dólares a uma organização que tem uma finalidade exclusivamente criminal é suficiente para afirmar a cumplicidade ainda que a empresa tivesse atuado na prossecução da sua atividade comercial”. A decisão acrescenta ainda, com relevância para o tema da cumplicidade por ações neutras ou quotidianas, ser irrelevante que o cúmplice atue na prossecução de uma atividade comercial.

Este caso poderá a vir a ser um dos primeiros casos em que uma empresa é julgada, em tribunal criminal, por, no exercício da sua atividade, ter favorecido, enquanto cúmplice, a prática de crimes contra a humanidade realizados por terceiros. De facto, no tempo presente parece ouvir-se uma brisa de mudança no que ao dever de diligência empresarial diz respeito, restando esperar pelo futuro.

²² A decisão está disponível em <<https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2021/09/19-87367.pdf>>.

PROPOSTA DE DIRECTIVA RELATIVA AO DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS E À RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL: OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

 https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/cap06

MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS*

Resumo: O presente texto analisa a proposta de Directiva sobre dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial, recomendada pelo Parlamento Europeu em Resolução de 10 de Março 2021, na parte tocante à criação de um regime harmonizado de responsabilidade civil das empresas (artigo 19.º). Apesar da proclamada intenção de harmonização máxima (Considerando 59), tendo em conta o carácter vago e lacunoso das normas propostas, tal regime será em qualquer caso fortemente dependente dos quadros nacionais de responsabilidade civil. Contra este pano de fundo, debatem-se alguns aspectos do regime que resultaria desta combinação das normas da Directiva com o Direito português, quanto aos requisitos da ilicitude e da causalidade.

Palavras-chave: dever de diligência, responsabilidade social das empresas, responsabilidade civil, ilicitude, causalidade

Abstract: This text analyses the proposal for a Directive on corporate due diligence and corporate accountability, as recommended by the

* IJ, Univ Coimbra. A apresentação oral original foi feita em língua inglesa, sob o título “Establishing civil liability for breach of the duty of care”. Além das abreviaturas de uso corrente, serão utilizadas em especial as seguintes: PETL: Principles of European Tort Law; PONU: Princípios Orientadores das Nações Unidas relativos às Empresas e aos Direitos Humanos, adoptados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas na sua resolução 17/4 de 16 de Junho de 2011.

European Parliament by resolution of 10 March 2021, where it sets out a harmonised regime of corporate liability (Article 19). Despite the Directive's announced purpose of maximum harmonisation (Recital 59), its provisions on civil liability are vague and fragmentary, which makes the harmonised regime heavily reliant on the domestic systems of civil liability. The text focuses on the outcome of embedding the provisions of the Directive in Portuguese civil liability law, specifically in regard of the requirements of unlawfulness and causation.

Keywords: corporate due diligence, corporate accountability, corporate social responsibility, civil liability, unlawfulness, causation

I. Introdução

1. A 10 de Março de 2021, o Parlamento Europeu aprovou uma resolução, recomendando à Comissão Europeia a adopção de uma Directiva sobre dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial, e, em antecipação dos poderes de iniciativa legislativa da Comissão, propondo inclusivamente o respectivo articulado (que adiante referiremos em geral simplesmente como a “Directiva”)¹⁻².

A resolução do Parlamento Europeu tinha sido precedida de um Projecto de Relatório, contendo recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial, e compreendendo um primeiro articulado de Directiva³.

¹ Recomendações sobre proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial, anexas à 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)). Todos os artigos citados de que não se indique outra fonte pertencem a esta proposta.

² Cfr. os arts 289.º, n.º 1, do TFUE, e 17, n.º 2, do TUE, quanto aos poderes de iniciativa legislativa da Comissão. É, porém, frequente que o impulso surja do Parlamento ou do Conselho (Paul-John LOEWENTHAL, «Article 289 TFEU», in Manuel KELLERBAUER / Marcus KLAMERT / Jonathan TOMKIN, *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2019, 1912-1915, 1916, nm. 18).

³ Recomendações sobre proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial, anexas ao Relatório do Parlamento Europeu de 11 de Setembro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial (2020/2129 (INL)).

A primeira versão da proposta continha já uma norma sobre responsabilidade civil, se bem que de conteúdo particularmente limitado. Tratava-se do artigo 20.º, prevendo, sob a epígrafe “responsabilidade civil” que “[o] facto de uma empresa ter cumprido o dever de diligência em conformidade com os requisitos estabelecidos na presente diretiva não exonera a empresa da eventual responsabilidade civil em que incorre nos termos do direito nacional”. Se a norma não obrigava os Estados-membros à criação de uma fonte de imputação de responsabilidade civil, tão-pouco podia ser considerada totalmente inócua. Sempre clarificava que o cumprimento dos deveres impostos pelo Direito europeu não era fundamento de exoneração face a regimes domésticos de responsabilidade. Ao lado desta previsão, viviam regimes de índole sancionatória, e não já ressarcitória. Assim, o artigo 19.º vinculava os Estados-membros à cominação de sanções, mesmo penais, uma vez ultrapassados certos limiares de gravidade da conduta.

Com a versão definitiva da resolução do Parlamento, e a apresentação da proposta de Directiva, a previsão do anterior artigo 20.º foi completada com uma série de desenvolvimentos. Ao tempo que se aguçava a responsabilidade civil, recedia a responsabilidade penal, à qual a proposta de Directiva deixou de se referir.

A matéria da responsabilidade civil consta agora do artigo 19.º, que mantém a epígrafe do antecessor. Nos seus termos:

1. O facto de uma empresa respeitar as suas obrigações em matéria de dever de diligência não a exonera da eventual responsabilidade em que pode incorrer nos termos do Direito nacional.
2. Os Estados-Membros devem assegurar que dispõem de um regime de responsabilidade ao abrigo do qual as empresas podem, nos termos do Direito nacional, ser responsabilizadas e proceder à reparação de quaisquer danos decorrentes de efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação que tenham causado ou para os quais tenham contribuído por atos ou omissões.
3. Os Estados-Membros devem assegurar que o seu regime de responsabilidade a que se refere o n.º 2 seja de molde a que as empresas que provem que tomaram todas as precauções necessárias, em conformidade com a presente diretiva, para evitar os danos em questão, ou que o dano teria ocorrido mesmo que tivessem sido tomadas todas as precauções necessárias, não sejam responsabilizadas por esses danos.

4. Os Estados-Membros devem assegurar que o prazo de prescrição para intentar ações de responsabilidade civil relativas a danos resultantes de efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente seja razoável.

Antes de mais, deve alertar-se para que o cotejo entre as diferentes versões linguísticas da proposta revela um lapso na versão portuguesa do artigo 19.º, n.º 2. Com efeito, onde esta apenas prevê a responsabilidade por danos que as empresas “*tenham causado ou para os quais tenham contribuído por atos ou omissões*”, as demais versões agregam a responsabilidade também por danos que outras *empresas sob o seu controlo* (artigo 20.º, 9)) tenham causado⁴. Olhemos agora a norma no seu todo.

O n.º 1 do artigo 19.º retoma em boa medida o anterior artigo 20.º. Porém, os n.ºs seguintes chegam exactamente onde este não chegava, obrigando os Estados-membros à *introdução de um novo fundamento de responsabilidade, e à sua introdução em certos termos*.

É sobre este novo regime de responsabilidade civil que se debruça o presente escrito.

2. Nos termos do respectivo Considerando 59, a Directiva visa a uma harmonização máxima⁵. Ou seja, não só se impõe um patamar mínimo, como se fixa um *alcançe máximo* aos regimes nacionais que estabeleçam regras de responsabilidade civil por violação de direitos humanos, ou de deveres em relação ao ambiente ou à boa governação.

Um tal escopo de harmonização máxima quadra mal com a chancela dada ao funcionamento das normas de responsabilidade dos Estados-membros logo no n.º 1 do artigo 19.º. Do funcionamento das normas internas pode resultar, por exemplo, a responsabilização de outros sujeitos para além das empresas que são o sujeito central da regulação proposta, ou das que se define como sendo por elas controladas. Basta pensar que toda esta matéria se enxerta nos temas da responsabilidade por violação de deveres de prevenção do perigo, ou por omissão em termos mais amplos, que dependem fortemente não só

⁴ Pelo menos, no que nos é possível verificar, em língua alemã, espanhola, francesa, inglesa, ou italiana.

⁵ No referido Considerando 59, lê-se que “[a] presente diretiva deverá ter por objetivo a plena harmonização das normas entre os Estados-Membros”. Cotejando a versão inglesa, confirma-se que “[t]his Directive should aim for full harmonization of standards among Member States”.

de direito legislado, mas de construções dogmáticas e jurisprudenciais quanto às regras vigentes.

Uma tal referência à harmonização máxima poderá, porém, ter sentido útil face às defesas invocáveis pela empresa accionada, nos termos do artigo 19.º, n.º 3. Do escopo de harmonização máxima decorrerá então que o Estado-membro não poderá deixar de exonerar a empresa que logre provar que actuou com o cuidado devido, ou que o dano sempre se teria produzido ainda que tivesse actuado. Não obstante, o sentido destas cláusulas abertas sempre dependerá criticamente dos quadros gerais do ordenamento em matéria de culpa e causalidade.

Em todo o caso, torna-se manifesto que as regras propostas, quando vertidas num ordenamento nacional, estão longe de viver por si. Integram-se, sim, no sistema de responsabilidade civil do Estado-membro em causa. Como tal, os seus efeitos variarão significativamente em função dos diferentes ordenamentos.

Olharemos, pois, a particular simbiose entre as regras da Directiva e o sistema português de responsabilidade civil, focando dois âmbitos em particular: o da ilicitude e o da causalidade. Não nos deteremos especialmente sobre o requisito do dano, que não deixará, porém, de surgir associado ao funcionamento dos requisitos focados. Sublinhe-se, todavia, que a Directiva configura os danos como resultado de efeitos negativos reais ou meramente potenciais, nos direitos humanos, ambiente ou governação (artigo 19.º, n.º 2). Abrem-se, assim, as portas à *reparação de danos com escopo preventivo*, como é conhecida do direito do ambiente, e tem sido especialmente testada no Direito francês⁶.

II. Construção

A. Ilicitude: a conduta devida

1. Abertura do preceito e enunciação de possibilidades interpretativas

3. Uma questão basilar é a de saber qual a *conduta devida*, cuja violação configura ilícito. A referência a uma conduta devida é aqui ci-

⁶ Anne DANIS-FATÔME / Geneviève VINEY, «La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», *Rec. Dall.*, Paris: Dalloz, 28 (2017) 610-1618, 1614-1615; em geral, Geneviève VINEY / Patrice JOURDAIN / Suzanne CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4 Ed, Paris: LGDJ, 2013, 6-10.

meira, já que não há dúvida de que nos movemos nos quadros de uma responsabilidade por culpa, assente num desvalor de conduta. Diferentes seriam as coisas se a Directiva previsse uma hipótese de responsabilidade objectiva; aí, o dano a reparar não teria sequer que ter por causa um facto, menos ainda um facto desvalioso, do agente.

Desde logo, abrir-se-iam duas grandes possibilidades para sua concretização: ser devido (apenas) *estabelecer ex ante e implementar uma estratégia em matéria de dever de diligência* (artigo 1.º, n.º 2, artigo 4.º); ou serem devidas as *acções necessárias a prevenir do dano em concreto*.

Destriçaremos abaixo o alcance de cada uma destas fórmulas. Para já, adiantamos que não é claro qual o parâmetro adoptado pela Directiva. Assim, se alguns autores criticam a regra sobre responsabilidade nela prevista, considerando-a demasiado incisiva⁷, outros duvidam mesmo de que se tenha criado uma efectiva norma de responsabilidade pela violação de direitos humanos, ou standards ambientais ou de *governance*⁸.

Esta última perspectiva mobiliza, como termo de comparação para apurar o alcance da Directiva, um outro texto internacional. Trata-se do Instrumento juridicamente vinculativo da ONU para regulamentar, no que diz respeito aos direitos humanos, as atividades das empresas transnacionais e de outro tipo (*Legally Binding Instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*). Preparado sob a égide da Organização das Nações Unidas, encontra-se actualmente na sua terceira versão⁹. O contraponto directo do artigo 19.º

⁷ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, Bruxelles: ECGI, 2021, disponível em <<https://ecgi.global/news/commentary-european-parliament-s-draft-directive-corporate-due-diligence-and-corporate>> propondo a sua eliminação no n.º 35.

⁸ Assim, em manifestação oral, Radu MARESH, «Oral communication», *On the new EU Directive on Human Rights Due Diligence*, Lund: Raoul Wallenberg Institute, 2021, disponível em <<https://rwi.lu.se/2021/06/15/webinar-iii-iii-recording-on-the-new-eu-directive-on-human-rights-due-diligence/>>. Cfr. também Anna BECKERS, «Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten», *ZfPW*, Munich: C. H. Beck (2021), 220-251, 235 e 237-238.

⁹ Em concreto, pelo *Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* (OWIG), que funciona junto do Conselho de Direitos Humanos da ONU. A terceira versão é de 17 de Agosto de 2021.

da Directiva seriam os artigos 8.6 e 8.7. Em tradução livre do original em inglês¹⁰:

8.6. Os Estados-parte asseguram que a sua lei interna prevê a responsabilidade de pessoas jurídicas ou físicas que levem a cabo actividades económicas, incluindo as de carácter transnacional, por não prevenir que outra pessoa jurídica ou física com que tenham uma relação de negócios cause ou contribua para violações de direitos humanos, nos casos em que as primeiras controlem, administrem, ou supervisionem a pessoa em causa, ou a actividade relevante que tenha causado ou contribuído para a violação de direitos humanos, bem como por, *sendo-lhes cognoscível o risco de violação de direitos humanos na condução das suas actividades económicas*, incluindo as de carácter transnacional, ou então nas suas relações de negócios, não terem *adoptado medidas adequadas para prevenir a violação*.

8.7. O cumprimento com as medidas de “due diligence” de direitos humanos não exonera automaticamente da responsabilidade uma pessoa jurídica ou física que leve a cabo actividades económicas e que cause ou contribua para a violação de direitos humanos, ou que não previna tal violação por parte de uma pessoa física ou jurídica, nos termos previstos no artigo 8.6. O tribunal ou outra entidade competente decidirá sobre a responsabilidade dessa pessoa jurídica ou física após examinar o seu cumprimento com os standards aplicáveis em matéria de “due diligence” de direitos humanos (*realce nosso*).

Logo de uma primeira leitura do artigo 8.6, resulta claro que o regime de responsabilidade assenta num dever de prevenção de danos-

¹⁰ 8.6. States Parties shall ensure that their domestic law provides for the liability of legal and/or natural persons conducting business activities, including those of transnational character, for their failure to prevent another legal or natural person with whom they have had a business relationship, from causing or contributing to human rights abuses, when the former controls, manages or supervises such person or the relevant activity that caused or contributed to the human rights abuse, or should have foreseen risks of human rights abuses in the conduct of their business activities, including those of transnational character, or in their business relationships, but failed to take adequate measures to prevent the abuse.

8.7. Human rights due diligence shall not automatically absolve a legal or natural person conducting business activities from liability for causing or contributing to human rights abuses or failing to prevent such abuses by a natural or legal person as laid down in Article 8.6. The court or other competent authority will decide the liability of such legal or natural persons after an examination of compliance with applicable human rights due diligence standards.

-lesão (violações de direitos humanos), que existe desde o risco da sua ocorrência seja cognoscível ao sujeito. O artigo 8.7 confirma a este respeito que o cumprimento das medidas de *due diligence* de direitos humanos não tem por efeito exonerar automaticamente o sujeito de responsabilidade.

4. Para que possamos devidamente destriçar e explorar diferentes possibilidades interpretativas, devemos retirar do caminho algumas fontes de confusão. Estas surgem a propósito da convocação, com sentidos nem sempre constantes ou concordantes com os que geralmente cabem às categorias, de expressões como “dever de diligência”, “dever de adopção de melhores esforços”, “dever de adopção de uma estratégia de boa fé”, de um lado, e “dever de resultado”, ou “dever de garantir” que nenhum direitos ou interesses protegidos pelos standards aplicáveis é violado¹¹. Na verdade, esta ambiguidade já rodeia desde a sua origem, no Direito das Nações Unidas, a construção de um dever de diligência a cargo das empresas¹²; e o próprio Alto-Comissariado para

¹¹ Assim, Anna BECKERS, «Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten», 235, contrapõe um dever de adopção de melhores esforços, que corresponderia ao desenvolvimento de medidas de cuidado (que descreve como *due diligence*) – e que encontra ilustrado no dever de adoptar um plano de diligência previsto no ordenamento francês, ou no que ao tempo era o projecto de lei alemã – a um dever de resultado, obrigando as empresas à protecção de certos interesses, sendo a adopção de medidas de cuidado um mero indicador do seu cumprimento – e que encontra ilustrado no Instrumento juridicamente vinculativo da ONU. Também Eva-Maria KIENINGER / Markus KRAJEWSKI / Franziska WOHLTMANN, *Rechtsgutachten und Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten. Im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen*, Boca Raton: FAU University Press, 2022, 19, disponível em <<https://opus4.kobv.de/opus4-fau/home>>, consideram que a referência, no projecto de lei apresentado a 24 de Março de 2021, a um dever de cuidado (*Sorgfaltspflicht*) identifica um dever de conduta, por contraposição a um dever de resultado; Nicolas BUENO/Claire BRIGHT, «Implementing human rights due diligence through corporate liability», *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge: Cambridge Core, 2020, 1-30, 15, a propósito da lei francesa, consideram que a obrigação de previsão e implementação de um *plan de vigilance* é uma obrigação de meios, cabendo ao lesado provar que não foram adoptadas as medidas necessárias para sua implementação – e contrapõem a este regime a um regime de *strict liability* com possibilidade de exoneração por prova do cumprimento do dever de prever e implementar um *plan de vigilance*.

¹² Cfr., por todos, apontando a ambiguidade da referência a uma *due diligence*, que tanto significa um standard de conduta, como um processo de gestão de riscos

os Direitos Humanos reconhece abertamente que a *due diligence* de direitos humanos pode corresponder a desenhos variados, inclusivamente quanto à identificação das obrigações que dão lugar a responsabilidade civil¹³.

Com efeito, as fontes de ruído são pelo menos duas. De um lado, o facto de o dever de adoptar uma estratégia de mapeamento de riscos e actuação face a eles ser designado um dever de *due diligence*, ou dever de diligência. Surge daí desde logo uma potencial amálgama entre o *referente do dever* e o *critério de cumprimento desse ou de outro dever*. Assim, a menção a um “dever de diligência” ou de “cuidado” seria, no seu sentido mais imediato, referente à *adopção do cuidado* devido no cumprimento do dever que se impusesse ao sujeito – o de adopção da estratégia de *due diligence*, ou qualquer outro. Todavia, acaba por ser usada, de modo nem sempre claro, para referir o dever de previsão e adopção de uma estratégia de *due diligence* – separando-a de um dever de prevenção de lesões nos direitos e interesses protegidos. Esta convergência impede que se descortine com clareza qual é, afinal, o dever a cargo da empresa.

Outra fonte de ruído diz respeito à distinção entre *obrigações de meios e obrigações de resultado*. A distinção instalou-se no ordenamento

empresariais, Jonathan BONNITCHA / Robert McCORQUODALE, «The concept of “due diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights», EJIL, Oxford: Oxford Academic, 3 (2017) 899-919, *passim*; em resposta, levando o significado para um terreno intermédio relativo a um processo complexo de prevenção de danos a bens jurídicos de terceiros, John Gerard RUGGIE / John F. SHERMAN III, «The concept of ‘due diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale», EJIL, Oxford: Oxford Academic, 3 (2017) 921-928, 923-925; Jonathan BONNITCHA / Robert McCORQUODALE, «The concept of ‘due diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman, III», EJIL, Oxford: Oxford Academic, 3 (2017), 929-933, 932-933, apontando convergências entre as abordagens, no sentido de ambas responsabilizarem as empresas para lá dos processos de *due diligence*.

¹³ OHCHR, *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability*, A/HRC/38/20/Add.2, New York: UN, 2018, disponível em <<https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/G1814330.pdf>>, n.ºs 12-31, 5-9; OHCHR, UN *Human Rights “Issues Paper” on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies*, New York: UN, 2020, disponível em <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Issues_Paper.pdf>, especialmente, ponto 5.3., 12-16.

francês pela mão de Demogue¹⁴, e tem curso também no recorte de obrigações de *best efforts* que é corrente nos contratos da *common law* e do comércio internacional¹⁵.

O seu significado não é constante nestes vários contextos. Desde logo, há uma diferença importante entre os ordenamentos que exigem a culpa como requisito separado da ilicitude, como regra geral na responsabilidade contratual – caso do português, ou do alemão – e os ordenamentos que não o fazem. É o que acontece na *common law*, onde a responsabilidade contratual é fundamentalmente objectiva¹⁶; e o que acontece no ordenamento francês, onde o desvalor de conduta está amalgamado numa categoria base, da *faute*¹⁷. Ora, nestes ordenamentos, a distinção acaba por separar as hipóteses em que o devedor não é responsável se tiver cumprido com o cuidado devido, de hipóteses em que o devedor apenas se exonera por causas externas, de força maior, facto de terceiro ou do credor, ou então responde mesmo em qualquer caso. A distribuição do ónus da prova acompanha esta definição do critério de cumprimento: num caso, é necessário ao credor provar a falta da adopção das devidas diligências, ao passo que no outro basta ao credor provar a falta de um resultado. Já no caso dos ordenamentos que requerem sempre a culpa como requisito separado, dir-se-ia que afinal todas as obrigações seriam *obrigações de meios*. Nestes, porém, a categoria é importante para clarificar o conteúdo do dever de prestar, identificar a verificação de cumprimento ou de não cumprimento, e a distribuição do ónus da prova associado. E, no tocante a deveres de

¹⁴ René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Paris: Librairie Arthur Rosseau, 1925, 536 e ss.; Philippe MALAURIE / Laurent AYNÈS / Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11.^a ed., Paris: LGDJ, 2020, 533 e ss.; Yves PICOD, «Obligations», *Répertoire de droit civil - Dalloz*, Paris: Dalloz, 2017, n.º 76 e ss.

¹⁵ Erich SCHANZE, «Best efforts in the taxonomy of obligation – The case of the EU vaccine contracts», *German Law Journal*, Cambridge: Cambridge University Press (2021) 1133-1145, 1139 e ss. Cfr. o artigo 5.1.4 dos Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais de 2016.

¹⁶ Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996, 501 e ss.; Marco TORSELLO, «Remedies for breach of contract», in SMITS, Jan, *Elgar Encyclopedia of comparative law*, 2 Ed, Cheltenham / Northampton: Edward Elgar, 2012, 754-776, 768. No tocante aos serviços, a regra geral é já inversa.

¹⁷ Jacques FLOUR / Jean-Luc AUBERT / Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, III, *Le rapport d'obligation*, Paris: Dalloz-Sirey, 2013, nm. 189 e ss.

consideração – sobretudo, de protecção –, tem sido usada como critério de *distribuição de riscos probatórios*.

Ora, como decorre da própria referência a obrigações, a distinção entre estas categorias coloca-se em relação à responsabilidade contratual. Porém, vemo-la também referida a respeito da fundação de uma responsabilidade por violação de direitos humanos e standards ambientais e de boa governação – que, concebida em termos gerais, é de índole extracontratual¹⁸. Perguntar-se-ia, pois, se a referência a *deveres de resultado* quereria significar nesta sede hipóteses de responsabilidade objectiva, enquanto que os deveres de diligência, ou melhores esforços, se reportavam a uma responsabilidade dependente de culpa – como é claramente a prevista na Directiva (artigo 19.º, n.º 3). Tal teria necessariamente reflexo na distribuição do ónus da prova.

5. Melhor se fará, pois, se, em vez de conceitos sintéticos, que nem sempre são claros nas suas implicações, se destringir entre diferentes graus do raciocínio.

Pensando no que tem fundamentalmente pertinência para a discussão da norma da Directiva, haverá que separar duas questões.

Em primeiro lugar, a de saber se o dever por cujo incumprimento a empresa pode ser responsabilizada é apenas o de desenvolver e implementar uma estratégia de “dever de diligência”; ou se vai para além dele, sendo um dever de prevenção de danos concretos, quando haja risco de se verificarem. Dentro de cada uma destas hipóteses, haverá que distinguir as mais relevantes possibilidades de distribuição de riscos probatórios.

Para evitar o ruído causado pela designação do dever de adopção de um conjunto complexo de condutas – como é o dever de diligência – através de um termo que designa um standard geral de conduta – a “diligência” –, usaremos também a expressão “dever de *due diligence*” para nos referirmos ao primeiro.

¹⁸ Claro está que haverá responsabilidade contratual *tout court* quando as vítimas tiverem uma relação negocial com a empresa responsável, ou então quando for de mobilizar em relação a elas a figura do contrato com eficácia de protecção em relação a terceiros (*v.g.*, quando a empresa integrar códigos de conduta nos contratos com os seus fornecedores, face a trabalhadores destes). O que as normas de responsabilidade em debate pretendem, porém, justamente, é ir além destes âmbitos.

2. O dever de adotar e implementar uma estratégia de *due diligence*

6. Neste conjunto, o dever esgota-se na adoção e implementação da estratégia de *due diligence*. A empresa é responsável pelo dano causado pela violação deste dever.

Tudo o que importa aqui é que, *ex ante, do ponto de vista do momento da sua adoção ou revisão*, a estratégia se revele conforme com os preceitos legais que lhe são aplicáveis; e que esta estratégia seja implementada. Se *ex post*, em concreto, se relevar que *esta era afinal insuficiente para a prevenção de dano*, tal *não engendra a responsabilidade da empresa*¹⁹.

Numa primeira versão, mais rigorosa, tratar-se-ia aqui de um dever de adotar e implementar uma estratégia de *due diligence* que *esteja em condições de prevenir a ocorrência de dano*. Ou seja, neste caso, a *prova do resultado danoso* faria presumir desde logo que a estratégia *não havia sido adequada, tendo tal sido causa do dano*. Para que se exonerasse, a empresa teria que provar que: (i) tinha adoptado uma estratégia para a prevenção de dano; (ii) tal estratégia era, *ex ante*, do ponto de vista da sua concepção, *adequada à prevenção de dano*; e que (iii) tal estratégia tinha sido implementada.

Estariamos aqui perante um dos casos referidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas como de *strict liability*, num dos sentidos matizados que o termo comporta²⁰. Aqui, a empresa imputada poderia exonerar-se provando o cumprimento pleno do seu dever de *due diligence*.

Numa segunda versão, mais branda, tratar-se-ia de um *dever de usar de esforços razoáveis* para adotar e implementar *uma estratégia que pudesse prevenir a ocorrência de dano*. Um tal modelo seria o cor-

¹⁹ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, n.º 35.

²⁰ Por contraposição à “absolute liability” configurada como uma responsabilidade pela produção de um certo resultado, sem que se aceitem fundamentos exoneratórios – na linha da responsabilidade que vem associada a obrigações de garantia. OHCHR, *Improving accountability and access to remedy*, n.º 26, 7. Bernhard A. KOCH / Helmut KOZIOL, «Comparative conclusions», in Bernhard A. KOCH, / Helmut KOZIOL, *Unification of tort law: Strict liability*, The Hague: Kluwer Law, 2002, 395-435, 395, nm. 2.

relato, em termos de responsabilidade civil, da proposta do *European Company Law Experts Group*, referindo-se a um *dever de conceber e rever, em boa fé, uma estratégia de prevenção e controlo de dano*²¹. A cláusula geral da boa fé, que num ordenamento como o português ou o alemão apenas tem pertinência no campo das relações especiais, vem aqui usada em sentido mais geral, correspondendo aos *good faith efforts*. Trata-se de modular o dever a cargo da empresa, que passa a ser apenas o de *tentar gerar certo resultado usando de normal seriedade e diligência*.

Deve dizer-se que os autores apenas concebem o dever em conjugação com reacções administrativas; porém, não excluem a sua associação à responsabilidade civil, considerando desejável que os Estados-membros a prevejam também, de acordo com o seu direito interno.

Neste modelo, caberia ao interessado em estabelecer o incumprimento o ónus de provar: a ocorrência de dano; que a estratégia era logo *ex ante*, do ponto de vista da sua concepção, *desadequada à prevenção de dano, não cumprindo com a diligência razoavelmente exigível para o alcançar*²².

7. Esta segunda versão não parece ser compatível com a Directiva, atento o disposto no artigo 19.º, n.º 3, que atribui às empresas o ónus da prova da adopção de todas as precauções necessárias para evitar danos. Com efeito, uma vez que o dever de diligência é, em boa medida, um dever de *fattispecie* aberta, colimado ao resultado da previsão de certos danos, *provar que este dever não foi cumprido* equivale fundamentalmente a estabelecer que a estratégia de *due diligence* não foi definida

²¹ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, n.ºs 36 e ss. É também esse o alcance dado ao *devoir de vigilance*, e à responsabilidade que lhe vem associada na lei francesa, por Nicolas BUENO / Claire BRIGHT, «Implementing human rights due diligence through corporate liability», 15.

²² Assim, segundo a proposta do THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, n.º 37, caberia claramente a uma entidade de supervisão determinar se a estratégia cumpria ou não com a razoabilidade ínsita no parâmetro da boa fé e não à empresa provar que assim fosse (“[...] public authorities be given a role in supervising the discharge by companies of their good faith obligation. If a lack of good faith was found by the supervisory body [...]”).

ou implementada com o devido cuidado – numa palavra, que não foram adoptadas as devidas precauções²³.

A redução da responsabilidade civil aos casos de violação do dever de diligência é defendida por quem considera que a Directiva regula fundamentalmente uma responsabilidade administrativa pelo cumprimento do dever de adoptar uma estratégia de *due diligence*, remetendo a regulação da responsabilidade civil para o direito interno. Nessa medida, o regime da responsabilidade civil não haveria de referir-se a um dever mais amplo do que o de adopção de uma estratégia de *due diligence*, regulado pela Directiva²⁴.

Esta argumentação não parece convincente. Não se poderá colocar a Directiva ao lado de actos legislativos que apenas regulam efectivamente reacções administrativas ao incumprimento (como ocorre com o regime alemão). Acresce que a Directiva funciona em solidariedade com os regimes internos, não sendo necessário que regule de modo completo os regimes, ou que o faça com igual densidade nos vários aspectos da regulação.

Ora, a Directiva não deixa a criação de regimes de responsabilidade ao critério dos Direitos nacionais (artigo 19.º, n.º 1); exige a criação de regimes de responsabilidade civil, e exige-a em certos termos (artigo 19.º, n.ºs 2, a 4). É certo que o único dever que regula com mínima densidade é o “dever de diligência” (artigo 4.º). Mas tal não parece ser revelador, já que este é colocado como a chave da resposta ao problema da prevenção de dano, e que ao seu incumprimento vêm associadas sanções administrativas (artigo 18.º). Não é anómalo que, a par deste regime, estabeleça apenas os marcos gerais de harmonização de um regime de responsabilidade civil mais amplo, ligado porventura à violação de um dever de prevenção de danos.

É, pois, para os termos em que a Directiva harmoniza o regime da responsabilidade civil que há que olhar.

Em primeiro lugar, a Directiva prevê justamente que o dever de diligência não é exoneratório face a regimes de responsabilidade do Direito interno (artigo 19.º, n.º 1). Ou seja, o cumprimento do dever

²³ Tal como acontece em relação às obrigações de meios, com que boa parte do conteúdo do dever de diligência tem grande semelhança, o standard de cumprimento equivale à adopção do cuidado externo.

²⁴ Anna BECKERS, «Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten», 235, 237-238.

de diligência não vale como *safe harbour* perante normas de responsabilidade previstas no Direito interno. Num processo regulatório que se proclama de “harmonização máxima”, é relevante que a Directiva deixe claro que os regimes de Direito interno poderão proteger os direitos e interesses em causa interferindo mesmo quando houve cumprimento do dever de diligência.

A Directiva é menos clara em relação ao que deveria ser o cerne da sua regulação: o regime de responsabilidade directamente regulado no artigo 19.º, n.º 2 a 4.

A pouca clareza manifesta-se logo no plano literal, com divergências entre as várias versões linguísticas. Na versão linguística portuguesa do artigo 19.º, n.º 3, admite-se que a empresa se exonere provando que adoptou “todas as precauções necessárias, em conformidade com a presente diretiva, para evitar os danos em questão”. Pareceria aqui haver um argumento literal probante para distinguir entre o dever de diligência e a conduta exigida da empresa. Com efeito, não se compreenderia porque a Directiva usou a referência tão clara ao dever de diligência no artigo 19.º, n.º 1, e evitou usá-la no n.º 3. A mesma distinção terminológica – e portanto o mesmo argumento – valeria para outras versões linguísticas da Directiva, como a inglesa ou a francesa. Porém, já não vale para as versões espanhola, italiana ou alemã, onde os termos usados no n.º 3 se amoldam ao usado para referir o dever de diligência²⁵. Em presença do problema comum da diversidade das versões linguísticas, não se poderá optar por nenhuma, *em nome da igualdade entre todas, impondo-se manter as possibilidades interpretativas em aberto*²⁶.

²⁵ Assim, a versão inglesa distingue entre as „due diligence obligations“ (artigo 19.º, n.º 1), e a prova de que as empresas „took all due care in line with this Directive“ (artigo 19.º, n.º 3); a versão francesa, entre „devoir de vigilance“ e „toutes les mesures de précaution requises en vertu de la présente directive pour éviter le préjudice en question“. A versão alemã reporta-se às “Sorgfaltspflichten” e a “im Einklang mit dieser Richtlinie alle gebotene Sorgfalt”; a espanhola às “obligaciones de diligencia debida” e a “ toda la diligencia debida con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva”; a italiana, entre “obblighi in materia di dovuta diligenza” e “tutta la dovuta diligenza, in linea con la presente direttiva”.

²⁶ Karl RIESENHUBER, «§10 Die Auslegung», in RIESENHUBER, Karl. *Europäische Methodenlehre*, 3. Ed., Berlin: Walter de Gruyter, 2015, 199-224, 205-206; Koen LENAERTS / Jose A. GUTIERREZ-FONS, «To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice», *Columbia Journal of European Law* 20/2 (2014) 3-61, 8-16. De resto, tão-pouco é clara a articulação entre as precauções

O elemento literal da interpretação reclama neste caso especialmente²⁷, pois, o complemento através de outros elementos da interpretação. Descontamos outros argumentos formais²⁸ – que não podem cobrar peso excessivo, num instrumento que não parece pautado por cuidados especiais de redacção. Descontamos igualmente argumentos puramente funcionais-teleológicos relativos a uma finalidade de protecção de direitos humanos e standards ambientais e de boa governação – evidentemente, não está em causa um juízo de protecção de uma finalidade em exclusivo, mas sim um *juízo delicado de ponderação*, onde entram do outro lado bens jurídicos dotados de protecção fundamental, como a liberdade de empresa e o direito de propriedade (arts. 16.º e 17.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia)²⁹. Focamo-nos na parte do texto que se mostra incontornável a este respeito, e que pareceria erradicar de plano qualquer dúvida que se pudesse acalantar.

Trata-se do Considerando 52, em cujos termos “[e]m conformidade com os PONU, o facto de aplicar o dever de diligência não deverá exonerar, por si só, as empresas da responsabilidade por causarem ou contribuírem para abusos dos direitos humanos ou danos ambientais. No entanto, a existência de um processo de dever diligência sólido e adequado pode ajudar as empresas a evitar a ocorrência de danos”.

Ora, tomados os seus termos por aquilo que eles podem razoavelmente significar, temos que a Directiva prevê que o mero cumprimento do dever de diligência não exonera as empresas da responsabilidade

necessárias e a “conformidade com a presente directiva”. Com efeito, com efeito, é justamente essa a questão que se mostra duvidosa, e a que se procura responder: a de saber se a exigência de adoptar precauções em conformidade com a directiva se basta ou não com o cumprimento do dever de diligência.

²⁷ Na metodologia do Direito europeu (como do doméstico), a clareza é já um resultado do processo de interpretação no seu todo, sendo ele apenas em certos casos especialmente aproblemático Karl RIESENHUBER, «§10 Die Auslegung»,. 220 (nm. 51).

²⁸ Pode retirar-se um argumento sistemático formal do artigo 1.º, n.ºs 2 e 3, onde a Directiva diferencia entre o dever de diligência criado especificamente pela Directiva – com assento no n.º 2 – e, para além deste as regras de responsabilidade civil que esta requer que sejam implementadas no Direito doméstico (artigo 1.º, n.º, 3, e 19.º, n.º 3). Descolando estes dois mecanismos um do outro, cria-se assim espaço para que tenham âmbitos de aplicação diferentes entre si.

²⁹ Sobre a importância de não reduzir juízos teleológicos a argumentos simplistas de protecção de apenas um dos bens em conflito K. RIESENHUBER, «§10 Die Auslegung», 215-220.

por lesão dos direitos ou interesses protegidos. O artigo 19.º, n.º 1, prevê que é assim quando a responsabilidade resultar de disposições radicadas no Direito interno. Porém, o Considerando 52 não se dirige apenas à responsabilidade regulada pelo Direito interno, mas a todo o espectro da responsabilidade civil tratada pelo Directiva. Nada nele inculca uma tal limitação; pelo contrário, este é o Considerando que centralmente trata a matéria da responsabilidade civil.

“Aplicar o dever de diligência” não pode equivaler a “aplicar defeituosamente o dever de diligência” – aplicar um certo dever de conduta não significa cumpri-lo defeituosamente. Trata-se, sim, de efectivar, implementar na prática, um certo standard normativo. Esta conclusão é – mesmo desnecessariamente – reforçada pela segunda frase do Considerando, que prevê que o papel de um processo de diligência de qualidade é *meramente auxiliar* face à finalidade de prevenção de danos.

Esta tranquilidade argumentativa é, porém, interrompida pela referência aos Princípios das Nações Unidas. O excerto directamente interpelado é o último parágrafo do comentário ao Princípio 17. Em tradução livre dos seus termos, “a realização de uma *due diligence* de direitos humanos adequada deverá auxiliar as empresas a enfrentar o risco de acções judiciais, permitindo-lhes provar que adoptaram todos os cuidados razoáveis para evitar o envolvimento numa alegada violação de direitos humanos. Contudo, as empresas que levem a cabo tal *due diligence* não devem assumir que por si tal os absolverá automática e totalmente da responsabilidade por causarem ou contribuírem para violações de direitos humanos”.

Embora o texto se mostre claro, a verdade é que a sua interpretação tem sido rodeada de ambiguidade. Como referimos acima, o próprio Alto Comissariado para os Direitos Humanos tem frisado que as relações entre a responsabilidade civil e o dever de condução de uma *due diligence* de direitos humanos podem ser as mais variadas. Neste contexto, a “realização de uma *due diligence* que não absolveria por si a empresa da sua responsabilidade” tem sido interpretada como referindo a escolha de estratégias desadequadas, que permitam invocar o cumprimento de modo meramente formal e vazio (uma mera *check-box due diligence*)³⁰.

³⁰ OHCHR, *Improving accountability and access to remedy*, n.º 17, 6; cfr. o Considerando 34 da Directiva, Nicolas BUENO/Claire BRIGHT, «Implementing human rights due diligence through corporate liability», 6.

Não parece, todavia, que a fluidez na compreensão dos PONU deva de qualquer modo ser importada para a interpretação da Directiva. Desde logo, porque se trata de uma ambiguidade que não encontra qualquer respaldo nos *termos directos de um instrumento ou de outro* – reitera-se que cumprir defeituosamente um dever não equivale a cumprir um dever. Mais ainda quando é a própria letra do Comentário aos PONU a esclarecer que se refere a uma *due diligence* de direitos humanos *adequada*. Depois, porque os PONU configuram meras recomendações, de adopção estritamente voluntária pelas empresas. Neste contexto, uma tal flexibilidade interpretativa torna-se compreensível – trata-se de encorajar a adesão aos parâmetros, e não de identificar com segurança situações de incumprimento a sancionar. Ora, uma tal fluidez de abordagem, sem esteio num qualquer sentido razoável das formulações, não é transponível para um instrumento de natureza coactiva, como uma Directiva. Não por acaso, o European Company Law Experts Group fala, a respeito desta transição para texto legal coactivo, numa “passagem do Rubicão”. E note-se que mostra subscrever a interpretação da Directiva que nos parece preferível³¹.

Em suma: o cumprimento do dever de diligência pode apenas “ajudar as empresas a evitar a ocorrência de danos”. É esta prevenção do dano que se afigura, afinal, o verdadeiro dever das empresas. E isto implica uma exigência de que a empresa vá para lá da estratégia traçada, quando tal corresponda *ao nível de precaução* (razoavelmente) *necessária* para a prevenção de danos em concreto³².

³¹ Parece ser esta a leitura de THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament’s Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, decorrendo do que afirmam no n.º 35: “we propose that *the provisions imposing direct liability on companies for breaches of the international standards (ie not via the strategy the company adopts)* should be removed from the Directive” (realçados nossos).

³² Parece ser esta a leitura também de Benoît LECOURT, «Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés», *Revue des sociétés*, 5 (2021), 335-342, 341, que considera que a proposta vai mais longe do que o Direito francês. Tal como Anne DANIS-FATÔME / Geneviève VINEY, «La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre», 1612-1614, o autor contrapõe a responsabilidade estabelecida pela *Loi relative au devoir de vigilance*, que se atém à violação das obrigações que compõem o dever de vigilância (L. 225-102-5 do Code de commerce, remetendo para o L. 225-102-4 do mesmo código), à responsabilidade pela violação de deveres amplos construídos pela jurisprudência – destacando o dever de vigilância associado ao princípio da precaução, ao

3. Dever de não causar ou de prevenir o dano

8. Em primeiro lugar, cabe um esclarecimento terminológico, relativo ao uso dos termos causar e prevenir. Com efeito, ambos os termos têm um sentido comum que é um sentido lato: “causar dano” engloba todas as formas de produção de um dano, por acção ou omissão, e de modo directo ou indirecto. Prevenir um dano ajusta-se aos casos em que o sujeito não evita o dano, devendo fazê-lo: às situações, portanto, de causação por omissão – incluindo os casos, neste contexto salientes, em que o sujeito não impede que outra pessoa cause dano –, ou de causação mediata, por violação de um dever de conduta. Por um argumento de maioria de razão, o termo pode também aplicar-se à causação directa: quem causa directamente um dano, também não o previne.

Ambos os termos apenas são já deslocados nos casos de responsabilidade objectiva, onde o dano não se deve à conduta do sujeito, mas sim a certa fonte de risco pela qual este responde³³. Aí, o nexo de causalidade estabelece-se entre esta fonte de risco e o dano, não se podendo dizer que “o sujeito o causou”, embora responda por ele.

Como melhor veremos abaixo (B.1.a)), na esteira dos PONU, o conceito de *causação* é usado num sentido mais restrito, contraposto

passo que as duas outras autoras citadas destacam o dever de segurança, informação ou conselho. A responsabilidade estabelecida pela *Loi relative au devoir de vigilance* é limitada, valendo apenas para os casos de omissão de elaboração de um plano de vigilância, insuficiência, inexecução ou execução defeituosa do plano (Benôit LECOURT, «Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés», 341). O autor considera já que o direito europeu vai mais longe, prevendo responsabilidade por qualquer falha à vigilância – no que parece aproximar esta constelação da que vale para os deveres gerais de vigilância do direito comum.

Diga-se que Anne DANIS-FATÔME / Geneviève VINEY, «La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», 1614, vêem margem para que a jurisprudência venha a estender o âmbito do dever de vigilância, previsto na lei francesa, para efeitos de responsabilidade, mobilizando a fórmula geral constante do L. 225-102-4, I, al. 3.

³³ Usamos a referência a “uma fonte de risco” em termos amplos, no sentido de fonte de danos ressarcíveis. O fundamento da responsabilidade objectiva nem sempre é de reconduzir à criação de riscos especiais para terceiros; podem estar em causa outros fundamentos, como a imposição de uma posição de garante face a uma fonte de danos potenciais não especialmente perigosa, mas de onde se retira vantagem, ou a protecção do consumidor (Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de mestrado)*, s. ed., Coimbra, 2001, 12-13).

à *contribuição* para o dano (artigo 3.º, 10), da Directiva; Capítulo II, A, n.º 11, das Orientações da OCDE sobre multinacionais, e comentário n.º 14; 6.3.-b), 8.3, 8.6 do Instrumento legalmente vinculativo). Refere-se aos casos em que a empresa produz o dano por si só, sem conjugação com as actividades de outra entidade. Por sua vez, o termo *prevenção* surge associado à omissão no contexto da produção do dano por terceiro: aos casos em que a responsabilidade não se deve a uma conduta positiva de incentivo à produção de dano, mas antes da falta de condutas pelas quais a empresa não procure evitá-lo (artigo 8.6 do Instrumento legalmente vinculativo).

Uma vez que, neste escrito, não nos detemos a debater diferenças de regime entre a causação em sentido estrito e a contribuição para o dano³⁴ – limitamo-nos a apontar alguns aspectos do estabelecimento da contribuição –, e que tão-pouco debatemos o alcance da contribuição por omissão, os termos “causar” e “prevenir” serão em geral usados no seu sentido comum, mais amplo. Usa-se os dois termos de modo tendencialmente sobreponível, exprimindo “prevenir” com mais intensidade o dever de não causar o dano por omissão ou por processos indirectos.

9. Situados num dever de não causar o dano, perguntar-nos-íamos, antes de mais se, da interpretação combinada do Considerando 52 e do artigo 19.º resultaria a atribuição a esta norma de um conteúdo idêntico ao dos arts. 9.6 e 9.7 do Instrumento juridicamente vinculativo das Nações Unidas. Deveremos considerar que as previsões afinal se equivalem?

A resposta é negativa. Desde logo, os arts. 9.6 e 9.7 do Instrumento juridicamente vinculativo deixam margem para que à sua sombra se criem regimes de responsabilidade objectiva no Direito interno. Com efeito, as normas nem incorporam um standard de diligência razoável, nem referem a sua invocação a título de defesa. A referência à “cognoscibilidade”, que supõe já uma razoável possibilidade de tomar conhecimento, concerne à limitação da responsabilidade da empresa, nos casos em que esta responde apesar de não controlar, administrar, ou supervisionar a pessoa ou actividade em causa.

³⁴ Para além da aplicação das normas relativas à existência de vários causadores, no Direito português, estas diferenças podem decorrer da aplicação do artigo 494.º do Código civil à empresa, levando ao estabelecimento de uma indemnização mais baixa em casos de contribuição.

Tal não acontece face ao regime da Directiva. O cumprimento com o cuidado devido foi abertamente inscrito como fundamento de exoneração do agente (artigo 19.º, n.º 3); e, tratando-se de uma directiva de harmonização máxima, não poderá o Estado-membro suprimir a possibilidade de invocar esta excepção.

Por outro lado, o Instrumento juridicamente vinculativo aponta com clareza para um dever de *prevenir a causação de danos por terceiros*. Já a Directiva é muito mais vaga no tocante ao desenho da responsabilidade por danos causados por terceiros. O conceito chave para fundar a *responsabilidade pela actuação de terceiros* é aqui o da *contribuição para o dano* (artigo 19.º, n.º 2; artigo 3.º, 10). A contribuição para o dano enquadra as hipóteses de co-causação de dano. Estas decorrem tanto de uma co-autoria directa do dano, como da sua *causação mediata*, por *via da conduta de terceiro*. Nestes últimos casos, há responsabilidade quando as atividades da empresa *provocarem, facilitarem ou incentivarem a produção de um efeito negativo por outra entidade*. A simples *abstenção de interferir na conduta danosa* de terceiro não se enquadraria, à primeira vista, em nenhuma dessas hipóteses.

Todavia, é também verdade que a norma de responsabilidade (artigo 19.º, n.º 2) se refere à contribuição por acção, como *por omissão*. Seriam, pois, hipotizáveis situações em que a empresa, *omitindo-se de interferir sobre a conduta de outra entidade, facilita ou incentiva a produção de um efeito negativo por esta*. É bem sabido que as orientações das Nações Unidas, como da OCDE, a este respeito, recomendam um papel activo por parte da empresa *mesmo em relação a más práticas dos seus parceiros negociais adoptadas à sua total revelia*³⁵. Tem aqui especial utilidade o uso do “poder de influência” (*leverage*) da empresa sobre o causador directo dos danos (19 dos PONU) – devendo lembrar-se que o Alto Comissariado para os Direitos Humanos censurou a Directiva por ter sido muito restritiva a respeito do papel dado a este poder de influência (artigo 4.º, n.º 7)³⁶. Mesmo assim, a fronteira não se mostra

³⁵ OCDE, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris: OECD Publishing, 2011, disponível em <<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>>; Nicolas BUENO/Claire BRIGHT, «Implementing human rights due diligence through corporate liability», Capítulo IV, Comentário 43 (foi consultada a versão oficial inglesa), 4 e 10.

³⁶ OHCHR, *EU Mandatory Human Rights Due Diligence Directive: Recommendations to the European Commission*, 2, n.º 4, 4.

nítida. Tudo está em saber quais são os deveres de conduta que assinalam os casos de *facilitação ou incentivo da produção de um efeito negativo por outra entidade* – e que poderão não estar tão distantes assim do uso de um “poder de influência”.

10. Seja como for, vejamos como a Directiva recorta as condutas lesivas: como se definem os “efeitos negativos nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação” por cujos danos haverá direito a reparação, nos termos dos Direitos dos Estados-Membros (artigo 19.º, n.º 2). Estaremos então em condições de saber como se poderão enquadrar nas categorias da ilicitude delitual portuguesa.

Os “efeitos negativos” relevantes têm a sua definição no artigo 3.º, n.ºs 6) a 8), da Directiva, e estarão, na sua versão definitiva da Directiva, especificados nos seus anexos.

No que toca aos efeitos negativos nos direitos humanos, estará em causa o *prejuízo do pleno gozo dos direitos humanos*, incluindo os direitos sociais, laborais e sindicais, tal como *definidos em anexo à Directiva* (artigo 3.º, 6)). No que toca aos efeitos negativos no ambiente, estará em causa *violação das normas ambientais internacionalmente reconhecidas e das normas ambientais da União*, tal como definidas em anexo à Directiva (artigo 3.º, 7)³⁷). No que toca aos efeitos negativos na boa governação, tem-se em conta a boa governação de um país, região ou território, tal como definida igualmente por anexo (artigo 3.º, 8)). Não se torna aqui evidente qual o standard cujo respeito se impõe; o Considerando 24 dá, porém, indicações quanto à sua concretização, prevenindo que “esses efeitos deverão incluir o incumprimento do capítulo VII, relativo ao combate ao suborno, à solicitação de suborno e à extorsão, das Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais e dos princípios da Convenção da OCDE sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais”, bem como outras situações de corrupção e suborno especificadas.

³⁷ Note-se que, nos Considerandos 22 e 23, relativos à noção de efeitos negativos no ambiente, pareceria antes apontar-se para uma definição por via de cláusula geral – o que não seria de estranhar, dadas as insuficiências do Direito convencional internacional em matéria de ambiente (Eva-Maria KIENINGER / Markus KRAJEWSKI / Franziska WOHLTMANN, *Rechtsgutachten und Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten. Im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen*, 34).

Podemos agora considerar como um dever de não causar ou contribuir para “danos decorrentes de efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação” se inscreveria no sistema da ilicitude delitual portuguesa.

11. Em primeiro lugar, cumpre enquadrar os casos em que os danos decorrem da violação de uma *norma internacional constante dos anexos à Directiva*, quando essa norma não atribua directamente direitos a indivíduos, mas se limite a *impor deveres institucionais de conduta às empresas* (v.g., proibindo a emissão de certo tipo de resíduos ou a aquisição de matérias primas providas de área desflorestada, ou seja, sem certificação do contrário). Nestes casos, estaríamos perante uma constelação similar à da segunda modalidade de ilicitude, prevista no artigo 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código civil. Aqui, a ilicitude decorre da violação de uma disposição legal de protecção: de uma *disposição legal impondo deveres de conduta* face à qual, por interpretação, se conclua que também compreende no seu escopo a protecção de interesses individuais, e do tipo dos ofendidos³⁸.

Em primeiro lugar, caberia aqui perguntar se esta convocação da segunda modalidade de ilicitude seria sequer necessária. Ao incluir estas normas na definição dos efeitos negativos, dir-se-ia que a Directiva as promovia de plano a fundamento da responsabilidade, cabendo aos Estados-Membros assegurar vias de reparação de todos os danos daí decorrentes. Não parece, porém, que um regime que depende de tal modo dos quadros jurídicos dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade civil possa querer desfigurar os sistemas nacionais, criando tão amplos fundamentos de reparação de “quaisquer danos”. E, decisivamente, são de convocar aqui todas as preocupações que rodeiam a qualificação de disposições legais de protecção, e que *visam evitar uma total abertura das comportas da responsabilidade*, que tornasse inabarcáveis os riscos associados às actividades económicas³⁹.

Como tal, parece-nos que as normas internacionais referidas na Directiva apenas podem ser fundamento de responsabilidade nos ter-

³⁸ Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de mestrado)*, 28.

³⁹ Claus-Wilhelm CANARIS, «Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten», *FS Larenz zum 80. Geburtstag*, München: C. H. Beck, 1983, 27-110, 47-48, 58 e ss..

mos da segunda modalidade de ilicitude: quando *sejam de qualificar como disposições legais de protecção*, para efeitos de protecção contra danos de certo tipo.

Na verdade, a viabilidade de qualificar normas de convenções e cláusulas de códigos de conduta internacionais como disposição legal de protecção neste contexto tem sido especialmente debatida na doutrina alemã, cujo sistema delitual inspirou o sistema português neste aspecto. E tem sido por esta fundamentalmente recusada, considerando-se, por um lado, que as empresas não são destinatárias das convenções internacionais – são-nos os Estados; e que aos códigos de conduta internacionais faltaria, desde logo, o carácter de norma jurídica cogente requerido pela qualificação como disposição legal de protecção⁴⁰. Não cumpre aqui analisar tais objecções, já que através da Directiva, mudaria um dado fundamental: todos os instrumentos internacionais indicados pela Directiva passariam a ser *Direito directamente vinculativo das empresas*⁴¹.

Será, sim, fundamental determinar se a norma impondo certa conduta preventiva visava, a par dos interesses da colectividade, servir também os interesses de um certo grupo. E, na base de uma interpretação cuidada, mobilizando sobretudo argumentos sistemáticos e teleológicos, determinar quais os interesses privados que a norma protege – sendo que a protecção de interesses puramente patrimoniais é em primeira linha restritiva⁴².

Do ponto de vista da prova dos factos, caberia aos lesados provar que a empresa tinha violado a conduta prescrita; e que se tinha produzido na sua esfera um dano do tipo dos protegidos. Normalmente, da violação da conduta prescrita, associada à prova de um dano que lhe

⁴⁰ Marc-Philippe WELLER / Luca KALLER / Alix SCHULZ, «Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland», *AcP* (2016) 387-420, 406; Theresa GÖRGEN, *Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen*, Baden-Baden: Nomos, 2019, 349-353.

⁴¹ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, n.º 10.

⁴² Claus-Wilhelm CANARIS, «Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten», 58 e ss.; Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, Gerhard WAGNER, «BGB § 823 Schadensersatzpflicht», *MüKo BGB*, VII, 8 Ed., München: C. H. Beck, 2020, disponível em <<http://beck-online.beck.de>>, 255-256; nm. 476 e 504; Manuel Carneiro da FRADA, *Direito civil, Responsabilidade civil, O método do caso*, Coimbra: Almedina, 2010, 75.

esteja tipicamente associado, decorre uma prova de primeira aparência ou presunção judicial de que o facto foi culposo⁴³; neste caso, haveria uma inversão legal do ónus da prova da culpa (19.º, n.º 3).

12. Em segundo lugar, cumpre olhar os casos efeito negativo seja a *violação de um certo direito* – o que acontecerá, como é bom de ver, especialmente em matéria de direitos humanos, podendo também haver normas em matéria ambiental que atribuam direitos subjectivos. No Direito delitual português, estaríamos situados na primeira modalidade de ilicitude (artigo 483.º, n.º 1, 1.ª parte, do Cód. civil).

Poderíamos enquadrar estes casos através de pelo menos *duas construções diferentes*.

De acordo com a primeira, conceberíamos o ilícito como a verificação de um resultado proibido. Em causa estaria, portanto, um dever de não causar, ou contribuir para a causação de dano – *v.g.*, de não violar o direito a não ser sujeito a escravatura, ou contribuir para esta violação. De acordo com as regras gerais, caberia ao autor da acção provar o dano-lesão, a sua ilicitude – aqui, a violação de um seu direito protegido pelas normas internacionais referidas nos anexos da Directiva –, bem como a respectiva imputação causal à conduta da empresa. Caber-lhe-ia ainda provar a culpa; porém, o artigo 19.º, n.º 3, da Directiva atribui o ónus da prova a este respeito à empresa lesante.

Estaria em causa a *responsabilidade por um certo resultado*, admitindo-se que *o acusado provasse certas circunstâncias exoneratórias* – que, em função do que se encontrasse previsto, poderiam ser objectivas, como a ocorrência de força maior, ou subjectivas, como o cumprimento de um certo standard de cuidado.

De acordo com a segunda construção, a empresa teria o *dever de adoptar as condutas que, perante as circunstâncias concretas, se revelassem necessárias para evitar a lesão do direito em causa, por causação ou por contribuição*. O ilícito estaria, pois, na *violação de certo dever de conduta apto a prevenir a lesão*.

⁴³ Gerhard WAGNER, BGB § 823, nm. 91-92; Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 260-267 (sobre a distinção entre a prova de primeira aparência e a prova por indícios, Ulrich FOERSTE, «ZPO § 286 Freie Beweiswürdigung», in Hans-Joachim MUSIELAK / Wolfgang VOIT, *O*, 18 Ed, München: Franz Vahlen, 2021, disponível em <<http://beck-online.beck.de>>, nm. 24-25).

Nesta configuração, caberia ao *ofendido provar que tinha sofrido danos nos seus direitos protegidos pelas normas internacionais aplicáveis*, e que a empresa infractora *não tinha adoptado uma conduta que se revelava*, perante as circunstâncias, exigível para evitar danos nesses direitos ou interesses. Esta hipótese acaba, pois, por se aproximar em grande medida da construção que vale para a mobilização da segunda modalidade de ilicitude.

Ora, mesmo nos quadros da primeira modalidade de ilicitude, há que ter em conta que o juízo de ilicitude tem por objecto *a conduta do agente*, e *não um resultado danoso*. Quando a conduta produz *directamente uma lesão no bem jurídico* (esta lesão ocorre no decurso da acção), podemos dizer que esse comportamento é em si reprovado⁴⁴. Quando a lesão é apenas um *resultado mediato da conduta*, então a conduta só merece a reprovação própria do juízo de ilicitude quando tenha *violado um dever de prevenção do dano (dever do tráfico)*. Haverá

⁴⁴ Resulta do exposto que não fazemos sequer a tentativa de qualificar as normas internacionais de protecção de direitos humanos como disposições legais de protecção – exercício que, como referido, vem fazendo alguma doutrina alemã recente (de resto, rematando-o com a recusa da qualificação: Marc-Philippe WELER/Luca KALLER/Alix SCHULZ, «Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland», 406; Theresa GÖRGEN, *Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen*, 352-353). A qualificação como disposição legal de protecção cabe, em qualquer caso, a normas que proíbem ou prescrevem certas condutas (Claus-Wilhelm CANARIS, «Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten», 48, 51; Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 247); não às normas que protegem certos bens jurídicos jussubjectivados, em si. O lugar da protecção de direitos subjectivos por si próprios é a primeira modalidade de ilicitude. Ou o direito está em condições de ser absorvido por esta modalidade, ou então apenas será protegido por si se o atentado configurar abuso do direito, à luz da terceira modalidade de ilicitude. Qualificar normas que protegem certos direitos como disposições legais de protecção equivaleria a afirmar que toda a conduta que atentasse contra esse bem era afinal ilícita – o que é *contrário à lógica tendencialmente restritiva* da segunda modalidade de ilicitude, rodeada da preocupação de não sobre-estender as hipóteses de responsabilidade. E corresponderia mesmo a um campo mais amplo do que o atribuído à primeira modalidade de ilicitude, onde apenas as ofensas directas a direitos subjectivos gozam de tamanha protecção. O domínio da segunda modalidade de ilicitude é o da reacção antecipada *aos riscos que certas condutas devidamente especificadas em normas jurídicas* colocam para interesses dos sujeitos. Não por acaso, o lugar por excelência das disposições legais de protecção é atribuído às normas de perigo abstracto (Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 239-241).

aqui que provar que o dever foi violado; e, em sede de causalidade, que foi o perigo de que o dever visava proteger que se materializou no dano⁴⁵.

A razão decisiva para esta exigência é a de que, de outro modo, haveria um tratamento desigual dos bens e interesses tutelados pela primeira e pela segunda modalidades de ilicitude. De resto, a violação de um dever de cuidado é requisito para a identificação de hipóteses de responsabilidade por omissão – das quais os processos de causação indirecta ou mediata nem sempre se distinguem com rigor. E, na verdade, quanto aos casos sobranes, de *causação directa de uma lesão*, pode dizer-se que a violação de um dever de prevenção do perigo é por si evidente⁴⁶.

Também aqui essas preocupações gerais de equilíbrio sistemático devem valer. O esforço de prova da violação de um dever de prevenção do dano poderá ser de algum modo minorado pelos deveres de prestação de informação, em termos gerais, ou a pedido, por parte das empresas (artigo 6.º, n.º 1 e 2, e artigo 15.º da Directiva); acrescentem os deveres gerais de colaboração na produção de prova, e as consequências da sua violação (artigo 417.º do Cód. proc. civil; artigo 344.º, n.º 2, do Cód. civil). Estabelecendo-se a violação do dever, e sendo o dano consequência típica da sua violação daí decorrerá a presunção de facto de que o dano, sendo consequência típica da violação dos deveres em causa, foi por ela causado. O mesmo valeria em relação ao pressuposto da culpa; porém, neste ponto, a Directiva estabelece uma verdadeira inversão do ónus da prova (artigo 19.º, n.º 2). Na verdade, a contraprova será aqui particularmente dificultada, por aos lesados ter cabido antes provar a violação de um dever de prevenção do dano. Dir-se-ia, pois, que esta vantagem que o legislador lhes quis atribuir, presumindo a culpa, seria tornada inócua por se requerer a prova prévia da violação do dever. O raciocínio seria, porém, excessivo; à empresa será viável trazer à causa informações mais detalhadas que, num quadro mais completo, demonstrem que actuou com cuidado. De resto, uma articulação dos riscos

⁴⁵ Claus-Wilhelm CANARIS, «Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten», 77-81; Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de mestrado)*, 44-45.

⁴⁶ Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 301 e ss.

probatórios nestes moldes não é inédita: encontrava-se também prevista no projecto alemão de 24 de Março de 2021 (§14, I), considerando-se que a presunção de culpa mais não era do que o acolhimento legal do efeito indiciário que sempre decorreria da prova da violação dos deveres de cuidado⁴⁷.

13. Em conclusão: na interpretação que parece mais correcta, o artigo 19.º, n.ºs 2 a 4, da Directiva impõe que os Estados-membros disponham de um regime interno que responsabilize as empresas pela causação de dano nos direitos ou interesses protegidos, não se bastando com o mero cumprimento do dever de diligência. No ordenamento português, uma tal *previsão geral de responsabilidade* perante os terceiros titulares daqueles direitos e interesses viria inserir-se no sistema de responsabilidade delitual. Poderão vir a estar aqui em causa hipóteses correspondentes à segunda modalidade de ilicitude, quando o efeito negativo em causa seja identificado pela violação de uma norma que mereça a qualificação de disposição legal de protecção dos interesses lesados. Quando o efeito negativo corresponda à violação de um direito subjectivo atribuído pelas normas internacionais convocadas pela Directiva, devem ser mobilizados os parâmetros próprios da primeira modalidade.

B. Causalidade

14. Analisamos agora a sinergia entre as normas europeias e o direito interno na construção do requisito da causalidade. Debruçamo-nos sobre dois aspectos em particular. Em primeiro lugar, sobre a categoria da contribuição, para cujo recorte a Directiva fornece múltiplos subsídios. Em segundo lugar, sobre o fundamento de exoneração da empresa por apelo a processos causais hipotéticos; previsto no artigo 19.º, n.º 3, convoca na dogmática interna a figura da causa virtual e do comportamento lícito alternativo.

⁴⁷ Eva-Maria KIENINGER / Markus KRAJEWSKI / Franziska WOHLTMANN, *Rechtsgutachten und Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten. Im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen*, 83-85.

1. Causalidade por contribuição

a) Noção e delimitação do critério

15. A Directiva distingue duas formas pelas quais a empresa pode causar o dano: através da sua *causação em sentido estrito*, ou através de mera *contribuição* para o dano (artigo 19.º, n.º 2 e artigo 3.º, 10)).

Temos *contribuição* quando as actividades da empresa causam o dano *por combinação com as actividades de uma outra entidade*. Por contraposição, a *causalidade em sentido estrito* refere-se aos casos em que a actividade da empresa *produz o dano por si só*, sem necessitar da conjugação com as actividades de outra entidade⁴⁸. Usando um exemplo fornecido pela OCDE: pense-se no uso de critérios discriminatórios de minorias étnicas para contratação dos trabalhadores da empresa.

Em qualquer hipótese descrita como de contribuição, a solução do direito português é a mesma. Todas as empresas que tiverem participado na produção do dano respondem solidariamente perante as vítimas (artigo 490.º e 497.º, n.º 1, do Cód. Civil), dispondo depois de direito de regresso contra as co-responsáveis, na medida das respectivas culpas e contribuição para o dano (artigo 497.º, n.º 2).

A *contribuição* pode decorrer – horizontalmente, se se quiser – da combinação de *actividades levadas a cabo paralelamente pela empresa e por outra entidade* (artigo 3.º, 10), 1.ª frase, 1.ª parte). A empresa não causa o dano por interferência sobre outra entidade; as actuações de ambas conjugam-se, sim, na produção do dano. É o que acontece, dando um exemplo simples, nas hipóteses em que ambas as actuações são *conditiones sine quibus non* do dano ocorrido – pense-se no caso em que se produz um dano ambiental porquanto certos materiais poluentes, que não tinham sido devidamente selados pelo produtor, tão-pouco foram devidamente acondicionados pelo transportador. Trata-se das hipóteses ditas de concausalidade, causalidade complementar ou concurso necessário de causas⁴⁹. Próximas destas hipóteses são as

⁴⁸ Cf. OCDE, *Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*, Paris: OECD Publishing, 2018, disponível em <<http://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia-para-uma-conduta-empresarial-responsavel-2.pdf>>, 70, P29.

⁴⁹ Francisco Manuel Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1998, 25, nota 7; para os restantes termos, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 652, n. 1858.

de causalidade cumulativa ou dupla, em que a actuação de cada uma das empresas é bastante para causar por si o dano, e as duas actuações efectivamente produziram os seus efeitos. À luz das valorações do ordenamento português, bem como do Direito comparado mais próximo, a solução é idêntica: ambas as empresas serão responsabilizadas⁵⁰. Nada tem, aliás, de incomum que as duas situações estejam presentes no mesmo evento, em relação a diferentes dimensões de um dano complexo.

Numa segunda modalidade, a *contribuição* decorre – verticalmente, se se quiser – do facto de as atividades da empresa *provocarem, facilitarem ou incentivarem* a produção de um efeito negativo por outra entidade (artigo 3.º, 10), 1.ª frase, 2.ª parte). Diferentemente do que acontece no caso anterior, aqui há já um exercício de influência sobre processos de decisão de outra entidade.

Esta possibilidade de influenciar a conduta de outra entidade vai para lá dos casos de controlo, definidos no artigo 3.º, 9). Conforme aí se prevê, configura “controlo” a “possibilidade de uma empresa exercer uma *influência decisiva sobre outra empresa*, nomeadamente através da *propriedade ou do direito de utilizar a totalidade ou parte dos ativos desta última*, ou através de *direitos, contratos ou quaisquer outros meios*, tendo em conta todas as circunstâncias factuais, que conferem uma *influência determinante na composição, na votação ou nas decisões dos órgãos de decisão de uma empresa*” (itálicos nossos).

Parecem enquadrados no conceito de *controlo* tanto *modos formais* de exercício de influência decisiva na composição, votação ou decisões dos órgãos de decisão de uma outra empresa, como *modos informais* de exercício de tal influência, de molde a configurar *administração de facto*.

Neste ponto, lembre-se que o conceito de controlo é um conceito chave para determinação do alcance da responsabilidade da empresa – para além dos danos que causou ou para que contribuiu, esta responde

⁵⁰ Ainda que falhe neste contexto o critério da *conditio sine qua non*. Face ao Código de Seabra, Francisco Manuel Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, 47, n. 41. Perante o Código vigente, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, 653, n. 1858; No Direito comparado, cfr. o artigo 3:102 dos PESTL, em cujos termos “in case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as cause of the victim’s damage.”.

por danos causados directamente ou por contribuição das *empresas sob o seu controlo*. Como tal, não faz sentido levar o conceito de controlo, em acréscimo às hipóteses de controlo formal, para lá dos limites da *administração de facto*, incluindo qualquer possibilidade, ainda que pontual, de exercício de influência. Tal conduziria a uma sobre-expansão da responsabilidade – bastaria que uma empresa pudesse influenciar uma outra entidade de modo pontual para responder pelos danos causados por uma terceira entidade, que a segunda pudesse influenciar de modo também pontual, *ainda que a actuação da terceira nada tivesse que ver com os condicionamentos gerados pela primeira*⁵¹. E, do mesmo passo, conduziria ao esvaziamento das hipóteses de contribuição da segunda modalidade, através do exercício de influência sobre outra entidade; estas hipóteses seriam absorvidas pelo conceito de controlo.

Assim, parecem ser absorvidas pelo conceito de *contribuição através do exercício de influência*, mas *já não pelo de controlo*, situações como a do exemplo comumente referido no qual um cliente de relevo requer do seu fornecedor o envio de certa quantidade de mercadoria em prazo de tal modo curto que não é possível o seu cumprimento sem violação de standards de segurança e saúde no trabalho; bem assim, o caso em que o preço unilateralmente fixado pelo comprador é tal modo baixo que inviabiliza o cumprimento de tais standards⁵².

b) Estabelecimento da contribuição

16. A contribuição para o dano situa-se, pois, no âmbito da *causação por intervenção de vários agentes*. O âmbito é consabidamente gerador de incerteza, e exige soluções que em alguns aspectos desafiam as linhas gerais da dogmática da causalidade.

⁵¹ Por exemplo, a empresa (A) que fizesse uma encomenda vultuosa a uma outra (B), que absorvesse muitos dos recursos desta e por isso condicionasse a sua actuação, responderia pelos danos causados por uma outra empresa (C) sobre a qual a segunda (B) exercesse influência pontual, mesmo que sem qualquer relação com o modo como a primeira (A) tivesse condicionado a actividade da segunda (B).

⁵² OCDE, *Guia da OECD de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*, 70, P29; cfr. ainda, para o primeiro exemplo, em termos gerais, Eva-Maria KIENINGER / Markus KRAJEWSKI / Franziska WOHLTMANN, *Rechtsgutachten und Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten. Im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen*, 37-38; para o segundo, em termos gerais também, Anna BECKERS, «Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten», 237.

Um primeiro caso, mais simples, concerne aos casos em que *há certeza quanto ao facto de todos os potenciais agentes terem co-causado o dano*, mesmo que não haja certeza quanto à proporção da contribuição causal de cada um. Nesse caso, todos respondem solidariamente pelo dano, presumindo-se nas relações internas que a sua contribuição foi idêntica (arts. 490.º e 497.º do Cód. civil)⁵³. Não releva, para estes efeitos, o título a que se deu a participação de cada um no facto – a causação tanto pode ser directa, como pode ser meramente instrumental para a causação de dano por outra entidade.

O caso é diferente quando há incerteza quanto a qual dos potenciais agentes causou o dano, sendo apenas *certo que um deles o causou*, ou quando *há incerteza sobre se sequer algum dos potenciais agentes causou o dano*, sendo apenas plausível que um deles o tenha causado.

O Direito civil geral não fornece uma resposta para estes casos⁵⁴. A doutrina e os tribunais (pese embora a escassez de julgados que tratem directamente o tema) propuseram, sim, várias estratégias para os abordar. De um modo geral, destacam-se, de um lado, propostas que actuam em sede de prova – diminuindo a fasquia do grau de prova

⁵³ A solução é similar no regime dos PETL – cfr. o artigo 9:101 dos PETL e W. V. HORTON ROGERS, «Multiple tortfeasors – Introduction», in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European tort law*, Wien: Springer, 2005, 138-141, 140, nm. 8, W. V. H. ROGERS, «Art. 9:101-9:102», in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European tort law*, Wien: Springer, 2005, 143-145, e Jaap SPIER, «Art. 3:102. Concurrent causes», in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European tort law*, Wien: Springer, 2005, 44-47, 47, nm. 15-18.

⁵⁴ Diga-se que o Regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, aprovado pelo Decreto-lei 147/2008, de 29 de Julho contém um regime especial para superar a incerteza quanto ao estabelecimento da causalidade no plano fáctico, que permite alargar as situações de imputação e o funcionamento da regra sobre participação (artigo 4.º). Trata-se do artigo 5.º que, em interpretação crítica cuidadosamente fundamentada, revela a conjugação de um aligeiramento do grau de prova requerido para estabelecer a probabilidade de criação de um risco concreto, e uma inversão do ónus da prova quanto à sua manifestação no resultado lesivo (Ana Perestrelo de OLIVEIRA, «A prova do nexo de causalidade na lei da responsabilidade ambiental», in Carla Amado GOMES / Tiago ANTUNES, *Actas do Colóquio “A responsabilidade civil por dano ambiental”*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2010, 172-193, 177 e ss.) No Direito comparado, cfr. o artigo 3:103 dos PETL, sobre causalidade alternativa, relativo aos casos em que ocorrem múltiplas actividades, cada uma por si bastante para causar o dano, sendo porém incerto qual delas o causou, que determina que cada uma delas é tida como causa do dano na medida da probabilidade de o ter causado (Jaap SPIER, «Art. 3:102. Concurrent causes», 46-47, nm. 8 e ss.)

exigido, ou alterando a distribuição do ónus da prova. Do outro lado, propostas que alteram o próprio critério de estabelecimento da causalidade, por apelo, na senda de Roxin, à ideia de incremento do risco permitido⁵⁵.

Ora, um dos âmbitos em que a incerteza quanto ao estabelecimento de causação especialmente se manifesta é o da responsabilidade por exercício de influência no processo de decisão de outra entidade. Encontramos aqui problemas similares aos que se colocam a propósito da violação de deveres de informação. Em qualquer um dos casos, é difícil a aplicação do critério da condicionalidade, uma vez que permanece a dúvida sobre se a decisão adoptada a final teria sido a mesma sem a intervenção do alegado responsável⁵⁶. Com efeito, um processo decisório pode ser afectado por uma multiplicidade de factores e, ao nível das pessoas físicas, é um *processo fundamentalmente interno, psicológico*⁵⁷.

17. Para superar esta dificuldade, a Directiva apoia-se nas propostas da OCDE quanto à devida diligência para uma conduta empresarial responsável⁵⁸. Os critérios não são, pois, especificamente probatórios. A julgar pelos factores exemplificativamente elencados pelo artigo 3.º, 10), trata-se, sim, de trazer *para* o estabelecimento da causalidade critérios relativos à criação ou *aumento do risco ilícito da ocorrência de dano*.

Destes factores, interessa aos autores/vítimas estabelecer os dois primeiros, interessando à empresa estabelecer o terceiro.

⁵⁵ Para uma panorâmica doutrinal e jurisprudencial sobre o tema, Patrícia Leal Cordeiro da COSTA, «Causalidade alternativa e a jurisprudência dos tribunais superiores», in CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018, disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/eb_reponscivil_2018.pdf>, 98 e ss.

⁵⁶ Cfr. Claus-Wilhelm CANARIS, «Die Vermutung „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ und ihre Grundlagen», in Franz HÄUSER *et al.*, *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004*, Berlin: De Gruyter Recht, 2004, 3-24, 15 e ss. propondo uma via de superação destes problemas através da integração de cada um dos elos na cadeia do processo decisório na descrição do resultado danoso. Esta solução não é, porém, transponível para lá do âmbito da responsabilidade por violação de deveres de informação.

⁵⁷ Trabalhando, a propósito da responsabilidade pela confiança, a especificidade de uma causalidade psíquica, relativa aos processos de decisão, Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2007, 618 e ss.

⁵⁸ OCDE, *Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*, 70, P29.

O primeiro factor concerne à “medida em que uma empresa é suscetível de incentivar ou motivar a produção de um efeito negativo por outra entidade, ou seja, a medida em que a atividade aumentou o risco de ocorrência do efeito”. Atende-se aqui ao *grau de influência da empresa sobre a entidade directamente actuante*, mas também ao *risco colocado pela actividade desta*. Como a própria norma condensa o critério – que apura “a medida em que a atividade aumentou o risco de ocorrência do efeito” –, este revela-se atinente à medida da criação de um risco proibido.

O segundo factor concerne à “medida em que uma empresa poderia ou deveria ter tido conhecimento do efeito negativo ou potencial de efeito negativo, isto é, o grau de previsibilidade”. O critério da previsibilidade é, com efeito, noutros ordenamentos jurídicos – de que se destaca o inglês –, o critério central para estabelecimento da causalidade⁵⁹. Não assim no ordenamento português, embora alguns autores advoguem a sua aplicação no âmbito da responsabilidade contratual⁶⁰. Em todo o caso, onde se sufraga o recurso a um juízo de previsibilidade para estabelecer a imputação causal, mobiliza-se o *parâmetro objectivo de um observador experimentado* colocado na posição do agente, tendo-se em consideração os conhecimentos científicos e regras de experiência disponíveis no momento do juízo de adequação. É diferente o critério da Directiva, que se reporta ao que *a concreta empresa em causa deveria ter previsto*. No sistema português da responsabilidade civil, seria pertinente em sede de juízo de culpa, mostrando-se fora de lugar em sede de imputação objectiva⁶¹.

Por seu lado, a empresa visada pode demonstrar que adoptou medidas que “atenu[aram] efetivamente o efeito negativo ou reduzi[ram] o risco da sua ocorrência”. No caso deste factor, o juízo parece referir-se tanto à diminuição da probabilidade de levar outra entidade a uma decisão danosa, como à adopção de medidas mitigatórias uma vez adoptada uma tal decisão. Pense-se, por exemplo, na empresa que requer

⁵⁹ Ces VAN DAM, *European tort law*, 2 Ed., Oxford: Oxford University Press, 2013, 316-318.

⁶⁰ Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 318 e ss.

⁶¹ Para uma comparação entre o critério da adequação e o da previsibilidade em concreto, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 930.

da sua fornecedora um aumento extraordinário da produção a curto prazo, que não seria exequível sem compressão indevida dos standards laborais, mas que, do mesmo passo, ajuda a organizar sub-contratação da parte da fornecedora, ou que pelo menos o faz no decurso do processo produtivo.

Se, a partir da consideração conjunta destes e de outros factores, o tribunal considerar que *a atividade da empresa visada aumentou substancialmente o risco de efeito negativo*, deve afirmar a sua contribuição para o dano. Ou seja, vale aqui uma presunção de que o risco criado se materializou no resultado danoso.

Nota-se que o tribunal goza de uma grande margem de discricionariedade neste juízo. Não só os critérios mobilizáveis não se esgotam nos especialmente previstos, como mesmo estes são de natureza diferente. Na verdade, alguns proponentes de um sistema de estabelecimento da imputação objectiva através de critérios de aumento do risco ilícito postulam o recurso a um sistema móvel. Assim, por exemplo, considera-se que a grande previsibilidade da causação pode compensar o facto de esta ocorrer através de um processo pouco usual; o facto de certo resultado ser a consequência típica de uma certa actuação pode permitir a imputação causal na base da mera probabilidade; e é também admitido que a maior gravidade do juízo de culpa possa contrabalançar um juízo de imputação mais lasso⁶².

Porém, como decorre do precedente, as propostas de sistema móvel não se bastam com a simples remissão para este, apontando já para os factores a ter em conta, e para os mecanismos de compensação entre estes. É uma sistematicidade que falta na proposta da Directiva, que se limita a apontar alguns de entre os factores a considerar, e tão-pouco os põe em relação.

2. Excepções fundadas em processos hipotéticos

a) Coordenadas gerais

18. Uma vez alegados factos que estabeleçam que a conduta da empresa causou o dano, e feita prova bastante quanto a estes, a empresa poderá defender-se em primeira linha por impugnação. Por exemplo,

⁶² Helmut KOZIOL, *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*, Viena: Jan Sramek Verlag, 2012, 141-144.

alegando e provando que o facto de não ter cumprido certo dever de conduta (por exemplo, selar devidamente certo material tóxico) não foi causa do dano, já que outra entidade levou a cabo em lugar da empresa a conduta devida (selando ela própria devidamente o material em causa).

O artigo 19.º, n.º 3, abre-lhe ainda vias de defesa por excepção. Como referido, o propósito de harmonização máxima da Directiva não é imediatamente discernível em relação ao preceito sobre responsabilidade civil, que fica em grande medida dependente das categorias gerais dos Estados-membros. Porém, pelo menos em relação às defesas concedidas às empresas alegadamente responsáveis, mostra-se relativamente transparente o seu funcionamento: ao verter o preceito no Direito interno, os Estados-membros não podem criar regimes que resultem mais protectivos dos direitos humanos ou standards ambientais ou de boa governação, por suprimirem estas vias de exoneração dos lesantes.

A primeira das vias de defesa diz respeito à invocação da ausência de culpa, provando a empresa que “tom[ou] todas as precauções necessárias, em conformidade com a [...] diretiva, para evitar os danos em questão”. Ao contrário do que acontece no Direito português da responsabilidade civil extracontratual, a culpa vem aqui, portanto, em geral presumida.

A segunda afecta o estabelecimento da causalidade. Nos seus termos, o Direito interno deve prever a exoneração da empresa caso esta prove que o dano teria ocorrido *mesmo que tivessem sido tomadas todas as precauções necessárias*. Trata-se de fazer valer *estados do mundo hipotéticos*, que se teriam materializado caso a empresa tivesse actuado com o devido cuidado. Se a empresa demonstrar que, ainda assim, os interesses em causa seriam afectados por um dano semelhante, poderá defender-se invocando que *mesmo a adopção do cuidado devido não teria salvo esses interesses*.

Devemos aqui distinguir duas constelações diferentes: uma respeitante à figura do comportamento lícito alternativo; a outra, respeitante à da causa hipotética ou virtual.

b) O comportamento lícito alternativo

19. A figura concerne a casos em que ocorreu a violação de um dever de conduta com o escopo de prevenção de certo tipo de dano, mas

em que havia uma outra norma autorizando o infractor a causar aquele tipo de dano ou, mesmo que o infractor tivesse cumprido com o seu dever, ainda assim a sua actuação teria causado um dano idêntico ao lesado. Ou seja, a conduta imposta por tal dever era afinal inoperante para efeitos da prevenção do dano em causa, ou então o lesante tinha o direito de o causar⁶³.

Podemos ilustrar a figura com dois casos clássicos da jurisprudência alemã. Um fabricante de pincéis havia violado o seu dever de desinfectação de matérias-primas (em concreto, pêlos de cabra importados da China), vindo alguns dos seus trabalhadores a morrer devido a um agente infeccioso transportado por esses materiais. Veio, porém, a apurar-se que os pêlos estavam infectados por um germe até então desconhecido, que a desinfectação requerida não teria podido exterminar – não podendo, pois, impedir a morte dos trabalhadores, ainda que houvesse cumprido o seu dever. Num exemplo que ilustra casos de outro tipo, um formando fez cessar unilateralmente o contrato de formação com o empregador, sem cumprir o prazo de denúncia do contrato; reclamando o empregador o reembolso de custos com a busca e contratação de novo formando, teve procedência a invocação do primeiro, de que tais custos sempre se verificariam ainda que o pré-aviso houvesse sido cumprido⁶⁴.

A construção é também aventada (pelo menos, tentativamente) a outros propósitos. Assim, foi invocada na sequência da violação de um prazo mínimo de pré-aviso antes da cessação de um contrato de trabalho, alegando-se que outras normas permitiam a cessação discricionária do contrato nesse período. Foi também invocada na sequência da violação do dever de obter o consentimento informado do paciente antes de avançar para uma intervenção cirúrgica, alegando-se que aquele teria em qualquer caso autorizado a informação.

Na verdade, a decisão concerne ao estabelecimento do escopo de protecção da norma. Quando o propósito da imposição da conduta é o *da prevenção de certo tipo de dano*, e na verdade tal conduta não está em

⁶³ Hartmut OETKER, BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes, *MüKo* BGB, II, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, 8 Ed., München: C. H. Beck, 2019, disponível em <<http://beck-online.beck.de>>, nm. 217.

⁶⁴ Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal, Parte geral, I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 337; Ac. do BAG de 22. 5. 1980, proc. 3 AZR 1103/77, NJW 1980, 2375.

posição de alcançar o seu propósito – evitar esse dano –, então não faz sentido responsabilizar pelo dano o sujeito que não adoptou tal conduta⁶⁵. Em qualquer caso, exige-se a prova de que o resultado danoso *teria com certeza lugar*, mesmo que o dever tivesse sido cumprido⁶⁶ – ou de que estava na *discricionarietà do lesante* causá-lo licitamente.

É bom de ver, pois, que esta excepção deixa de poder ser invocada quando a conduta não é apenas um meio para alcançar o fim de evitar certo tipo de dano, mas tem valor em si própria⁶⁷. Um exemplo de deveres de conduta que são meios para a finalidade de prevenção de um dano são as condutas impostas para prevenção de acidentes. *V.g.*, se fechar uma porta corta-fogo se revelasse uma medida totalmente inoperante face à dimensão ou outras propriedades do incêndio em causa, não faria sentido responsabilizar pelo seu incumprimento.

Quanto aos deveres de conduta que têm valor em si próprios, destacam-se aqueles que têm por escopo assegurar meios de esclarecimento ou de intervenção em processos decisórios⁶⁸. É o que acontece tipicamente com deveres de informação de outra parte, eventualmente antecedendo a obtenção do seu consentimento ou pelo menos parecer. O mesmo acontece com deveres de audição de interessados em certo processo de decisão. A este último respeito, questiona-se se se pode dispensar o procedimento de audição de certos interessados, que preceda a sua autorização necessária, quando se prove que vêm sistematicamente autorizando certo tipo de intervenções.

⁶⁵ Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 288-289.

⁶⁶ Hartmut OETKER, BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes, *MüKo BGB*, II, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, nm. 221; Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal, Parte geral, I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 338.

⁶⁷ Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 288-289. A doutrina alemã discute também se a excepção deixa de poder ser invocada caso o dever violado tivesse o escopo de prevenir danos de qualquer tipo (quando o seu cumprimento fosse com certeza inoperante para prevenir o dano); no sentido da rejeição, Clemens HÖPFNER, « BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes », *Staudingers Kommentar BGB*, Berlin: Otto Schmidt - De Gruyter, 2021, disponível em <<https://www.juris.de>>, nm. 106; com resposta mais matizada e, a nosso ver, mais correcta, Hartmut OETKER, BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes, *MüKo BGB*, II, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, nm. 221.

⁶⁸ Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 289.

São, em suma, também estas as coordenadas gerais que devem valer para avaliar a postergação do complexo de deveres de diligência a cargo da empresa.

c) A causa hipotética ou virtual

20. Aqui, o comparativo contrafactual não contempla apenas a adopção da conduta devida, mas também o desenrolar de um *certo processo causal*, que *a ocorrência de dano interrompeu*. Ou seja, está aqui em causa um certo processo causal, relativo à actuação de fontes de risco diferentes daquelas a que o dever de conduta violado viria reagir. Este processo causal, dito hipotético porque não se desenrolou por inteiro, teria, *quando inteiramente decorrido, em qualquer caso causado um dano similar ao que se verificou*.

A título de exemplo, pense-se na situação em que é construída uma barragem no âmbito de um complexo de mineração, sem dar cumprimento aos standards de segurança, havendo eventualmente ruptura do sistema de represamento e libertação de grandes caudais de resíduos tóxicos. O estabelecimento de uma causa hipotética em relação a esse dano corresponderia à prova de que uma grande tempestade que se verificou de seguida sempre teria, ainda que os standards de segurança tivessem sido devidamente cumpridos, levado ao rebentamento da represa.

A doutrina portuguesa é tradicionalmente muito restritiva em relação à procedência da exoneração fundada na prova de que uma causa virtual viria a causar um dano similar – embora se deva dizer que a doutrina mais recente admite mais matizes a respeito. As razões para uma abordagem restritiva são em parte razões de política legislativa, e em parte razões de Direito positivo⁶⁹.

As razões de política legislativa são, por um lado, as da prevenção e dissuasão do dano, mantendo a responsabilidade do sujeito que na verdade deixou de cumprir um certo dever. Por outro lado, ao recusar esta causa exoneratória, evita-se que ela precluda a compensação de um número relevante de vítimas.

As razões de Direito positivo prendem-se com o facto de apenas em casos muito contados (ao menos, segundo a interpretação dominante)

⁶⁹ Para uma visão panorâmica, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, 620-623 (vd. ainda p. 691-692).

a lei abrir a possibilidade de invocação exoneratória de causa hipotética⁷⁰. Os casos centrais são os de sujeitos obrigados à vigilância de pessoa incapaz (artigo 491.º do Cód. civil), edifícios ou obras (artigo 492.º do Cód. civil), animais ou objectos (artigo 493.º, n.º 1 do Cód. civil). Trata-se de regimes de responsabilidade agravada, por culpa presumida; pelo que a possibilidade de invocação de causa virtual é vista como uma compensação (excepcional) pela severidade do regime⁷¹.

Os contornos do regime da Directiva não são exactamente idênticos. Não é claro se a Directiva consagra um dever de prevenir a causação de dano por terceiros que a empresa possa influenciar, ou se se trata apenas de proibir condutas activas que criem risco de dano por esses terceiros. Porém, é facto que se encontra uma severidade paralela na consagração de presunção de culpa.

Como o exemplo acima sugere, esta possibilidade priva o regime da responsabilidade civil de algum efeito preventivo-dissuasor que este possa ter. No sistema da Directiva, um tal efeito ficaria então em maior medida a cargo das sanções administrativas previstas.

Em qualquer caso, deve dizer-se que este meio de defesa não é admissível quando a causa hipotética seja a conduta de um terceiro, que o tornaria responsável perante a vítima. Ou seja, o agente não pode libertar-se do dever de reparar o dano na parte que seria compensada por este terceiro, invocando que ele o teria de todo o modo causado. Trata-se de entendimento pacífico. Desde logo, porque, nestes casos, a situação actual hipotética da vítima não seria apenas a de se ver afectada por um dano; seria a de se ver afectada por um dano e de dispor de

⁷⁰ Considerando que se trata de uma presunção de causalidade de fundamentação, Henrique Sousa ANTUNES, «Art. 491.º (Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem)», in José Carlos Brandão PROENÇA, *Comentário ao Código civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2018, 311-314, 314 (nm. 8); Henrique Sousa ANTUNES, «Art. 492.º (Danos causados por edifícios ou outras obras)», in José Carlos Brandão PROENÇA, *Comentário ao Código civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2018, 319; Henrique Sousa ANTUNES, «Art. 493.º (Danos causados por coisas, animais ou actividades)», in José Carlos Brandão PROENÇA, *Comentário ao Código civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2018, 322 (nm. 6).

⁷¹ Francisco Manuel Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, 7-10, na “Nota prévia” de actualização, referindo outros exemplos para lá dos citados.

uma pretensão indemnizatória a seu respeito. Como tal, se a causa virtual pudesse aqui ser invocada, a vítima perderia o direito à reparação pelo lesante efectivo – exonerado através desta excepção –; e tão-pouco teria o direito à reparação pelo lesante hipotético – pois este não teria chegado a causar-lhe dano⁷². Acresce que a admissibilidade de uma tal excepção se afiguraria desastrosa do ponto de vista dos incentivos – cada um dos lesantes potenciais teria interesse em que outros lesantes potenciais não cumprissem os deveres de cuidado, para os poder apresentar como causadores hipotéticos de dano idêntico.

Em concreto, uma empresa não poderá, pois, invocar perante as vítimas que, ainda que se tivesse recusado a contratar um fornecedor local que usasse trabalho infantil, outra empresa o teria contratado.

III. Conclusões

21. De entre o instrumentário disponível para assegurar o respeito pelos direitos humanos, standards ambientais e de boa governação, na actividade transnacional das empresas, o Parlamento Europeu reconheceu à responsabilidade civil um papel importante. Consagrando-lhe uma norma específica (artigo 19.º), começou por reconhecer aos Estados-membros a liberdade para aplicar os seus regimes de responsabilidade civil para responder aos efeitos negativos que se produzam naqueles direitos e interesses – e por esclarecer a este respeito que o cumprimento do dever de diligência previsto no articulado não serve de abrigo contra pretensões de responsabilidade (artigo 19.º, n.º 1).

A par do reconhecimento do espaço legislativo nacional, a Directiva cria um regime de responsabilidade harmonizado (artigo 19.º, n.ºs 2 a 4). Este regime prima antes de mais por ser parco, e nessa medida profundamente dependente dos Direitos dos Estados-Membros. Uma tal dependência não se conjuga facilmente com os propósitos de harmonização máxima afirmados pela Directiva (Considerando 59). Nas matérias em que existe, o regime pauta-se por ser vago.

Dentro destes condicionantes, procurou-se compreender que regime seria esse, resultante da imbricação entre os contornos gerais

⁷² Francisco Manuel Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, 99 e ss.; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, 618-620.

traçados pela Directiva e o Direito português da responsabilidade civil.

Olhou-se ao estabelecimento da ilicitude. Os termos em curso nos instrumentos internacionais trazem em si uma certa porosidade; e da sua parte Directiva não clarifica qual o recorte afinal das condutas devidas. Ainda assim, considera-se que a interpretação mais correcta é a que não permite a exoneração com base no mero cumprimento do dever de diligência, respondendo as empresas também quando as circunstâncias obrigassem à adopção de medidas de cuidado não previstas *ex ante* para obstar à produção de efeitos negativos nos direitos humanos, ambiente ou boa governação (artigo 3, 6), 7) e 8)).

Vertido no Direito português, este critério desemboca na cláusula geral de ilicitude extracontratual, tendo aqui especial relevo a sua primeira e segunda modalidades (artigo 483.º, n.º 1). Quando o efeito negativo se defina pela violação de um dever de comportamento previsto numa norma ou código de conduta internacional, considera-se que só poderá haver reparação quando estes standards mereçam a qualificação de disposição legal de protecção. Devem valer aqui as cautelas metodológicas inerentes à identificação e mobilização destas disposições, de modo a manter a contenção na resposta aos danos puramente patrimoniais. No que toca à protecção directa de bens jurídicos jus-subjectivados (*maxime*, direitos humanos), esta deverá fazer-se nos termos da primeira modalidade de ilicitude, e exigindo por isso, nas hipóteses de causação mediata, ou por omissão, a prova da violação de um dever de prevenção do dano.

Olhou-se depois ao estabelecimento da causalidade. No tocante ao estabelecimento da contribuição para o dano por influência sobre a actuação de outro sujeito, verificou-se o acolhimento de critérios relativos de aumento do risco proibido (artigo 3.º, 10), para superar as dificuldades relativas à determinação da causalidade afectando processos de decisão alheios. Provindos de recomendações internacionais da OCDE, e não de Direito cogente, a verdade é que os critérios propostos se mostram heterogéneos e não articulados entre si, deixando um espaço muito amplo de concretização.

Por último, foi olhada a cláusula exoneratória que atende a processos causais hipotéticos, permitindo à empresa provar que os danos se teriam produzido ainda que tivesse actuado com o cuidado devido.

No Direito interno, esta cláusula exoneratória traduz-se nas figuras do comportamento lícito alternativo e da intervenção de causa virtual. O comportamento lícito alternativo só poderá operar quando a norma de conduta violada tivesse por finalidade exclusiva evitar o dano, e já não quando a conduta exigida servisse outros interesses (a não ser que o agente tivesse o direito de os lesar). A invocação da causa virtual é tradicionalmente admitida com reserva no Direito português, acompanhando, porém, hipóteses de responsabilidade agravada, por culpa presumida, tal como a prevista na Directiva. Em todo o caso, não será uma causa virtual atendível o facto de um terceiro se predispor a causar o mesmo dano ilícito – nem em termos de compensação das vítimas, nem de prevenção do dano, tal seria aceitável.

CSDD (CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE) PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE DIRETIVA DE 23 DE FEVEREIRO DE 2022

 https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/cap07

RUI PEREIRA DIAS*

1. A Proposta de Diretiva sobre o dever de diligência das empresas (CSDD)

1.1. Introdução

Em 23 de fevereiro de 2022, foi publicada 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*¹. Em particular, trata-se aí da sustentabilidade com respeito à *proteção de direitos humanos* e à *proteção do ambiente*. Se em relação aos direitos humanos era já corrente a expressão *Human Rights Due Diligence* (ou HRDD), vai agora sendo correntemente usada, neste domínio, a designação mais abrangente de *Corporate Sustainability Due Diligence* (ou CSDD) à qual, por facilidade de escrita, doravante faremos apelo.

Para uma primeira leitura da Proposta de Diretiva, iremos atentar, essencialmente, em três aspetos gerais: o seu *objeto* (artigo 1.º), o seu *âmbito de aplicação* (artigo 2.º) e os contornos do *dever de diligência* nela instituído, conforme primariamente definido no artigo 4.º e de-

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigador Integrado do IJ, Univ Coimbra.

¹ PARLAMENTO EUROPEU, *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*, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52022PC0071>>.

pois desdobrado, essencialmente, nos artigos 5.º a 11.º, bem como as consequências do seu incumprimento.

1.2. Objeto

O *objeto* da Diretiva proposta é um conjunto de regras relativas a *obrigações* das empresas, bem como à *responsabilidade* pela sua violação. As obrigações inscrevem-se em matéria de *efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente*. Abrangem não apenas as *operações* da própria empresa em primeira linha visada pela Diretiva, mas ainda, num duplo alargamento, às operações das suas *filiais*² e ainda às operações da *cadeia de valor* realizadas por *entidades com as quais a empresa tenha uma relação empresarial estabelecida*.

Este último conceito, o de *relação empresarial estabelecida*, vem definido como «uma relação empresarial^[3], direta ou indireta, que é, ou se prevê que seja duradoura, tendo em conta a sua intensidade ou duração, e que não represente uma parte pouco significativa ou meramente acessória da cadeia de valor» (artigo 3.º, f))⁴.

² «Filial» vem definida como «uma pessoa coletiva através da qual é exercida a atividade de uma ‘empresa controlada’, na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho» (artigo 3.º, d)). Recolhendo neste outro texto normativo a definição de *empresa controlada*, ele é o que em seguida se transcreve: «uma empresa

- i) Na qual uma pessoa singular ou coletiva dispõe da maioria dos direitos de voto; ou
- ii) Relativamente à qual uma pessoa singular ou coletiva tem o direito de nomear ou destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração, gestão ou fiscalização, sendo ao mesmo tempo acionista, ou membro, da empresa em questão; ou
- iii) Relativamente à qual uma pessoa singular ou coletiva é um acionista ou membro e controla por si só a maioria dos direitos de voto dos acionistas ou membros, respetivamente, por força de um acordo celebrado com outros acionistas ou membros da empresa em questão; ou
- iv) Sobre a qual uma pessoa singular ou coletiva tem poder para exercer, ou exerce efetivamente, influência dominante ou controlo».

³ O conceito de «relação empresarial» é também definido na proposta, enquanto «relação com um contratante, subcontratante ou qualquer outra entidade jurídica (‘parceiro’): i) com quem a empresa celebrou um acordo comercial ou a quem concede financiamento, seguro ou resseguro, ou ii) que realiza operações comerciais relacionadas com os produtos ou serviços da empresa para ou por conta da empresa».

⁴ Por seu turno, «cadeia de valor» – excluindo particularidades que se aplicam apenas às *empresas financeiras* e que podem ser lidas no texto do artigo 3.º, g) – vem

1.3. Âmbito de aplicação

Quanto ao *âmbito de aplicação*, numa primeira análise, registe-se a divisão entre entidades *constituídas* (artigo 2.º, n.º 1) e *não constituídas* (artigo 2.º, n.º 2) *em conformidade com a legislação de um Estado-Membro*.

As empresas *constituídas em conformidade com lei de um Estado-Membro* ficarão sujeitas à Diretiva quando tenham, em média, mais de 500 trabalhadores e um volume de negócios mundial líquido superior a 150 milhões de Euros no último exercício financeiro para o qual foram elaboradas demonstrações financeiras anuais (artigo 2.º, n.º 1, *a*). Se, porém, se atingirem apenas os limiares mais baixos de 250 trabalhadores e 40 milhões de Euros, mas pelo menos metade desse volume de negócios tiver sido gerado num conjunto de setores críticos para a sustentabilidade (incluindo fabrico e comércio grossista de têxteis, vestuário e calçado; agricultura, silvicultura e pescas; ou atividade mineira⁵), a Diretiva será também aplicável (artigo 2.º, n.º 1, *b*).

Ainda assim, estas últimas empresas não estarão sujeitas a regras tão exigentes como as primeiras: de acordo com o disposto no artigo 15.º, respeitante ao *combate às alterações climáticas*, apenas as empresas que ultrapassam os limiares mais elevados (as da alínea *a*), portanto) ficam obrigadas à adoção de um *plano* «com vista a 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 1,5º C, em conformidade com o Acordo de Paris» (artigo 15.º, n.º 1).

Por seu turno, às *empresas não constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro*, mas sim *de um país terceiro*, serão aplicáveis as regras da Diretiva quando elas tenham gerado, na União, um volume de negócios líquido superior a 150 milhões de Euros (artigo 2.º, n.º 2, *a*). Serão outrossim visadas as empresas cujo volume de negócios seja apenas superior a 40 milhões, não atingindo aquele

definida como «as atividades relacionadas com a produção de bens ou a prestação de serviços por uma empresa, incluindo o desenvolvimento do produto ou do serviço e a utilização e eliminação do produto, bem como as atividades conexas das relações empresariais estabelecidas a montante e a jusante da empresa».

⁵ Para a listagem completa, cfr. o artigo 2.º, n.º 1, *b*), *i*) a *iii*).

primeiro limiar dos 150 milhões, caso pelo menos metade do volume tenha sido gerado naqueles setores críticos acima elencados (artigo 2.º, n.º 2, *b*)). Mais uma vez, como no caso das empresas *européias*, apenas as que atinjam o primeiro limiar, mais elevado, ficam sujeitas a determinadas obrigações, como são as relativas ao combate às alterações climáticas há pouco descritas (artigo 15.º, n.º 1).

1.4. Dever de diligência: obrigações e responsabilidade

Estabelecido o *objeto* e o *âmbito de aplicação*, a proposta de Diretiva avança soluções normativas que podemos agrupar em duas, conforme também a bipartição do *objeto* que acima descrevemos, isto é: *obrigações* das empresas e *responsabilidade* das mesmas no caso do seu incumprimento.

Do lado das *obrigações*, é no artigo 4.º que se define o *dever de diligência das empresas*. O dever, incidindo sobre matéria de *direitos humanos* e de *ambiente*, desdobra-se em *seis subdeveres*, os quais, sendo embora mais detidamente regulados nos artigos seguintes (5.º a 11.º), são de imediato elencados e brevemente descritos no artigo 4.º, n.º 1.

São, portanto, os seguintes os seis *subdeveres* em que se desdobra o *dever de diligência das empresas em matéria de direitos humanos e de ambiente*:

- 1) integrar o dever de diligência nas suas políticas (artigo 5.º);
- 2) identificar os efeitos negativos, potenciais ou reais (artigo 6.º);
- 3) prevenir e atenuar os efeitos negativos potenciais (artigo 7.º), fazer cessar os efeitos negativos reais e minimizar a sua extensão (artigo 8.º);
- 4) estabelecer e manter um procedimento de reclamação (artigo 9.º);
- 5) avaliar a eficácia da sua política e das suas medidas em matéria de dever de diligência (artigo 10.º); e
- 6) comunicar publicamente informações sobre o dever de diligência (artigo 11.º).

Do lado agora da *responsabilidade*, avulta o artigo 22.º, nos termos do qual devem as empresas ser responsabilizadas quando verificada uma *dupla condição*: primeiro, que tenha havido um incumprimento do dever de *prevenir (ou atenuar) efeitos negativos potenciais* (artigo 7.º) ou de *fazer cessar efeitos negativos reais* (artigo 8.º); e segundo, que esse

incumprimento tenha «dado origem a um efeito negativo que deveria ter sido identificado, prevenido, atenuado, cessado ou minimizado através das medidas adequadas previstas nos artigos 7.º e 8.º, levando à ocorrência de danos» (artigo 22.º, n.º 1, *a*) e *b*)).

Do articulado proposto, chamamos ainda a atenção para os artigos 17.º e 18.º, onde encontramos a previsão de *autoridades de supervisão* (e os respetivos *poderes*), a serem designadas por cada um dos Estados-membros, para exercerem a competência de supervisionar o cumprimento das obrigações estabelecidas pelas disposições nacionais de transposição da futura Diretiva.

2. Aspetos internacionalprivatísticos

2.1. Introdução

Vejamos, agora (2.), sucintamente, de que forma a nova regulação proposta se intersecta com o direito internacional privado. Façamo-lo seguindo uma ordem cronológica, com referência a alguns dos marcos do projeto da Diretiva até à data, conjugados com outros elementos de relevo vindos da sociedade civil, antes de, num ponto seguinte (3.), partilharmos algumas observações preliminares sobre o regime agora proposto.

2.2. O relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu de 11.2.2021

A Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu publicou, em fevereiro de 2021, um «relatório que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial»⁶.

Aí se previa⁷ que, para lá da proposta de Diretiva propriamente dita, «a Comissão deve apresentar duas propostas complementares para alterar o Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e

⁶ PARLAMENTO EUROPEU, *Relatório que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial - 2020/2129(INL)*, disponível em <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0018_PT.html>.

⁷ Cfr. p. 46-51 do Relatório.

do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial («Regulamento Bruxelas I») e o Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II)»⁸.

Começando pela primeira, relativa a *jurisdição* e portanto a *Bruxelas Ia (Bla)*, a justificação para a modificação do Regulamento de 2012 estaria na necessidade de se «facilitar o acesso das vítimas de violações dos direitos humanos às vias judiciais», em implementação do terceiro pilar – «Reparar» – da tríade *Proteger, Respeitar e Reparar* que caracteriza os *Princípios Orientadores das Nações Unidas relativos às Empresas e aos Direitos Humanos*, indissociáveis do seu promotor John G. Ruggie, ex-representante especial das Nações Unidas para a matéria, entretanto falecido em setembro de 2021.

A modificação concretizar-se-ia em dois pontos: primeiro, na introdução de um novo n.º 5 ao existente artigo 8.º; e segundo, através de um novo artigo 26.º-A.

Quanto ao artigo 8.º, estamos perante uma *competência por conexão*, nos termos da qual, em termos gerais, é possível demandar um co-réu, à partida insuscetível de ser chamado a esse tribunal, pela circunstância de existir uma relação com as partes ou com as causas primariamente chamáveis ou julgáveis nesse mesmo tribunal⁹. Pois bem, a proposta tinha um objetivo claro: «assegurar que as empresas da UE possam ser responsabilizadas pelo seu papel nas violações dos direitos humanos em países terceiros»¹⁰.

Na prática, isso conduziria a uma nova hipótese de demanda de uma pessoa com domicílio¹¹ no território de um Estado-Membro, alinhavada nos seguintes termos: «Em matéria de ações civis relacionadas com a atividade empresarial relativas a violações dos direitos humanos

⁸ P. 46-47 do Relatório.

⁹ Cfr. Miguel Teixeira de SOUSA / Dário Moura VICENTE, *Comentário à Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial e textos complementares*, Lisboa: Lex, 1994, 36; com indicações, Rui Pereira DIAS, *Pactos de jurisdição societários*, Coimbra: Almedina, 2018, 417 ss.

¹⁰ P. 48 do Relatório.

¹¹ Por «domicílio» se entendendo, para efeitos do Regulamento, o lugar onde a sociedade «tiver: a) A sua sede social; b) A sua administração central; ou c) O seu estabelecimento principal» (artigo 63.º, n.º 1, de Bruxelas Ia).

ocorridas na cadeia de valor, abrangidas no âmbito de aplicação da Diretiva xxx/xxxx relativa ao Dever de Diligência das Empresas e à Responsabilidade Empresarial, uma empresa domiciliada num Estado-Membro pode também ser demandada no Estado-Membro em que tem o seu domicílio ou em que opera, caso o dano causado num país terceiro possa ser imputado a uma filial ou a outra empresa com a qual a empresa-mãe tem uma relação empresarial na aceção do artigo 3.º da Diretiva xxx/xxxx relativa ao Dever de Diligência das Empresas e à Responsabilidade Empresarial».

A segunda modificação a Bruxelas Ia consistiria na previsão de um *foro de necessidade* (ou *forum necessitatis*, na difundida expressão latina), hipótese que, curiosamente, havia sido colocada – como regra geral, não apenas pensada para as violações de direitos humanos – no processo legislativo que culminou na versão revista em 2012 de Bruxelas I, mas a *fnal* abandonada.

Dependente de «dois elementos, [1.º] um risco de denegação de justiça no país terceiro em que ocorreu uma violação dos direitos humanos e [2.º] uma conexão suficientemente estreita com o Estado-Membro em causa», o teor do novo artigo 26.º-A seria: «Relativamente às ações civis relacionadas com a atividade empresarial relativas a violações dos direitos humanos ocorridas na cadeia de valor de uma empresa domiciliada na União ou que opera na União, abrangidas no âmbito de aplicação da Diretiva xxx/xxxx relativa ao Dever de Diligência das Empresas e à Responsabilidade Empresarial, se nenhum tribunal de um Estado-Membro for competente nos termos do presente regulamento, os tribunais de um Estado-Membro podem, a título excecional, julgar o caso, se o direito a um tribunal imparcial ou o direito de acesso à justiça assim exigir, em especial: a) se a ação não puder ser instaurada ou apreciada de forma razoável ou for impossível num país terceiro com o qual o litígio tem uma relação estreita; ou b) se uma decisão proferida sobre a ação num Estado terceiro não puder ser reconhecida e executada no Estado-Membro do tribunal em que a ação foi instaurada, nos termos da lei desse Estado, e o reconhecimento e a execução forem necessários para garantir a satisfação dos direitos do requerente; e se o litígio apresentar uma conexão suficiente com o Estado-Membro do tribunal em que a ação foi instaurada»¹².

¹² P. 48-49 do Relatório.

Já no que diz respeito à *lei aplicável* e, portanto, a *Roma II*, partia-se, no Relatório, da convicção de que a regra geral quanto à lei aplicável às obrigações extracontratuais, em favor da aplicabilidade da «lei do país onde ocorre o dano» (artigo 4.º, n.º 1), poderia «dar origem a problemas significativos para os requerentes que sejam vítimas de abusos dos direitos humanos, especialmente se as empresas são grandes multinacionais que operam em países com normas baixas em matéria de direitos humanos, em que obter uma compensação justa é quase impossível para o requerente»¹³. A alteração da *Roma II* visaria, pois, permitir «aos requerentes que são vítima de abusos dos direitos humanos alegadamente cometidos por empresas que operam na União escolher uma lei com normas elevadas em matéria de direitos humanos»¹⁴.

Surgiria, em conformidade, um novo artigo 6.º-A de *Roma II*, com a epígrafe «Ações relacionadas com a atividade empresarial relativas aos direitos humanos», de seguinte teor: «No contexto de ações civis relacionadas com a atividade empresarial relativas a violações dos direitos humanos ocorridas na cadeia de valor de uma empresa domiciliada num Estado-Membro da União ou que opera na União, abrangidas no âmbito de aplicação da Diretiva xxx/xxxx relativa ao Dever de Diligência das Empresas e à Responsabilidade Empresarial, a lei aplicável a uma obrigação extracontratual decorrente do dano sofrido é a lei determinada nos termos do artigo 4.º, n.º 1, salvo se a pessoa que requer a reparação do dano escolher basear o seu pedido na lei do país onde tiver ocorrido o facto que deu origem ao dano ou na lei do país em que a sociedade-mãe tem o seu domicílio ou, se não tiver domicílio num Estado-Membro, na lei do país em que opera»¹⁵.

2.3. A resolução do Parlamento Europeu de 10.3.2021

Proseguida a tramitação da iniciativa legislativa, as propostas de alteração a *Bruxelas Ia* e a *Roma II* caíram por terra.

Com efeito, a *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*¹⁶ recomendava a

¹³ P. 50 do Relatório.

¹⁴ P. 50 do Relatório.

¹⁵ P. 51 do Relatório.

¹⁶ Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021, que contém

elaboração de uma Diretiva sobre o tema, mas não propunha qualquer modificação aos citados Regulamentos.

Visava-se garantir que as empresas cumprissem o seu dever de respeitar os *direitos humanos*, o *ambiente* e a *boa governação*, tanto diretamente como nas respetivas cadeias de valor ou abastecimento. Aí se pretendia impor às empresas destinatárias o dever de publicarem, e comunicarem aos principais interessados, uma *estratégia em matéria de dever de diligência* (artigo 6.º), com autoridades nacionais competentes para a *supervisão* da aplicação destas regras (artigo 12.º). No caso de incumprimento, previa-se já a possibilidade de serem impostas sanções pelos Estados-membros (artigo 18.º), assim como de as empresas serem civilmente responsabilizadas pelos danos causados (artigo 19.º)¹⁷.

Não se previam regras específicas sobre os *tribunais internacionalmente competentes*, ao invés do que era proposto pela Comissão dos Assuntos Jurídicos, sob a forma de modificações a introduzir em Bruxelas Ia.

Quanto à *lei aplicável*, por seu turno, é de chamar a atenção, em primeiro lugar, para o artigo 2.º, sobre o *âmbito de aplicação*, onde, após se estabelecer a aplicabilidade do novo instrumento legislativo proposto às «grandes empresas regidas pelo Direito de um Estado-Membro ou estabelecidas no território da União» (n.º 1), se acrescentava: «A presente diretiva é igualmente aplicável às grandes empresas, às pequenas e médias empresas cotadas em bolsa e às pequenas e médias empresas que operem em setores de alto risco, que sejam regidas

recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial, disponível em <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_PT.html>.

¹⁷ Sobre este preceito, v. Jorge M. Coutinho de ABREU, «Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021)», DSR 27 (2022) <15-24> 17-19; Catarina SERRA, «Empresas e *Human Rights Due Diligence* - Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes», DSR 27 (2022) <25-45>, 36; mais extensamente, Maria Inês de Oliveira MARTINS, «Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial – Os pressupostos da responsabilidade civil», DSR 27 (2022) <47-84> 47 ss.; já com uma primeira comparação entre este artigo 19.º e o artigo 22.º da proposta de Diretiva de fevereiro de 2022, v. tb. IDEM, «Civil liability for breach of due diligence duties – First thoughts on the comparison between the European Parliament recommendations and the European Commission proposal», *Nova BHRE blog*, Lisbon: Nova, 22 Abr. 2022, disponível em <<https://novabhre.nova-law.unl.pt/elementor-6458/>>.

pelo Direito de um país terceiro e não estejam estabelecidas no território da União, sempre que operem no mercado interno, vendendo bens ou prestando serviços. Essas empresas devem cumprir os requisitos em matéria de dever de diligência estabelecidos na presente diretiva, tal como transpostos para a legislação do Estado-Membro em que operem, e estar sujeitas aos regimes de sanções e responsabilidade estabelecidos na presente diretiva, tal como transpostos para a legislação do Estado-Membro em que operem» (artigo 2.º, n.º 3).

Em segundo lugar, é de sublinhar a existência de um preceito, epigrafado «Direito internacional privado», de acordo com o qual se pretendia garantir a *aplicação necessária e imediata*, ou imperatividade internacional, de (algumas) disposições do novo instrumento. Artigo 20.º: «Os Estados-Membros garantem que as disposições pertinentes da presente diretiva sejam consideradas disposições imperativas, nos termos do artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho». Recorde-se que o citado artigo 16.º de Roma II, sobre as *normas de aplicação (necessária e) imediata*, prevê que o seu dispositivo «em nada afeta a aplicação das disposições da lei do país do foro que regulem imperativamente o caso concreto independentemente da lei normalmente aplicável à obrigação extracontratual».

2.4. A recomendação do GEDIP de 8.10.2021

O *Groupe européen de droit international privé* (GEDIP), na sua reunião de setembro de 2021, adotou uma recomendação à Comissão Europeia, com data de 8.10.2021, na sua versão final, dizendo respeito aos aspetos de direito internacional privado de um futuro ato legislativo europeu em matéria de CSDD¹⁸. O GEDIP trabalhou, portanto, com base na Resolução do Parlamento Europeu de 10.3.2021, que no subponto anterior brevemente descrevemos, para lá de ter estado atento aos desenvolvimentos legais e jurisprudenciais que, Europa fora, têm vindo a surgir.

¹⁸ GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (GEDIP/EGPIL), *Recommendation of the European Group for Private International Law (GEDIP/EGPIL) to the European Commission concerning the Private international law aspects of the future Instrument of the European Union on [Corporate Due Diligence and Corporate Accountability]*, 2021, disponível em <<https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2021/02/Recommandation-GEDIP-Recommendation-EGPIL-final-1.pdf>>.

O ponto de partida é a convicção de que a eficácia de um instrumento legislativo europeu sobre o tema em análise sai favorecida pela criação de soluções conflituais uniformes à escala europeia, não deixando margem para as inconsistências e incertezas que a aplicação de cada um dos sistemas nacionais poderia coenvolver. Depois, sendo impraticável a espera pela revisão dos vários regulamentos europeus visados, a proposta do GEDIP é a de o instrumento legislativo em preparação – seja ele um regulamento ou antes uma diretiva – incluir, ele próprio, as pertinentes regras de DIP¹⁹.

Quais são elas? Há quatro conjuntos de propostas.

Primeiro (I), quanto ao *âmbito de aplicação*, a fixação de que o instrumento se aplicará a empresas estabelecidas na União Europeia, mas também às estabelecidas em Estados terceiros «que operem no mercado interno vendendo bens ou prestando serviços»²⁰.

Segundo (II), quanto a *competência internacional*, uma dupla previsão, nos temas já anteriormente visados pelo Relatório do Comissão de Assuntos Jurídicos de fevereiro de 2021: por um lado, uma *competência por conexão* no Estado do domicílio de um dos co-réus – estendido a pessoas *não domiciliadas em Estados-membros* – para os casos em que «os pedidos estejam ligados por um nexos tal que haja interesse em que sejam instruídos e julgados simultaneamente»; por outro lado, um *forum necessitatis*, baseando a competência internacional dos tribunais do Estado-membro com o qual o caso «tenha uma conexão», quando, não havendo embora à partida competência internacional de tribunais da Europa unida, a propositura de ação fora da União Europeia seja impossível ou não possa razoavelmente exigir-se essa propositura. Exige-se aqui, portanto, uma *conexão*, e não uma *conexão suficiente*: houve o propósito de não qualificar essa conexão «tendo em vista a

¹⁹ GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (GEDIP/EGPIL), *Recommendation of the European Group for Private International Law (GEDIP/EGPIL) to the European Commission concerning the Private international law aspects of the future Instrument of the European Union on [Corporate Due Diligence and Corporate Accountability]*, 2

²⁰ GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (GEDIP/EGPIL), *Recommendation of the European Group for Private International Law (GEDIP/EGPIL) to the European Commission concerning the Private international law aspects of the future Instrument of the European Union on [Corporate Due Diligence and Corporate Accountability]*, 3 (em tradução livre do inglês, à semelhança das citações seguintes desta recomendação).

natureza fundamental das matérias reguladas», assim se estabelecendo uma diferença perante regras de *forum necessitatis* presentes em regulamentos europeus, tais como, entre outros, o artigo 7.º, 2.ª frase, do Regulamento (UE) n.º 4/2009 sobre obrigações alimentares, ou o artigo 11.º, 2.ª frase, do Regulamento Europeu das Sucessões (650/2012)²¹. Em ambos os casos, está em causa a competência internacional *para a reparação dos danos ou para qualquer outra demanda* relacionada com o âmbito material deste instrumento legislativo, o que visa tornar clara a circunstância de aqui se pretender não apenas regular a conduta das empresas, mas também permitir às vítimas a reparação dos danos causados pela violação destes preceitos²².

Terceiro (III), no que diz respeito à *aplicabilidade necessária e imediata* do regime substantivo: propõe-se que as disposições deste instrumento se aplicarão independentemente da lei normalmente aplicável às sociedades, às obrigações contratuais e às obrigações extracontratuais. Em frontal divergência da opção textual da resolução do Parlamento Europeu, não são aqui apenas «as disposições pertinentes» a serem consideradas *disposições imperativas*, mas todo o instrumento, o que naturalmente favorece a segurança jurídica e a efetividade do regime. Além disso, o carácter *overriding* ou de *sobreposição normativa* sobre as leis à partida indicadas como competentes é aqui estendido, não apenas à lei aplicável *às obrigações extracontratuais*, como poderia aparentemente resultar da remissão do artigo 20.º da resolução do Parlamento Europeu para o artigo 16.º de Roma II, mas também às leis aplicáveis a *obrigações contratuais*, via Roma I, e *às sociedades*, através das regras de conflitos nacionais (uma vez que se trata de domínio que não foi, ainda²³, objeto de unificação europeia ao nível jurídico-confitual).

Quarto (IV), e por fim, no que toca à *lei aplicável às obrigações extracontratuais* emergentes de danos causados pelo não cumprimento

²¹ Assim expressamente GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (GEDIP/EGPIL), *Recommendation of the European Group for Private International Law (GEDIP/EGPIL) to the European Commission concerning the Private international law aspects of the future Instrument of the European Union on [Corporate Due Diligence and Corporate Accountability]*, 5.

²² GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (GEDIP/EGPIL), *Recommendation*, 5.

²³ Sobre uma proposta nesse sentido, também do GEDIP, v. FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «GEDIP's Proposal on the law applicable to companies», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Padova: CEDAM 4 (2016) 949-974, 949 ss.

das obrigações de *due diligence*, duas regras mais: primeiro, para estender às matérias em análise a solução já hoje existente para os danos ambientais, no artigo 7.º de Roma II, propondo-se então que a lei aplicável à obrigação extracontratual em questão é a que resulta da aplicação do n.º 1 do artigo 4.º (lei do lugar onde ocorreu o dano), «salvo se o demandante escolher basear o seu pedido na lei do país onde tiver ocorrido o facto que deu origem ao dano»; depois, para fixar que o artigo 17.º de Roma II, sobre *regras de segurança e de conduta*²⁴, não pode ser invocado pelo demandado para excluir ou limitar a sua responsabilidade.

2.5. O DIP da CSDD na Proposta de Diretiva

Chegados ao texto que hoje se encontra em cima da mesa, dado a conhecer pela Comissão Europeia em 23 de fevereiro de 2022, a Proposta de Diretiva sobre o *dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade* (relativa ao *ambiente* e aos *direitos humanos*)²⁵ não deixa de tratar alguns dos pontos que o relatório, a resolução e a recomendação anteriores assinalavam. É assim que encontramos um artigo 2.º acerca do *âmbito de aplicação* do instrumento legislativo, bem como um artigo 22.º, com um regime de responsabilidade civil que inclui, no seu n.º 5, a afirmação da sua *aplicação imperativa*.

Começemos pelo *âmbito de aplicação*, agora definido no artigo 2.º, apontando algumas das suas feições mais salientes.

Desde logo, é definida a aplicabilidade deste regime, em primeira linha, às «empresas» - conceito amplamente definido no artigo 3.º, *a*), ao longo de mais de três páginas da proposta – «constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro». Aqui se recupera, nesta formulação, um dos elementos basilares da delimitação das sociedades (e outras pessoas coletivas) que na Europa unida são

²⁴ O seu teor é: «Ao avaliar o comportamento da pessoa cuja responsabilidade é invocada, são tidas em conta, a título de matéria de facto e na medida em que for apropriado, as regras de segurança e de conduta em vigor no lugar e no momento em que ocorre o facto que dá origem à responsabilidade». Cfr. ainda o considerando n.º 34 e, para uma análise do preceito, Andrew DICKINSON, *The Rome II Regulation - The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford: Oxford University Press, 2008, n.ºs 15.26 ss..

²⁵ COM(2022) 71 final.

beneficiárias da *liberdade de estabelecimento*, ao abrigo do artigo 54.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)²⁶. Mas não basta, naturalmente, essa *constituição em conformidade com a lei de um Estado-membro*²⁷, uma vez que a Diretiva visa aplicar-se a um universo de apenas cerca de 1% da totalidade dessas empresas²⁸: será ainda necessário que, no último exercício para o qual tenham sido elaboradas as respetivas demonstrações financeiras anuais, a empresa tenha, em média, 500 ou mais trabalhadores, bem como «um volume de negócios mundial líquido» superior a 150 milhões de Euros (artigo 2.º, n.º 1, *a*)).

A Diretiva aplicar-se-á ainda a empresas *européias* que não atinjam estes limiares, mas tenham atividade em «setores de impacto particularmente elevado», ou «setores de grande impacto», como lhes chama

²⁶ Sobre o mesmo, v. Stefan KORTE, «Art. 54 AEUV», in Christian CALLIÉS / Matthias RUFFERT, EUV / AEUV - *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta - Kommentar*, 6. Aufl., München: Verlag C.H. Beck, 2022, n.ºs 13-16.

²⁷ Duvidando da bondade da utilização deste critério de *lex incorporationis*, Geert VON CALSTER, «The European Commission's Corporate Sustainability Due Diligence proposal. Some thoughts on the conflict of laws», *GAVC Law - Geert van Calster (blog)*, 25 Mar. 2022, disponível em <<https://gavclaw.com/2022/03/25/the-european-commissions-corporate-sustainability-due-diligence-proposal-some-thoughts-on-the-conflict-of-laws/>>, que veria com bons olhos uma conexão em termos semelhantes aos do artigo 63.º BIa, porquanto mesmo as sociedades com *sede estatutária* extraeuropeia, mas *administração central* ou *estabelecimento principal* na União, se veriam abrangidas. Mais em geral, em defesa de uma adoção mais generalizada, mesmo em países de Common Law, do critério da sede real, que tem recuado nas últimas décadas mas serviria melhor os interesses da comunidade em geral, Horst EIDENMÜLLER, «Shell Shock: In Defence of the 'Real Seat Theory' in International Company Law», *Oxford Business Law Blog*, 25 Mar. 2022, disponível em <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/shell-shock-defence-real-seat-theory-international-company-law>>.

²⁸ Di-lo expressamente a proposta de Diretiva: «(...) as pequenas e médias e empresas (PME), que incluem microempresas e representam globalmente cerca de 99 % de todas as empresas da União, estão excluídas do dever de diligência» (p. 16). De acordo com as estimativas da UE, a Diretiva, nos termos atualmente propostos, abrangerá 13.000 empresas da UE e 4.000 empresas de países terceiros; decompondo em subgrupos, em função de se tratar de empresas que preenchem o critério primário (artigo 2.º, n.º 1, *a*), e n.º 2, *a*) ou de empresas que atuam em setores de grande impacto (artigo 2.º, n.º 1, *b*), e n.º 2, *b*)), verifica-se estar uma larga maioria de empresas coberta por aquele primeiro critério: 9.400 empresas da UE e 2.600 empresas extraeuropeias, para 3.400 empresas da UE e 1.400 extraeuropeias nos setores de grande impacto. Cfr. a proposta de Diretiva, p. 18, em texto e nn. 62-63.

a Exposição de Motivos²⁹. A sua definição, explica-nos a Comissão, foi «limitada aos setores com elevado risco de efeitos negativos e para os quais existem orientações da OCDE»³⁰. Entre eles, estão os têxteis, a agricultura e a atividade mineira (em pormenor, vejam-se as subalíneas *i*) a *iii*) da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 2.º). Nesses casos, bastará que as empresas superem os 250 trabalhadores e um volume de negócios mundial líquido de 40 milhões de Euros, desde que pelo menos metade desse volume tenham sido gerado num ou vários dos *setores de grande impacto* (artigo 2.º, n.º, *b*)).

No entanto, o n.º 2 do artigo 2.º abre a aplicabilidade do regime também às «empresas constituídas em conformidade com a legislação de um país terceiro». A sua sujeição resultará do preenchimento de um de dois critérios alternativos: a geração de um volume de negócios líquido na União – e não mundial, portanto – superior a 150 milhões de Euros; ou, na segunda alternativa, de um volume superior a 40 milhões de Euros, nos mesmos termos, mas do qual pelo menos metade corresponda a *setores de grande impacto* (artigo 2.º, n.º 2, *a*) e *b*)).

Ao lermos este n.º 2 do artigo 2.º, verificamos que o critério estabelecido para *empresas de país terceiros* – ou também, por nossa comodidade expositiva, *empresas extraeuropeias* – não usa o *número de trabalhadores*, mas apenas o *volume de negócios*, e dentro deste, como referido, apenas o que é *gerado na UE*. É dessa forma que se identifica uma *ligação com a União*, necessária para a submissão de tais empresas a estas regras³¹. A Comissão sentiu a necessidade de explicar que isso não conduz, no seu entender, a uma alteração das «condições de concorrência no mercado interno da UE», por isso que «os dois critérios de dimensão aplicáveis às empresas da UE, ainda que cumulativos, resultarão na cobertura das empresas relativamente mais pequenas em comparação com as empresas de países terceiros, devido ao facto de, no seu caso, dever ser tida em conta a totalidade do volume de negócios líquido da empresa a nível mundial»³². Vemos, com efeito, a Comissão Europeia a falar *para fora da União*, assegurando às empresas de países terceiros que não estarão a ser sujeitas a limiares mais (nem sequer tão) exigentes como os que estabelece para as empresas *europeias*. Não

²⁹ Cfr., na proposta de Diretiva, p. 17 e 19.

³⁰ P. 24 da proposta de Diretiva.

³¹ V. proposta de Diretiva, 18.

³² Proposta de Diretiva, 18.

será alheia a este discurso a preocupação da União perante eventuais críticas de *exorbitância* do seu regime, o que pode ajudar a explicar a afirmação, no considerando n.º 24: «Em conformidade com o direito internacional, esses efeitos [que as suas atividades podem ter no mercado interno] justificam a aplicação do direito da União às empresas de países terceiros».

Compulsando o artigo 30.º, que dita as regras sobre a *transposição* da Diretiva europeia para os sistemas jurídicos nacionais, verificamos que as empresas dos *setores de grande impacto*, sejam elas *europeias* ou *extraeuropeias*, que não cheguem aos limiares mais altos das alíneas *a*) dos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º – empresas caracterizáveis como sendo *de media capitalização em setores de grande impacto*, como lhes chama a Comissão³³ – beneficiarão de um «período de adaptação mais longo»³⁴, uma vez que, em lugar de *dois anos* para transposição, nesse caso o prazo será de *quatro anos* a contar da entrada em vigor da Diretiva (artigo 30.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*)).

Terminando a análise do artigo 2.º, no que mais diretamente diz respeito ao *âmbito espacial de aplicação*, merece ainda referência o seu n.º 4: «No que respeita às empresas a que se refere o n.º 1, o Estado-Membro competente para reger as questões abrangidas pela presente diretiva é o Estado-Membro em que a empresa tem a sua sede social».

O mesmo conceito de *sede social* (*estatutária*, como veremos³⁵) é ainda utilizado pela Proposta de Diretiva no que toca à fixação da *competência da autoridade de supervisão*, nos termos do artigo 17.º, n.º 2.

Perscrutando agora o artigo 22.º, no regime de *responsabilidade civil* que aí se visa instituir, sublinha-se a presença de uma regra que visa atribuir a essa responsabilidade uma natureza *necessária e imediata*³⁶, através da afirmação da sua *aplicação imperativa* (n.º 5 do artigo 22.º).

³³ Proposta de Diretiva, 24.

³⁴ Proposta de Diretiva, 24.

³⁵ *Infra*, 3.2.

³⁶ Usando a expressão (normas de aplicação necessária e imediata) cunhada por Rui Moura Ramos, sem prejuízo de, com frequência, se encontrar em documentos oficiais na versão portuguesa a de *normas de aplicação imediata*, que Marques dos Santos utilizava (v. António Marques dos Santos, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de uma Teoria Geral*, Coimbra: Almedina, 1991, *passim*) e encontrou receção europeia, p. ex., nos artigos 9.º de Roma I ou 16.º

Numa breve recapitulação do que consta da Proposta da Comissão Europeia, quanto às questões de DIP, em confronto com o que recomendava o GEDIP, conforme vimos no subponto anterior, pode dizer-se que os itens I e III foram, no geral, acautelados, ao regular-se o *âmbito de aplicação*, de modo a *cobrir entidades extraeuropeias* (como já a Resolução do Parlamento Europeu propunha, em termos não idênticos, no seu artigo 2.º, n.º 3), e ao se apontar para a *aplicabilidade necessária e imediata* do regime (ainda que, no artigo 22.º, n.º 5, não expressamente de *todo* o regime, mas do seu preceito relativo à *responsabilidade civil*). Por seu turno, os itens II (*tribunais internacionalmente competentes*) e IV (*lei substantiva aplicável às obrigações extracontratuais emergentes de danos causados pelo incumprimento dos deveres de diligência*) não foram considerados no articulado.

3. Algumas primeiras observações

3.1. Direito material

3.1.1. Sustentabilidade e «due diligence»

Como sublinha Paul Davies, a palavra *sustentabilidade*, não obstante a sua polissemia, tem aqui um significado específico: trata-se

de Roma II. Sobre essas normas na doutrina portuguesa, sem pretensão de exaustividade, veja-se: Rui Manuel Moura RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição — Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra: Coimbra Editora, 1979 (3.ª reimpr.: 1994), 112 ss.; Rui Manuel Moura RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra: Almedina, 1990, 635 ss.; António Marques dos SANTOS, *Direito Internacional Privado — Introdução — I Volume*, Lisboa: AAFDL, 2001, 247 ss.; e sobretudo, do mesmo Autor, *ex professo*, António Marques dos SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado*, 815 ss.; Maria Helena BRITO, *A representação nos contratos internacionais — Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, Coimbra: Almedina, 1999, 601 ss., 701 ss.; Dário Moura VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2001, 625 ss.; Luís de Lima PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2003, 1088 ss.; Luís de Lima PINHEIRO, *Direito Internacional Privado — Volume I — Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, 268 ss.; Nuno Andrade PISSARRA, «Normas de aplicação imediata e Direito Comunitário», in IDEM / Susana CHABERT, *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*, Coimbra: Almedina, 2004, 17 ss.; Rui Pereira DIAS, «Operações de crédito internacionais e COVID-19», *Revista de Direito Comercial*, 2020, 1183-1184.

do *cumprimento de certos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e de proteção do ambiente*. A Proposta de Diretiva, no fundo, acaba por estender a certas grandes empresas europeias – e também *extraeuropeias* com um volume de negócios significativo na Europa unida – obrigações que, à partida, vinculariam apenas os Estados, o que pode ser lido como um reconhecimento das falhas que vêm caracterizando o sistema internacional, no sentido de *interestadual*, nestes domínios³⁷. Também se pode ver nas tendências atuais, em alternativa ou em simultâneo com a constatação de uma *relativização* ou *menorização* do papel do Estado, a *afirmação de um papel das empresas que deve ser o seu*, como que em contrapartida dos benefícios que recebem da ordem jurídica sob a forma de uma externalização dos riscos que a estrutura societária e a comum limitação da responsabilidade lhes permitem³⁸.

Também *due diligence*, ou *diligência (devida)*, ganha um significado próprio na Proposta de Diretiva, insuflado em relação a uma noção tradicional que se resumiria a *identificar e avaliar os riscos antes de agir*³⁹. A CSDD exige mais do que isso, como a simples leitura do artigo 4.º, nas suas referências, designadamente, aos deveres de *prevenir, atenuar* ou *fazer cessar* efeitos negativos (7.º e 8.º) permite verificar⁴⁰. Não é novidade, em tema de *Human Rights Due Diligence* (HRDD), que a compreensão das suas necessidades, para a regular do modo mais eficaz, implica estar ciente, como lembrava John Ruggie, de que se trata de uma *due diligence* bem diferente daquela que é operada aquando de uma fusão ou aquisição: se esta é um elemento pontual com respeito a uma *transação*, com um momento bem definido no tempo, a HRDD é um *ongoing process*, que terá de, num contexto de constante

³⁷ Paul DAVIES, «Ending Human Rights Abuses in which Companies and States are Complicit», *Oxford Business Law Blog*, 5 Abr. 2022, disponível em <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/ending-human-rights-abuses-which-companies-and-states-are-complicit>>.

³⁸ V., a propósito da dicotomia, Jonathan R. MACEY, «ESG Investing: Why Here? Why Now?», *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, 21-22, 2021, disponível em <ssrn.com/abstract=3942903>.

³⁹ Paul DAVIES, «Ending Human Rights Abuses in which Companies and States are Complicit».

⁴⁰ V. já tb, sobre o ruído que pode surgir pelo uso da expressão *due diligence*, Maria Inês de Oliveira MARTINS, «Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas», 53-54.

aprendizagem e partilha de informação, evoluir em face de mudanças *internas* (novos produtos, novas características dos trabalhadores) e *externas* (mudanças regulatórias, novos mercados, etc.)⁴¹.

3.1.2. Disposições mais diretamente jurídico-societárias

Do ponto de vista jurídico-societário, permitimo-nos enfatizar as disposições que encontramos nos artigos 3.º, *op*), 15.º, n.º 3, 25.º e 26.º da Proposta de Diretiva.

No primeiro, está em causa a definição de *administrador*, que, para o legislador europeu, deverá referir-se a:

- i*) um membro dos órgãos de administração, de gestão ou de supervisão de uma empresa;
- ii*) se não forem membros dos órgãos de administração, de gestão ou de supervisão de uma empresa, o presidente-executivo e, se existente nessa empresa, o vice-presidente-executivo;
- iii*) outras pessoas que desempenhem funções semelhantes às desempenhadas nos termos das subalíneas *i*) ou *ii*).

Na alínea seguinte, a alínea *p*), acrescenta-se a definição de *conselho de administração* como «o órgão de administração ou de supervisão responsável pela supervisão da gestão executiva da empresa ou, na falta desse órgão, a pessoa ou pessoas que desempenham funções equivalentes».

Estas formulações podem dar azo a dificuldades interpretativas. A referência conjunta a «órgãos de administração, de gestão ou de supervisão» não é nova no direito eurocomunitário: para um exemplo, veja-se a definição de *dirigente* no Regulamento sobre o Abuso de Mercado (UE) n.º 596/2014), onde é usada literalmente a mesma expressão (lamentavelmente, ao contrário do que sucede noutras línguas, como p. ex. o inglês ou o francês, a versão portuguesa não teve o cuidado de,

⁴¹ V. John G. RUGGIE, *European Commission Initiative on Mandatory Human Rights Due Diligence and Directors' Duties*, Cambridge: Harvard Kennedy School, 2021, disponível em <<https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/files/EU%20mHRDD.pdf>>, 3. Defendendo a importância de a HRDD estar implementada ao nível empresarial, de forma contínua, e por isso mais do lado da *compliance function* do que propriamente da *legal function*, David HESS, «The Management and Oversight of Human Rights Due Diligence», *American Business Law Journal* 58/4 (2021) 780.

no artigo 8.º, n.º 4, a), sobre o *abuso de informação privilegiada*, usar os mesmos termos, preferindo dizer «membro dos órgãos de administração, direção ou *de fiscalização*», com a diferença aqui sublinhada). Ora, pretendendo-se abranger membros de órgãos que exerçam funções de fiscalização, a alusão a *conselho de administração* é redutora. O conceito será normativamente relevante para o artigo 26.º, n.º 1, da Proposta de Diretiva, que estabelece um dever de informação dos *administradores* ao *conselho de administração*.

Depois, *administrador* para este efeito será ainda o sujeito que exerça funções de CEO (ou *deputy* CEO), algo que, com base na distinção entre *director* e *officer*, seria atípico na estrutura de gestão das sociedades comerciais portuguesas.

Por fim, tanto a definição de *administrador* como a de *conselho de administração* incluem ainda *peçoas que desempenhem funções semelhantes às desempenhadas* nos termos das subalíneas anteriores de o) deste artigo 3.º. Esta formulação abre a porta – se necessário for – à sujeição a este regime dos chamados *administradores de facto*⁴².

O artigo 15.º, já acima mencionado, atinente ao *combate às alterações climáticas*, inclui um n.º 3 que prevê: «Os Estados-Membros devem assegurar que as empresas têm devidamente em conta o cumprimento das obrigações a que se referem os n.ºs 1 e 2 ao fixarem a remuneração variável, se esta estiver associada ao contributo de um administrador para a estratégia empresarial da empresa, bem como para os interesses e a sustentabilidade a longo prazo».

Este preceito não prima pela clareza. Ao estabelecer requisitos relativos à relação entre a *remuneração variável dos administradores* e o *combate às alterações climáticas*, não deixa, desde logo, de *fazer depender de vários requisitos* uma eventual necessidade de aquela ter que «ter devidamente em conta» o cumprimento das obrigações em matéria

⁴² V. por todos Ricardo COSTA, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014; cfr. tb., mais sucintamente mas com as pertinentes referências, Jorge M. Coutinho de ABREU / Maria Elisabete RAMOS, «Artigo 72.º – Responsabilidade de membros da administração para com a sociedade», Jorge M. Coutinho de ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, anot. n.º 2; Ricardo COSTA, «Artigo 80.º – Responsabilidade de outras pessoas com funções de administração», in Jorge M. Coutinho de ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, *maxime* anot. n.º 2.

climática. Aparentemente, só se a remuneração variável estiver associada ao contributo do administrador (i) *para a estratégia empresarial da empresa*, (ii) *para os seus interesses (de longo prazo)* e, cumulativamente, (iii) *para a sua sustentabilidade a longo prazo* é que surgirá a obrigação, para as empresas, de o cumprimento das regras relativas ao combate às alterações climáticas (dos n.ºs 1 e 2 do artigo 15.º) se refletirem na remuneração variável fixada para os administradores⁴³.

Ainda com respeito ao n.º 3 do artigo 15.º, é de registar a *exclusão* da matéria nele regulada (i.e., a remuneração variável dos administradores) das competências das autoridades responsáveis por «super-*visionar* o cumprimento das obrigações estabelecidas nas disposições nacionais adotadas nos termos dos artigos 6.º a 11.º e do artigo 15.º, n.ºs 1 e 2» – repare-se, portanto, na exclusão expressa do n.º 3 do artigo 15.º, que não pode ser um acaso a partir do momento em que houve o cuidado de elencar apenas os n.ºs 1 e 2 do artigo 15.º.

Neste mesmo artigo 15.º, sublinhamos a *sobreposição* que a requerida adoção de plano tendente à transição para economia sustentável ao respeito pelos limites do aquecimento global a 1,5º C apresenta perante a anteriormente apresentada proposta de Diretiva sobre a comunicação de informações sobre a sustentabilidade das empresas (COM(2021) 189 final, 21.4.2021). Aí se prevê, no seu artigo 19.º-A, que as empresas abrangidas deverão incluir no seu relatório de gestão «as informações necessárias para compreender o impacto da empresa nas questões de sustentabilidade, bem como as informações necessárias para compreender de que forma as questões de sustentabilidade afetam a evolução, o desempenho e a posição da empresa». Ora: dessas informações deve constar uma «breve descrição do modelo empresarial e da estratégia da empresa» que inclua, justamente, «os planos da empresa para assegurar que o seu modelo empresarial e a sua estratégia são compatíveis com a transição para uma economia sustentável e com

⁴³ V. Wolf-Georg RINGE, «Net-Zero Plans under the Proposed CSDD», *Oxford Business Law Blog*, 22 Abr. 2022, disponível em <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/net-zero-plans-under-proposed-csdd>>. Tb. crítico da regra do n.º 3 do artigo 15.º, Erik LIDMAN, «The role of corporate governance in sustainability and why the Commission's CSDD proposal might do more harm than good», *Oxford Business Law Blog*, 2022.04.27, disponível em <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/role-corporate-governance-sustainability-and-why-commissions-csddd>>.

a limitação do aquecimento global a 1,5 °C, em consonância com o Acordo de Paris»⁴⁴.

Mais ainda, podem surgir dúvidas legítimas sobre se, com um conteúdo tão vago, o artigo 15.º estará à altura do desafio de se estabelecerem *standards* uniformes, e replicáveis noutras latitudes, sobre os fatores ESG, neste particular com respeito ao «E» de *environment*, porquanto uma das grandes dificuldades que continuam a afetar a evolução na adoção de práticas favoráveis a ganhos ESG é a ausência de métricas ou medições que permitam alguma *comparabilidade* – ou, talvez melhor, alguma *fiabilidade na comparação*.

Nos artigos 25.º e 26.º, trata-se o dever de diligência *dos administradores* propriamente dito. Estes administradores, «no cumprimento do seu dever de agir no interesse da empresa», devem ter em conta as consequências das suas decisões em matéria de sustentabilidade, incluindo, se for caso disso, as consequências em termos de direitos humanos, alterações climáticas e ambientais, inclusive a curto, médio e longo prazo» (artigo 25.º, n.º 1); devem ainda os Estados-membros «assegurar que as suas disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o incumprimento dos deveres por parte dos administradores são igualmente aplicáveis ao disposto no presente artigo» (artigo 25.º, n.º 2). Este preceito – tal como o seguinte, o artigo 26.º – visa apenas «os administradores das empresas a que se refere o artigo 2.º, n.º 1», o que significa, portanto, que a Proposta de Diretiva não pretende impor tais deveres aos administradores de sociedades visadas pelo n.º 2 do artigo 2.º, isto é, as sociedades *constituídas em conformidade com a lei de um país terceiro*.

A opção é tomada com base na ideia de que em «todas as legislações nacionais dos Estados-Membros, os administradores têm um dever de diligência para com a empresa». Continua a Comissão: «A fim de assegurar que este dever geral é entendido e aplicado de forma coerente e consistente com as obrigações em matéria de dever de diligência introduzidas pela presente diretiva e que os administradores têm sistematicamente em conta as questões da sustentabilidade nas

⁴⁴ Artigo 19.º-A, n.º 2, *iii*), da proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2013/34/UE, a Diretiva 2004/109/CE, a Diretiva 2006/43/CE e o Regulamento (UE) n.º 537/2014, no que respeita à comunicação de informações sobre a sustentabilidade das empresas (COM(2021) 189 final, 21.4.2021).

suas decisões, a presente diretiva deve clarificar, de forma harmonizada, o dever geral de diligência dos administradores de agir no interesse da empresa, estabelecendo que os administradores têm em conta as questões de sustentabilidade a que se refere a Diretiva 2013/34/UE, incluindo, se for caso disso, os direitos humanos, as alterações climáticas e as consequências ambientais, inclusive nos horizontes a curto, médio e longo prazo» (considerando n.º 63).

Sendo o ponto de referência o pertinente *dever geral* dos administradores, melhor seria que a versão portuguesa aludisse a *deveres de cuidado*, conforme o artigo 64.º, n.º 1, *a*), do CSC, ao invés de introduzir, numa linguagem ambígua que foi evitada noutros idiomas – p. ex. «*Sorgfaltspflicht*», o termo outrossim utilizado no funcionalmente equivalente § 93 da *Aktiengesetz* alemã; ou «*duty of care*», a expressão corrente em inglês. A ancoragem nos deveres gerais dos administradores será a explicação plausível para a opção do legislador europeu de *excluir destas regras* (sobre deveres dos administradores) os que exerçam essas funções em empresas *extraeuropeias*.

Se o intuito do artigo 25.º era então o de «clarificar, de forma harmonizada, o dever geral de [cuidado] dos administradores de agir no interesse da empresa (considerando n.º 63), o objetivo do artigo 26.º é agora o de afirmar que eles «são responsáveis pela aplicação e supervisão das medidas relativas ao dever de diligência a que se refere o artigo 4.º, em especial a política em matéria de dever de diligência referida no artigo 5.º, tendo devidamente em conta os contributos pertinentes das partes interessadas e das organizações da sociedade civil. Os administradores devem informar o conselho de administração a esse respeito» (artigo 26.º, n.º 1, em grande parte replicado no considerando n.º 64). As normas nacionais devem ainda assegurar que «os administradores tomam medidas para adaptar a estratégia da empresa a fim de ter em conta os efeitos negativos reais e potenciais identificados nos termos do artigo 6.º e quaisquer medidas tomadas nos termos dos artigos 7.º a 9.º» (artigo 26.º, n.º 2).

Um ponto de interesse e, de certo modo, transversal às vertentes *substantiva* e *conflitual* destes deveres, é o de que a criação de um *dever de diligência* ou *cuidado* que *se estende para lá* da atividade da sociedade de cujos órgãos sociais o «administrador» é membro, *abrangendo também as entidades filiadas* e mesmo os seus *fornecedores*, enquanto *relações empresariais estabelecidas*, *expande* os deveres e responsabilidades

até tão longe no globo quanto a cadeia de valor da empresa alcançar. As dificuldades de pôr em prática a diligência devida, com resultados efetivamente positivos para o ambiente e os direitos humanos e, ao mesmo tempo, garantindo previsibilidade e certeza jurídica na esfera jurídica do administrador, poderão ser de monta. O administrador da *empresa* – que será aqui, tipicamente, uma sociedade-mãe, ou uma sociedade contratante de certos serviços / adquirente de certas matérias primas – vê-se vinculado a um dever *material*, definido à luz da lei da sede social da empresa (cfr. o artigo 2.º, n.º 4), mas com uma *abran-gência necessariamente internacional* na prática, dado que as cadeias de valor raramente ou nunca serão *puramente internas*. Em todo o caso, do lado do direito societário, não é novidade (embora em termos diversos) a extensão dos deveres de gestão para lá da própria sociedade de que se é gestor: o artigo 504.º do CSC surge como regra de «insuflação» dos deveres e responsabilidades dos administradores da sociedade-mãe do grupo perante as suas filiais, em benefício destas, dos seus «sócios livres», se existirem, e dos seus credores⁴⁵.

3.1.3. Bondade das opções jurídico-materiais? O paradoxo dos dois propósitos distintos

É razoável a dúvida sobre se, pelo menos em certa medida, não estarão as instituições da União a enveredar, com ou sem esse propósito, por uma lógica de planeamento da economia, ao invés de, mais simples e eficazmente, se introduzirem formas de tributação que favoreçam práticas ambientalmente sustentáveis⁴⁶ – o que, todavia, é argumento que pode esbarrar nas limitações de competências eurocomunitárias, assim como no carácter meramente parcial dessa resposta (apenas ao problema *ambiental*, e não também ao dos *direitos humanos*).

Associada a essa dúvida está a crítica pela circunstância de existirem vários documentos internacionais que são *standard-setters* neste domínio, e em relação aos quais há desvios porventura não devidamente

⁴⁵ V., com referências, Jorge M. Coutinho de ABREU, «Artigo 504.º - Deveres e responsabilidades», in IDEM, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VII, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021.

⁴⁶ Assim Steen THOMSEN, «Sustainable Corporate Governance and the Road to Stagnation», *Oxford Business Law Blog*, 14 Abr. 2022, disponível em <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/sustainable-corporate-governance-and-road-stagnation>>.

fundamentados: um exemplo é o da novel introdução do conceito de *relação empresarial estabelecida*⁴⁷. Pensamos nos UN *Guiding Principles*⁴⁸, nas *Guidelines* da OCDE de 2011⁴⁹, ou na *Guidance*, também da OCDE, de 2018⁵⁰. Não esqueçamos, em acréscimo, que a estes instrumentos de *soft law* está associada uma flexibilidade que lhes permite mais agilmente evoluir, pelo que uma transformação em *hard law* pode trazer consigo problemas de *rigidificação*, inibindo a evolução das melhores práticas. A forma como grandes empresas implementam *standards* de sustentabilidade junto dos seus fornecedores vem sendo objeto de pesquisa, do ponto de vista teórico e empírico, sendo interessante notar a atenção crescentemente votada à *governança das cadeias de valor*, ou *GVC governance*, onde encontramos estratégias baseadas em *auditoria (audit-based)* mas também estratégias *cooperativas (cooperative-based)*⁵¹. Esta evolução em curso poderá sofrer negativamente, muito embora seja de ressalvar a possibilidade de surgirem *orientações*, nos termos do artigo 13.º da Proposta de Diretiva, que a protejam.

Não percamos de vista, de todo o modo, que há aqui dois propósitos distintos que vemos a confluir para um paradoxo difícil de superar: o propósito de *desenvolver as melhores práticas* e o de *responsabilizar pelos danos emergentes* de não se terem seguido as boas práticas. Se ao primeiro propósito convém a *flexibilidade* e abertura à evolução, ao segundo têm que estar associadas regras que contribuam para a *previsibilidade* das consequências das condutas praticadas, e assim para a *certeza e segurança jurídica* que hão de ser garantidas no espaço reservado para

⁴⁷ Assim Anne LAFARRE, «Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence in Europe: The Way Forward», *Oxford Business Law Blog*, 21 Abr. 2022, disponível em <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/mandatory-corporate-sustainability-due-diligence-europe-way-forward>>.

⁴⁸ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, New York: UN, 2011, disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf>.

⁴⁹ OECD, *2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris: OECD, 2011, disponível em <<https://www.oecd.org/corporate/mne/oecdguidelinesformultinationalenterprises.htm>>.

⁵⁰ OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Paris: OECD, 2018, disponível em <<https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>>.

⁵¹ V. Sarah CASTALDI ET AL. «Extending Social Sustainability to Suppliers: The Role of GVC Governance Strategies and Supplier Country Institutions», *Journal of Business Ethics* (forthcoming), Springer, 2022.

a tomada de decisões de gestão. Daí nasce uma série de críticas sobre os termos de responsabilização civil do artigo 22.º, entre as quais a de ela garantir uma grande margem de *desresponsabilização* no seu n.º 2, quanto às atividades dos *parceiros indiretos*, designadamente em face da ênfase que nessa regra se atribui a arranjos ou *garantias contratuais*⁵², que sejam estabelecidas pelas empresas, com vista a que as entidades integradas na sua cadeia de valor assumam o compromisso de cumprir e fazerem cumprir os códigos de conduta da empresa, ou os planos preventivos ou corretivos que sejam definidos (v., a propósito, o n.º 2 do artigo 22.º e as suas remissões para os artigos 7.º e 8.º).

A esta ideia está ligada a contradição que Paul Davies e Catarina Serra, cada um à sua maneira, bem identificaram: há o perigo de estas regras serem um «*backward-looking set of provisions for imposing liability*», ao invés de um «*blue-print for cooperative efforts to end abuses in the future*»⁵³. O «ideal», falta saber se concretizável, seria então «construir um sistema em que as empresas fossem simultaneamente persuadidas da desejabilidade das condutas e dissuadidas de se desviarem delas, o que implica, simultaneamente, uma certa firmeza (monitorização, comunicação, instrumentos de alerta, fiscalização, prestação de contas, responsabilização e sanções pecuniárias) e uma certa flexibilidade (aconselhamento e assistência e admissibilidade de condutas alternativas do tipo *comply or explain*)»⁵⁴.

3.2. Direito internacional privado

3.2.1. Introdução

Numa primeira reflexão sobre as opções da Comissão nesta Proposta de Diretiva, para lá do que se foi já apontando nas linhas que precedem, é de assinalar que, por referência às preocupações do GEDIP na sua recomendação de 2021 vertidas nos quatro pontos citados⁵⁵, a

⁵² Assim Anne LAFARRE, «Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence in Europe: The Way Forward».

⁵³ Paul DAVIES, «Ending Human Rights Abuses in which Companies and States are Complicit».

⁵⁴ Catarina SERRA, «Empresas e *Human Rights Due Diligence* - Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes», 41.

⁵⁵ *Supra*, 2.4.

proposta não trata nem as *questões jurisdicionais*, respeitantes aos tribunais internacionalmente competentes para litígios na matéria em causa, nem tão-pouco as *questões conflituais* em sentido mais estrito, isto é, de determinação da *lei aplicável* às obrigações emergentes do não cumprimento, pelas empresas, dos seus deveres de diligência.

O que não significa que os aspetos internacionalprivatísticos se quedem totalmente ausentes de tratamento: como acabámos de ver, o problema do *âmbito de aplicação* é objeto de regulação no artigo 2.º, com implicações sobre a definição da lei aplicável; e a *aplicabilidade necessária e imediata* do regime de responsabilidade civil é acautelada pelo n.º 5 do artigo 22.º.

Atentemos agora em alguns resultados dessas opções legislativas, incluindo também referência àquilo que *não é tratado*, de modo a compormos um quadro mais completo do que afinal resulta, de uma perspetiva *internacionalprivatística*, dos termos atuais da Proposta de Diretiva.

3.2.2. Competência internacional

Do ponto de vista *jurisdicional*, a *empresa* sediada em Estado-membro da União Europeia continua, nos termos gerais, a ser demandável no foro do seu *domicílio* (artigo 4.º, n.º 1 BIa). Para este efeito, é *domicílio* o lugar da sua *sede social (estatutária)*, da sua *administração central* ou do seu *estabelecimento principal* (artigo 63.º, n.º 1 BIa). Uma vez que a diligência das empresas-mãe é agora instilada também com deveres relativos às suas filiais e às empresas dela independentes que integrem a respetiva cadeia de valor, pode dizer-se que, *mesmo sem mexer nas regras jurisdicionais*, já se opera um alargamento das hipóteses de responsabilização, *em tribunais europeus*, por factos ocorridos *fora da União Europeia*. Bastará, para o efeito, que a empresa-mãe europeia tenha incumprido as suas obrigações relativas à prevenção ou atenuação de efeitos negativos potenciais, ou de cessação de efeitos negativos reais, e que esse incumprimento tenha dado origem ao efeito negativo danoso, independentemente do lugar onde o dano se produziu ou a conduta ocorreu. É o que resulta, por outras palavras, das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 22.º.

Que dizer das *filiais*, não sediadas na União Europeia, ou dos *parceiros empresariais diretos ou indiretos da cadeia de valor*? O n.º 3 do mesmo artigo 22.º prevê que a responsabilidade civil da empresa-mãe

«não prejudica a responsabilidade civil» daquelas; mas não fixa um *regime substantivo* que lhes seja aplicável, nem muito menos *regras de jurisdição* especiais que lhes digam respeito. Ainda assim, poderá haver alguma coerência nessas duas ausências: justamente por o regime material de responsabilidade civil não ser em princípio o europeu – basta lembrar que, pelos critérios do artigo 4.º, n.º 1, de Roma II, será normalmente aplicável a lei do *lugar onde ocorreu o facto que deu origem ao dano* –, poder-se-á ter sentido menor necessidade de acrescentar uma base jurisdicional que cobrisse a possibilidade de demanda contra essas filiais ou parceiros⁵⁶. Mais importante do que isso: em termos económicos, ou de *tutela patrimonial dos lesados-demandantes*, a aplicabilidade do regime às empresas-mãe *sedeadas na UE* já cumpre o objetivo primordial de defesa dos interesses aqui protegidos, uma vez que ao nível da sociedade-mãe, no topo da escadaria societária, já se encontrará, em condições normais, património que responda pelos danos a ressarcir, a ponto de se tornar desnecessária ou supérflua a demanda das filiais ou parceiros, tipicamente de menor poderio económico, quando já é possível demandar, no seu domicílio europeu, aquela primeira.

A mesma afirmação não é válida, contudo, perante as sociedades-mãe *de países terceiros*, às quais, pela *ligação relevante à UE*, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º, seja aplicável o regime da CSDD. É que elas não estarão *domiciliadas* no território de um Estado-membro da UE, tornando-se portanto inaplicável o artigo 4.º, n.º 1 BIa. Isto significa que as possibilidades de demanda dessas empresas-mãe *extraeuropeias* ficarão *inteiramente dependentes dos regimes nacionais*, ditos *autónomos*, de competência internacional.

Em Portugal, de todo o modo, temos uma *âncora* jurisdicional no artigo 62.º, c), do Código de Processo Civil, que habilita os tribunais portugueses a julgarem «quando o direito invocado não possa tornar-se efetivo senão por meio de ação proposta em território português ou se verifique para o autor dificuldade apreciável na propositura da ação no estrangeiro, desde que entre o objeto do litígio e a ordem

⁵⁶ Apontando para essa possibilidade, Marion HO-DAC, «Brief Overview of the Directive Proposal on Corporate Due Diligence and PIL», *EAPIL blog*, 27 Abr. 2022, disponível em <https://eapil.org/2022/04/27/brief-overview-of-the-directive-proposal-on-corporate-due-diligence-and-pil/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=new-contents-on-the-eapil-blog_2> .

jurídica portuguesa haja um elemento ponderoso de conexão, pessoal ou real»⁵⁷.

Curioso é notar que a proposta de Diretiva até contém vários *Anhaltspunkte* para o que poderia ser uma *regra de jurisdição* relativa às empresas de países terceiros. Desde logo, estas são obrigadas a designar um *representante autorizado*, «estabelecido ou domiciliado num dos Estados-Membros em que opera» aquela empresa; e deverá ser assegurado, pelas leis nacionais de transposição, que «uma autoridade de supervisão do Estado-Membro *onde o representante autorizado está domiciliado ou estabelecido* e, se for diferente, uma autoridade de supervisão do Estado-Membro *onde a empresa gerou a maior parte do seu volume de negócios líquido na União* no exercício anterior ao último exercício financeiro, é informada de que a empresa é uma empresa na aceção do artigo 2.º, n.º 2» (artigos 16.º, n.ºs 1 e 3, com sublinhados nossos na citação deste último). Ora, algum destes elementos de conexão que grifamos poderia, *sem exorbitância*, fundar a competência internacional dos tribunais do Estado-membro respetivo, por via de uma regra de conflitos de jurisdições europeia que não deixasse margem para dúvidas ou incertezas – nem, de preferência, para uma espécie de *authorised representative-shopping*, ou *net turnover in the Union-shopping*...

Depois, também a regra que define qual é a *autoridade de supervisão* competente para as empresas *extraeuropeias* serviria propósitos semelhantes – favorecendo-se até, nessa medida, uma *correlação* entre a *competência de supervisão* e a *competência legislativa*. Com efeito, a *competência de supervisão* é atribuída pelo n.º 3 do artigo 17.º ao *país do lugar onde a empresa tem uma sucursal*; e caso não haja nenhuma, ou haja várias sucursais em Estados-membros diferentes, ao do *lugar onde a empresa gerou a maior parte do seu volume de negócios líquido na União*⁵⁸. Ora, aí está outra opção cogitável para o desenho de uma regra de conflitos de jurisdições apropriada à matéria em causa. Ainda

⁵⁷ Sobre este «*princípio da necessidade (forum necessitatis)*», António Ferrer CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado — I*, Coimbra: Almedina, 2000, 445-448.

⁵⁸ Abre-se ainda a possibilidade de a empresa, «com base numa alteração de circunstâncias que tenha por efeito gerar a maior parte do seu volume de negócios na União num Estado-Membro diferente, apresentar um pedido devidamente fundamentado para alterar a autoridade de supervisão competente para reapreciar as questões abrangidas pela presente diretiva em relação a essa empresa» (artigo 17.º, n.º 3, 2.º parágrafo).

que, também nesta hipótese, se devesse procurar ponderar a introdução de mecanismos de inibição de fenómenos de *branch-shopping*, em busca da transposição mais favorável, dentro do espaço da Europa unida⁵⁹.

3.2.3. Lei aplicável e imperatividade internacional

Como dissemos, não se preveem na proposta de Diretiva regras de conflitos especiais.

Daí resulta uma incoerência assinalável entre as duas matérias que compõem a substância da proposta: a proteção dos *direitos humanos* e do *ambiente*. É que esta última já mereceu, em sede de *responsabilidade extracontratual*, uma regra de conflitos própria quanto à indemnização por *danos ambientais*: o artigo 7.º de Roma II, que acima citámos, permite à pessoa que requer a reparação do dano uma *escolha* entre a *lei do lugar do dano*, resultante da conexão geral do artigo 4.º, n.º 1, de Roma II, e a *lei do lugar do facto danoso*, como alternativa. Quanto à *violação de direitos humanos*, porém, não se prevê, em especial, nada mais do que aquela primeira conexão geral (*lei do lugar do dano*).

É verdade que o artigo 22.º, n.º 5, previne alguns problemas que surgiriam na definição da lei aplicável, ao definir a *aplicabilidade necessária e imediata* do regime de responsabilidade civil. Ainda assim, o n.º 5 do artigo 22.º é problemático em várias frentes. Primeiro, por aquilo que *não diz*: ou seja, por se cingir à *regra de responsabilidade civil* do regime da CSDD, e *não a todo esse regime* (dir-se-á que isso é evidente, até como que *por arrasto* e a partir dessa previsão do n.º 5 do artigo 22.º, mas não há apoio explícito para o dizer). Depois, porque a sua formulação pode introduzir dúvidas interpretativas: estabelece-se que é de «aplicação imperativa» (noutras línguas: «de nature impérative», «is of overriding mandatory application», «zwingend Anwendung findet und Vorrang hat»⁶⁰) a responsabilidade «nos casos em que a lei aplicável aos pedidos para o efeito não é a lei de um Estado-Membro».

⁵⁹ Mecanismos como p. ex. o que foi introduzido na revisão do Regulamento europeu da insolvência em 2015 (UE 2015/848), no seu artigo 3.º, n.º 1, 2.º parágrafo, 2.ª frase.

⁶⁰ Quanto à versão alemã, o acrescento «und Vorrang hat», i.e., algo como «e têm prioridade», não parece ter paralelo nas outras versões citadas, incluindo a portuguesa.

Então e quando é, efetivamente, a lei de um Estado-membro a aplicável: não teremos igualmente uma *aplicação imperativa*? Deveria ser evidente que sim, mas o acréscimo final citado, do modo como está escrito, é suscetível de criar incertezas.

Já de positivo na evolução do articulado, em face do que constava da resolução do Parlamento Europeu, é ter caído a ligação necessária entre a *aplicabilidade necessária e imediata* e os preceitos do *Regulamento Roma II*: afigura-se prudente, na linha do que assinalava o GEDIP, que a *sobreponibilidade* deste regime (no sentido de ter carácter *overriding*) seja afirmada, não apenas *sobre as leis materiais* que resultem aplicáveis por via de *Roma II*⁶¹, mas também sobre outros *preceitos materiais* – sobretudo *de direito dos contratos* ou *de direito societário* – que viessem a ser convocados por meio de outras regras de conflitos *fora de Roma II*.

3.2.4. Extraterritorialidade

Voltando ao tema do *âmbito de aplicação*, um ponto que merece ainda referência é o da amplamente defendida *extraterritorialidade* do regime europeu.

Como vimos, o artigo 2.º, n.º 2, define os termos em que empresas *de países terceiros*, mas com ligação à UE, ficarão sujeitos a deveres de diligência. Ora, o n.º 4 do mesmo artigo 2.º estabelece a competência do *Estado-membro em que a empresa tem a sua sede social* para reger as *questões abrangidas* pela Proposta de Diretiva. É essa mesma a formulação: o Estado-membro é «competente para reger as questões abrangidas pela presente diretiva» (noutras versões linguísticas de «competente para reger»: «compétent pour régler», «competent to regulate», «für die Regelung (...) zuständig»).

A regra do n.º 4 do artigo 2.º merece-nos duas notas, quanto *ao que diz* e *ao que não diz*, estando a segunda associada ao tema da *extraterritorialidade*.

Antes de mais, a primeira nota vai para *o que se diz*, isto é, para *o elemento de conexão escolhido*. «Sede social» há de ser aqui entendido, não enquanto *sede real e efetiva* da administração da sociedade (o sentido em que a palavra «sede» é primordialmente utilizado na lei

⁶¹ Era esse o caso na formulação do Parlamento Europeu: v. *supra*, 2.3.

societária portuguesa⁶²), mas sim como *sede estatutária*, ou seja, o lugar indicado nos estatutos⁶³ – noutras versões linguísticas da Proposta de Diretiva, por exemplo, «registered office», «siège statutaire», «Sitz». É esse o sentido a atribuir à expressão homónima no já citado artigo 54.º do TFUE; aí, o que conhecemos como *sede real e efetiva*, na lei portuguesa, vem designado por *administração central*.

A segunda nota vai então para *o que não se diz*: se bem lemos, não é respondida a questão de saber, quanto às empresas *extraeuropeias* – que, portanto, se constituem em conformidade com lei de *país terceiro* mas exercem atividade na UE –, *qual é a lei nacional* (de entre as vinte e sete em que a Diretiva será transposta) *que se lhes aplicará*. O que poderá levantar toda uma série de problemas e incertezas⁶⁴. Basta lembrar que, em matéria tão importante como a do *onus da prova* sobre se uma determinada ação era *razoavelmente adequada* a prevenir, atenuar, fazer cessar ou minimizar um *efeito negativo* sobre o ambiente ou os direitos humanos, *a questão é deixada ao critério do direito nacional*, como expressamente prevê o considerando n.º 58 da Proposta de Diretiva⁶⁵.

⁶² Cfr. o artigo 3.º, n.º 1, 1.ª frase, do csc, sem prejuízo da introdução da relevância da *sede estatutária* na continuação desse dispositivo (v., com referências, Rui Pereira DIAS, «Artigo 3.º – Lei pessoal», in Jorge M. Coutinho de ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, anot. n.º 2).

⁶³ Luís de Lima PINHEIRO, «O Direito aplicável às sociedades. Contributo para o Direito Internacional Privado das sociedades», ROA, Lisboa: Ordem dos Advogados, 58/II (1998) 673-721, 679.

⁶⁴ Colocando a mesma questão sob outro prisma, v. Vanessa KNAPP, «Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Non-EU Businesses Should Respond to the Consultation», *Oxford Business Law Blog*, 18 Mai. 2022, disponível em <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/05/proposed-eu-directive-corporate-sustainability-due-diligence-why-non>> : «there is nothing in the directive that stops a member state going further and, for example, extending its laws to a non-EU company that does business in the member state, even if its supervisory authority is not the competent authority for that non-EU business. It would be better if the directive expressly prevented member states from doing this, so as to avoid companies being subject to more than one set of laws implementing the directive, which may well be different and possibly incompatible».

⁶⁵ Altamente crítico dessa opção legislativa, Alessio M. PACCES, «Supply Chain Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal», *Oxford Business Law Blog*, 20 Abr. 2022, disponível em <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/supply-chain-liability-corporate-sustainability-due-diligence>>.

O critério da *sede social* não é prestável para uma aplicação às sociedades *extraeuropeias*: tratando-se de um critério quase sucedâneo do da lei da *constituição* da sociedade, que é justamente o utilizado para diferenciar empresas *européias* e *extraeuropeias* (cfr. de novo os n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º), ele não permitirá, em condições normais, *ancorar* a sociedade num espaço localizado na União. Ora, um dos critérios que acima avançámos como cogitáveis para uma regra de competência internacional (recordando: lugar onde a empresa *extraeuropeia* tem uma *sucursal*; lugar onde o seu *representante autorizado* está *domiciliado ou estabelecido*; lugar onde a empresa *gerou a maior parte do seu volume de negócios líquido na União*) poderia igualmente servir para a definição da lei nacional aplicável. Aliás, na ausência de motivos justificativos para uma diferenciação, a regra que viesse a ser adotada num desses pólos (o do *forum* e o do *ius*) teria vantagem em ser replicada *no outro*, favorecendo-se assim o *Gleichlauf* jurisdicional e legislativo.

Ainda a propósito de *extraterritorialidade*, são de registar as chamadas de atenção para os efeitos que a Diretiva poderá ter, bem para lá do seu estrito âmbito de aplicação em primeira linha. Luca Enriques e Matteo Gatti, olhando para o fenómeno desde a perspectiva dos Estados Unidos da América, distinguem três categorias, igualmente generalizáveis para o resto do mundo⁶⁶. A primeira é a das empresas *extraeuropeias*, que preenchem diretamente os critérios do n.º 2 do artigo 2.º, e às quais, por conseguinte, a Proposta de Diretiva se aplica de forma direta.

Mas há ainda, de seguida, que pensar em todas as empresas de países terceiros que se incluam na cadeia de valor de uma empresa sujeita à CSDD: a diligência que passa a ser devida por esta última servirá de pressão para que aquelas adotem *standards* semelhantes. Esta nota é, aliás, extensível ao contexto meramente *intraeuropeu*: também na Europa unida, só à primeira vista é que se poderá achar que a Diretiva se aplicará apenas ao 1%⁶⁷, uma vez que, como na Proposta se reconhece, as PME ficarão expostas «a alguns dos custos e encargos por via das

⁶⁶ Luca ENRIQUES / Matteo GATTI, «The Extraterritorial Impact of the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention», *Oxford Business Law Blog*, 21 Abr. 2022, disponível em <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/extraterritorial-impact-proposed-eu-directive-corporate>> .

⁶⁷ V. *supra*, n. 28 e texto correspondente.

relações empresariais com empresas abrangidas, uma vez que se espera que as grandes empresas repercutam as exigências nos seus fornecedores», com a conseqüente necessidade de «medidas de apoio para ajudar as PME a criar capacidade operacional e financeira»⁶⁸.

Em terceiro lugar, há ainda que atentar nas grandes empresas-mãe *extraeuropeias*, cujas filiais *européias*, por si só, já preenchem os requisitos mínimos de sujeição à CSDD: como apontam Enriques e Gatti, uma instrução *downstream* da empresa-mãe americana, que esteja sujeita, por exemplo, a *standards* menos exigentes de direito laboral, poderá «reverberar» na esfera da sua filial *européia*, que seja ela própria *empresa* sujeita à CSDD, causando um incumprimento por parte desta última. E não é só: as conseqüências desse incumprimento acabarão por ser *consolidadas*, nas respetivas demonstrações financeiras, também ao nível da empresa-mãe americana, pelo que os seus acionistas poderão vir a ter uma base jurídica para demandarem essa sociedade e os seus administradores pelas falhas ocorridas. Em face da mais viva *derivative litigation* estadunidense, por comparação com a europeia, Enriques e Gatti apontam o paradoxo que poderá estar em estes deveres de diligência *européus* terem «even more bite» na América do que na Europa⁶⁹.

4. Conclusão

A Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de fevereiro de 2022, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade quanto aos direitos humanos e ao ambiente, coloca interessantes desafios num espaço de regulação que começa a ser tratado sob um prisma inovador, numa confluência de elementos provindos do direito societário, administrativo, regulatório, ambiental, internacional público, internacional privado e da responsabilidade civil, todos eles sob a batuta dirigente (dirigista, alguns dirão)

⁶⁸ Proposta de Diretiva, p. 17. V., a propósito, Guido FERRARINI, «Corporate Sustainability Due Diligence and the Shifting Balance between Soft Law and Hard Law in the EU», *Oxford Business Law Blog*, 22 Abr. 2022, disponível em <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/corporate-sustainability-due-diligence-and-shifting-balance-between>>.

⁶⁹ Luca ENRIQUES / Matteo GATTI, «The Extraterritorial Impact of the Proposed EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence: Why Corporate America Should Pay Attention».

do direito da União Europeia. Não é de estranhar que, consoante as diferentes «gramáticas jurídicas» em que são versados os cultores de cada um destes domínios, se apontem limitações ou imprecisões ao texto proposto, as quais, na visão mais pessimista, poderão nunca ser verdadeiramente superadas. Avançando tal como está, o texto padecerá de falhas do ponto de vista de uma visão *sistemática* do problema e da construção de soluções coerentes para o resolver, como as breves observações que precedem, apenas focadas em alguns aspetos materiais-societários e internacionalprivatísticos, já permitem identificar. Há, todavia, que permanecer atento aos desenvolvimentos e melhorias que o decurso do processo legislativo poderá ainda trazer.

COMPLIANCE E DIREITO FISCAL

 https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/cap08

JOÃO PEDRO RODRIGUES*

1. Introdução

A expressão “tax compliance” ocupa hodiernamente um lugar de destaque no domínio do direito fiscal¹, tendo-se tornado um “conceito-chave” na modelação e transformação deste âmbito dogmático.

São diversos os âmbitos em que a centralidade das matérias de “compliance” tem sido precursora do desenvolvimento de soluções inovadoras que desafiam paradigmas e modelos de atuação que se estabilizaram ao longo do passado século. Por um lado, os fenómenos de “base erosion” e “profit shifting” evidenciaram o problema da “creative compliance”, levando a que se assumisse a necessidade de reagir ao [ab] uso de esquemas de planeamento fiscal agressivo que tornavam claro que a “compliance is not the solution but the problem”²; por outro

* Univ Coimbra. IJ. FDUC.

¹ Referindo que, no direito fiscal, “Das Stichwort heißt Compliance”, v. Eckerhard SCHMIDT, “Moderne Steuerungssysteme im Steuervollzug”, in Werner WIDMANN, ed., *Steuervollzug im Rechtsstaat*, DSzJG, vol. 31, Köln, 2008, 41. No mesmo sentido, Roman Seer menciona que a expressão “Tax compliance” entrou decisivamente no dicionário das administrações fiscais e do próprio direito fiscal, v. Roman SEER, “Reform der Steuerveranlagung”, in Norbert HERZIG / Manfred GÜNKEL / Ursula NIEMAN, ed., *Steuerberater – Jahrbuch 2004/2005*, Köln, 2005, 58.

² Sobre o fenómeno da *creative compliance*, Doreen MCBARNET, “When compliance is not the solution but the problem: From changes in law to changes in attitude”, in Valerie BRAITHWAITE, ed., *Taxing Democracy – Understanding Tax Avoidance and Evasion*, New York, 2003, 229-230, refere que a “essência da *creative compliance* reside no facto de poder ser defendida como *not non-compliance*. Com efeito, é esse o modo como é por vezes apresentada, como ‘não ilegal’, ou pela positiva, numa expressão bem conhecida, como ‘perfeitamente legal’. Apesar disso, tal como no não cumprimento, a essência do cumprimento criativo é o de escapar, intencionalmente, ao impacto fiscal da lei”.

lado, as matérias fiscais passaram a ser enquadradas no âmbito da responsabilidade social das empresas, sob o repto de uma “good tax governance”, enquanto uma dimensão integrante dos postulados de ESG, cuja preterição importa riscos reputacionais, criando-se uma pressão ética para uma atuação “beyond compliance”³; ainda por outro lado, o propósito de exponenciar a “voluntary compliance” levou à revisão dos pressupostos axiomáticos que haviam modelado o secular paradigma autoritário de intervenção da administração fiscal, assistindo-se, a partir de finais do século passado, a uma profunda revisão nesse *modus agendi*, no sentido de transformação das tradicionalmente antagónicas relações entre fisco e contribuintes em autênticas relações de envolvimento e de cooperação – “co-operative compliance”⁴.

Estão, assim, lançados os temas que permitem compreender as razões da importância do tema da “tax compliance”, e a sua centralidade no âmbito do direito fiscal.

³ Quanto às relações entre “taxation”, “corporate governance” e “corporate social responsibility”, v. Wolfgang SCHÖN, ed., *Tax and Corporate Governance*, Berlin, 2008; Alfio VALSECCHI, “What corporate tax policy has to do with sustainability and how companies should deal with it”, *World Tax Journal* (Fevereiro, 2021) 113-137; Reuven S. AVI-YONAH, “Corporate taxation and Corporate Social Responsibility”, *New York University Journal of Law & Business* 11/1 (2014) 1-29; Judith FREEDMAN, “Defining taxpayer responsibility: In support of a general anti-avoidance principle”, *British Tax Review* 4 (2004) 332-357; J. L. M. GRIBNAU / A.-G. JALLAI, “Good tax governance and transparency – A matter of ethical motivation”, *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series* 6 (2016) 1-16; Hans van DEN HURK, “Tax planning, Ethics and our new world”, *Bulletin for International Taxation* (Fevereiro 2018) 122-128; e Kalmen Hyman DATT, “Paying a fair share of tax and aggressive tax planning – A tale of two myths”, *eJournal of Tax Research* 12/2 (2014) 410-432; especificamente sobre os riscos reputacionais associados à estratégia fiscal das empresas, v. Catriona LAVERMICOCCA / Jenny BUCHAN, “Role of reputational risk in tax decision making by large companies”, *eJournal of Tax Research* 13/1, 5-50.

⁴ Cf. Sagit LEVINER, “A new era of tax enforcement: From ‘Big Stick’ to Responsive Regulation”, in *University of Michigan Journal of Law Reform* 42 (2009) 381; Stuart HAMILTON, “Putting the client first – The Emerging Copernican Revolution of Tax Administration”, *Tax Notes International* 29 (2003) 569 e ss.; Valeria BRAITHWAITE, “A approach to tax compliance”, in IDEM, *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Evasion*, Aldershot, 2003, 1-11; Jenny JOB / Andrew STOUT / Rachel SMITH, “Culture change in three taxation administrations: From command-and-control to responsive regulation”, *Law & Policy* 29/ 1 (2007) 84-101; OECD, *Building Tax Culture, Compliance and Citizenship – A global source book on taxpayer education*, Paris, 2015; OECD, *Co-operative compliance: A framework – From enhanced relationship to co-operative compliance*, Paris, 2013.

2. A complexidade do problema da *tax compliance*

No domínio do direito fiscal, o problema da complexidade constitui uma enfermidade de fácil diagnóstico, mas de difícil – ou até mesmo impossível – solução⁵, sendo que a matéria do cumprimento das obrigações fiscais pode ser vista simultaneamente como origem da própria patologia ou como metástase dessa complexidade.

Com efeito, na radiografia dogmática dos ordenamentos tributários vislumbra-se um sistema que se assemelha a um “unbeherrschbaren Monstrum”⁶, alimentado por uma hipertrofia normativa que converte o ordenamento num “puzzle de mil peças” constituído por “leis carregadas de exceções, de isenções, de regimes especiais, de normas que excepcionam as isenções, as exceções e os regimes especiais; de reenvios para fora do campo do direito (v.g. para os princípios contabilísticos); de normas ambíguas, não concretas e indeterminadas nos termos que utilizam e na realidade ou nas relações sociais a que se referem; (...) de normas que hoje declaram justo o que amanhã declaram injusto (...)”⁷.

⁵ Segundo John Avery JONES, “Tax law: Rules or principles?”, *Fiscal Studies* 17/3, 63, “[t]here is nothing new in complaining about the complexity of tax legislation. Every generation does it”. Porém, apesar de ser consabido que o quadro fiscal permanece “volumoso, complicado e obscuro”, as tentativas de simplificação têm mostrado que “o problema pode ser de facto irresolúvel” [p. 64]. No mesmo sentido, v. Richard KREVER, “Plain English drafting, purposive drafting, principle-based drafting: Does any of it matter?”, in Judith FREEDMAN, ed., *Beyond boundaries: developing approaches to tax avoidance and tax risk management*, Oxford, 2008, 189, refere que “the talk of ‘reform’ and ‘simplification’ is as old as the tax itself”.

⁶ Palavras da *Deutsche Steuer-Gewerkschaft*, citadas por Klaus TIPKE, *Besteuerungsmoral und Steuermoral*, Düsseldorf, 1999, 87.

⁷ Cf. J. M. LAGO MONTERO, “De la litigiosidad y la justicia tributaria”, 512 e 513, in CÉSAR ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA et al., coord., *Estudios en homenaje al professor Pérez de Ayala*, Madrid, 2007. A expressão é semelhante à de Klaus Vogel, citada por Klaus TIPKE, *Besteuerungsmoral und Steuermoral*, 59-60 –, quando se afirma que “sind die Rechtsprinzipien, die unseren Steuergesetzen zugrunde liegen, besser: zugrunde liegen sollten, weithin nicht mehr wahrzunehmen, unkenntlich geworden. Sie sind durch eine Vielzahl von Änderungen und Ergänzungen, von Ausnahmen und wieder Ausnahmen zu diesen Ausnahmen so überlagert und entstellt, daß sie für die Betroffenen nicht mehr als Versuche einer gerechten Lastenverteilung zu erkennen sind”, caracterizando-se o “Steuerrecht” como “Chaos”, “Dschungel” ou “Per-version”.

São diversas, mas conhecidas, as causas de tamanha *loucura legislativa*⁸. Na economia da exposição, salienta-se a interseção de duas dimensões: por um lado, a complexidade está ineliminavelmente relacionada com as dimensões *extrafiscais* do imposto que se assume como *instrumento* de prossecução e realização de objetivos económico-sociais funcionalmente exorbitantes da sua função basilar⁹; por outro lado, da

⁸ A expressão é de Richard VANN, “Improving tax law improvement: An international perspective”, in *Australian Tax Forum*, vol. 12, 222. Para uma análise do fenómeno da complexidade, remetemos para o nosso estudo João Pedro RODRIGUES, *O acordo na determinação da matéria tributável dos impostos sobre o rendimento*, Coimbra, 2020, 51-56, e autores aí citados.

⁹ Apesar do “sistema fiscal sempre ter servido vários objetivos”, as décadas recentes mostram poder falar-se numa “dramatic escalation in tax programs and provisions serving purposes other than tradicional revenue raising” – Kristin HICKMAN, “Administering the tax system we have”, *Duke Law Journal* 63 (2014) 1728 –, criando uma teia de prescrições pouco inteligível, seja na relação causa-efeito – dividindo-se a doutrina em saber se essas exceções existem para que a carga tributária não seja insuportável ou se, a perda dessa receita, conduz a uma elevada tributação compensatória (v. Klaus TIPKE, *Besteuerungsmoral und Steuermoral*, 60) –, seja na *expertise* necessária para a operacionalidade dos benefícios e no acréscimo que os mesmos provocam na afetação dos recursos da administração fiscal – v., sobre o problema em causa, o exemplo dado por Simon JAMES / Adrian J. SAWYER / Ian WALLSCHUTZKY, “Tax simplification: A review of initiatives in Australia, New Zealand and the United Kingdom”, *eJournal of Tax Research* 13/1 (2015) 289; e as reflexões pertinentes de Klaus TIPKE, *Besteuerungsmoral und Steuermoral*, 60-64. Note-se que estas considerações foram expressamente tidas em conta no *Relatório do grupo de trabalho*, apresentado sob o título *Reavaliação dos Benefícios fiscais*, onde se referiu a nociva banalização da utilização dos benefícios fiscais que “torna o sistema fiscal mais complexo, desse modo contribuindo para a deterioração da qualidade da sua gestão global na medida em que a torna muito difícil” – v. as conclusões e recomendações desse grupo de trabalho em Luís Máximo dos SANTOS, coord., *Reavaliação dos Benefícios Fiscais: relatório do Grupo de Trabalho criado por Despacho de 1 de maio de 2005 do Ministro de Estado e das Finanças*, Lisboa, 2005, 347 e ss.; para uma abordagem do fenómeno da extrafiscalidade, entre nós, cf. Fernando Rocha ANDRADE, *Benefícios Fiscais – A consideração da despesa do contribuinte na tributação pessoal do rendimento*, Coimbra, 2015, 253 e ss., especialmente 327 e ss.; Nuno de Sá GOMES, *Teoria geral dos benefícios fiscais*, Lisboa, 1991, 13 e ss.; José Casalta NABAIS, *Contratos fiscais (Reflexões acerca da sua admissibilidade)*, Coimbra, 1994, 148 e ss., especialmente 165 e ss.; IDEM, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 1998, 627 e ss.; IDEM, *Direito Fiscal*, Coimbra, 2016, 383 e ss., especialmente 401 e ss., onde o Autor faz “alusão ao complexo panorama dos benefícios fiscais”, considerando a matéria como “uma daquelas em que é mais visível a verdadeira contra-reforma fiscal levada a cabo pelo legislador depois da reforma fiscal dos anos oitenta do século passado”, a partir da constatação de que, “os benefícios fiscais voltaram a germinar ao sabor dos mais diversificados e, por vezes, subtis *lobbies* que, convenhamos, não honram o Estado de direito”.

mesma forma que o mundo se transformou numa arena global, também a complexidade se “globalizou”, exponenciada pela assimetria dos regimes fiscais da “world wide tax web”¹⁰.

No amplo horizonte globalizado, os impostos tornaram-se em “jogos sem fronteiras”, em que as peças do puzzle global não encaixam com a coerência necessária para evitar a possibilidade de erosão das bases tributáveis. A existência de fenómenos de concorrência fiscal mais ou menos prejudicial e as disparidades no tratamento tributário de realidades com alcance multinacional abriram espaços de planeamento e minimização da carga fiscal a que se foi reagindo num ciclo de “legislative tinkering”, em que o legislador vai sucessivamente aditando preceitos detalhados (“Detailvorschriften”), em reação a novas brechas ou nichos (“Steuernischen”) que a espeleologia tributária dos experts fiscais vai encontrando até que o legislador os ocupe e assim sucessivamente, como um “cat and mouse game”¹¹.

¹⁰ Com efeito, as normas fiscais refletem a complexidade de uma tessitura social que se tornou *global* e em que o “*business environment*” se tornou progressivamente mais complexo e “sofisticado” – John Avery JONES, “Tax law: Rules or principles?”, 65 –, devendo reconhecer-se, com Simon JAMES / Adrian J. SAWYER / Ian WALLSCHUTZKY, “Tax simplification”, 286, que “uma análise do ambiente fiscal revela uma fortíssima tendência para a complexidade”, sendo disso exemplo, entre outros factores demográficos, educacionais, económicos ou tecnológicos, o fenómeno da *globalização*, que implica uma interdependência e mobilidade do capital e dos rendimentos do trabalho e das empresas, e que, segundo Maria Odete Batista de OLIVEIRA, *O intercâmbio de informação tributária*, Coimbra, 2012, 19, “tem significado uma liberalização crescente do comércio mundial, do investimento direto estrangeiro, da circulação de capitais e da movimentação de pessoas, aspetos que bem caracterizam a radical transformação dos padrões clássicos numa nova realidade económica que se move, não apenas numa sucessão de espaços nacionais, mas num contexto totalmente mundializado”.

¹¹ Judith FREEDMAN / Geoffrey T. LOOMER / John VELLA, “Corporate tax risk and tax avoidance: New approaches”, *British Tax Review* 1 (2009) 93, referem-se a um ciclo de “prescriptive legislation, loophole exploitation, and further prescriptive legislation” como um “cat and mouse game”; cf., também, Klaus TIPKE, *Besteuermoral und Steuermoral*, 60. Como se refere na recomendação da Comissão de 6 de dezembro de 2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/772/EU), “as estruturas de planeamento fiscal são cada vez mais sofisticadas e frequentemente os legisladores nacionais não dispõem de tempo suficiente para reagir, muitas vezes as medidas específicas antiabuso revelam-se inadequadas para responder eficazmente às novas estruturas de planeamento fiscal agressivo”. Tome-se por exemplo a sucessão de esquemas como o “Double Irish with a Dutch sandwich”, o “Single malt” ou o “Green Jersey”, usados pelas multinacionais tecnológicas americanas para evitar a tributação dos seus lucros.

Em tal contexto, a “tax compliance” é simultaneamente causa e resultado da complexidade dos sistemas fiscais, potenciando tanto o pagamento de um “Dummensteuer”, como o aproveitamento de uma teia de interstícios e assimetrias globais com vista ao não pagamento de imposto algum¹².

Para além dessa relação de recíproca interferência entre a complexidade dos sistemas fiscais e a questão do cumprimento tributário, importa referir que a própria determinação do que se tenha por “tax compliance” constitui, em si mesmo, matéria de elevada complexidade, particularmente nos casos em que sejam fluidas, *et pour cause*, também incertas, inseguras e subjetivas as fronteiras do planeamento admissível, *maxime* nos casos em que a legislação fiscal possa ser mobilizada para a obtenção de um resultado não previsto pelo legislador ou quando não exista transparência na desvelar de uma situação de incerteza ou risco relativo ao cumprimento da lei¹³.

¹² Por um lado, a complexidade leva a que os contribuintes deixem na mão dos *experts* a interpretação-aplicação das leis fiscais, procurando um resultado interpretativo minimizador da sua carga fiscal, o qual pode, por vezes, encontrar-se no limbo da ilegalidade, e, dessa forma, potenciar o confronto em torno da licitude das operações desenvolvidas para o referido fim – *v.* Ana Clara BORREGO / Cidália M. Mota LOPES / Carlos M. Santos FERREIRA, “A perceção da complexidade fiscal e o recurso à ajuda de profissionais fiscais no cumprimento das obrigações tributárias”, in António Carlos dos SANTOS, Cidália LOPES, coord., *Fiscalidade – Outros olhares*, Porto, 311 e ss.; por outro lado, temos aqueles que pagam um “Dummensteuer”, e/ou que, pela falta de perceção dos conteúdos normativos e pelo parco conhecimento relativo ao integral cumprimento das plúrimas obrigações fiscais, são arrastados para o que atualmente se designa por “incumprimento involuntário” (“unintentional noncompliance”), correndo o risco de serem duplamente sancionados, seja por efetuarem declarações que conduzem a um valor de imposto que não seria devido, seja pelo incumprimento *tout court*, i. é, ainda que involuntário, de uma dada obrigação fiscal – *v.*, por todos, Nina OLSON, “Procedural justice for all: A taxpayer rights analysis of IRS earned income credit compliance strategy”, *Advances in taxation* 22 (2015) 27. Nestes termos, é completamente acertada a observação de Valerie BRAITHWAITE, “Dancing with tax authorities: Motivational postures and non-compliant actions”, in IDEM, *Taxing Democracy: Understanding Tax Avoidance and Evasion*, Aldershot, 2003, 17 – “[i]n taxation context, law is complex, changing and ambiguous, and can be broken unintentionally as well as intentionally”.

¹³ Tenham-se em mente as situações em que a OCDE assentou a noção de planeamento fiscal agressivo no “Study into the role of tax intermediaries”, no qual se identificaram duas áreas de preocupação: “planning involving a tax position that is tenable but has unintended and unexpected tax revenue consequences” e “taking a tax position that is favourable to the taxpayer without openly disclosing that there

3. “Creative compliance”

A expressão “creative compliance” é apresentada por Doreen McBarnet para retratar as situações de planeamento fiscal em que uma prescrição legal é literalmente cumprida, com o objetivo de evitar materialmente o impacto material da lei fiscal¹⁴, encontrando justificação na máxima de que as empresas podem organizar os seus negócios de modo a pagar o mínimo de imposto possível e na visão do imposto como um custo que a administração das empresas deve evitar com base numa racionalidade económica e por dever funcional¹⁵.

Em termos operativos, a “creative compliance” refere-se à exploração de assimetrias, vazios de regulamentação ou articulação de aspetos técnicos entre sistemas legais, com vista à diminuição da carga fiscal, através de instrumentos ou construções que atuam ao nível da erosão da matéria tributável e/ou da alocação de lucros em jurisdições de

is uncertainty whether significant matters in the tax return accord with the law” – OECD, *Study into the role of tax intermediaries*, Paris, 2008, 10-11. Judith FREEDMAN / Geoffrey T. LOOMER / John VELLA, “Corporate tax risk and tax avoidance”, 74 e ss., in Judith FREEDMAN, ed., *Beyond boundaries: developing approaches to tax avoidance and tax risk management*, Oxford, 2008, considerando que a noção de planeamento fiscal agressivo constante do “Study into the role of tax intermediaries”, da OCDE, está longe de ser pacífica, dão conta da dificuldade de definir a realidade do planeamento fiscal agressivo e de desenhar a fronteira entre o que constitui um comportamento fiscalmente aceitável ou inaceitável em matéria de planeamento. Desde logo, pode “alegar-se que o facto das consequências fiscais de uma transação não serem aquelas que a administração esperava que fossem não significativas ou que as mesmas não sejam as que o legislador admitiu”; por outro lado, pode, também, invocar-se que “o teste sobre se o planeamento fiscal é ‘aceitável’ deve fazer-se face ao que o legislador disse, como interpretado pelos tribunais e não face ao que as autoridades fiscais supõe que a norma quer dizer”. Em todo o caso, os autores relacionam os problemas levantados pela indefinição e imprecisão conceitual, e, inclusivamente, da existência de uma nova abordagem ao “desenho” das normas legais, com a necessidade de existir uma relação de confiança. No artigo citado, as personalidades do universo empresarial entrevistadas aplaudiram o esforço do HMRC no sentido de rápida resolução das controvérsias por acordo, mas consideraram que o problema do desenhar a linha entre evitação fiscal (num sentido pejorativo) e planeamento, constituía matéria que devia ser resolvida, em último caso, pelo legislador e pelos tribunais.

¹⁴ Doreen McBARNET, “When compliance is not the solution”, 229. No mesmo sentido, Hans GRIBNAU, “Soft law and taxation: The case of the Netherlands”, *Legisprudence* 1/3 (2007) 317; e Judith FREEDMAN, “Defining taxpayer responsibility”, 346.

¹⁵ Cf. Richard HAPPÉ, “Multinationals, Enforcement Covenants and fair share”, *Intertax* 35/10, 538; e Hans GRIBNAU, “Soft law and taxation”, 317.

escassa ou nula tributação, sendo, por isso, apresentada como uma forma de “gaming the system” ou “gaming the rules”^{16, 17}.

O recurso a estas técnicas tornou-se uma prática generalizada pelas multinacionais que, com a globalização, a digitalização e a desmaterialização da economia, por um lado, e a concorrência fiscal, por outro, encontravam terreno fértil para desenhar e colocar em ação os mais sofisticados esquemas de planeamento fiscal¹⁸.

No entanto, na sequência da crise das dívidas soberanas e da divulgação pública das práticas de “creative compliance” por parte de grandes empresas multinacionais, o fenómeno BEPS (“base erosion and profit shifting”) motivou uma reação, à escala global, sob o objetivo assumido de redução das injustiças e iniquidades fiscais geradas por tais práticas¹⁹, substituindo-se a “race to the bottom” por soluções

¹⁶ Cf. Maarten de WILDE, “On the future of business income taxation in Europe”, *World Tax Journal* 12/1 (2020) 88; e J. L. M. GRIBNAU / A.-G. JALLAI, “Good tax governance and transparency”, 4-5; Hans GRIBNAU, “Soft law and taxation”, 317; e Richard HAPPÉ, “Multinationals, Enforcement Covenants and fair share”, 538.

¹⁷ Distingue-se, assim, da mobilização direta de instrumentos de planeamento fiscal intencionalmente colocados pela legislação como forma de prossecução de interesses públicos extrafiscais, como também notam J. L. M. GRIBNAU / A.-G. JALLAI, “Good tax governance and transparency”, 4. Os autores relevam nesse sentido que a existência de benefícios fiscais como meio de prossecução de objetivos económicos, sociais ou culturais, podem originar uma taxa de imposto efetiva mais baixa, mas o planeamento fiscal orientado para a mobilização desses benefícios não pode ser considerado “agressivo”.

¹⁸ Cf. Richard HAPPÉ, “Multinationals, Enforcement Covenants and fair share”, 537-539. Jacob FONSECA, “The rise of ESG investing: How aggressive Tax Avoidance affects Corporate Governance & ESG analysis”, *Illinois Business Law Review* 25 (2020) 12-13, refere um relatório da *Fair Tax Mark*, de dezembro de 2019, onde se afirma que as *Silicon Six* – Google, Facebook, Microsoft, Apple, Amazon e Netflix – conseguiram evitar o pagamento de 100 mil milhões de dólares de impostos no espaço de uma década através de esquemas de “creative compliance”.

¹⁹ A resposta às “estratégias que exploram lacunas e discrepâncias nas regras fiscais e que utilizam complexas construções internacionais como instrumentos de planeamento tributário”, foi dada pela OCDE através do “Plano BEPS”. Este plano, de 15 ações, assentou em três pilares fundamentais: coerência, substância e transparência. Coerência, na tributação do rendimento no âmbito internacional, através da eliminação de assimetrias e lacunas nas regras de tributação internacional, com destaque para as entidades e instrumentos híbridos (ação 2), as sociedades estrangeiras controladas (ação 3), a dedução de juros e pagamentos financeiros (ação 4) e a concorrência fiscal prejudicial (ação 5); substancia, na alocação do poder tributário em linha com o local onde o valor é efetivamente gerado, relevando aqui as regras relativas ao abuso de tratados (ação 6), ao estabelecimento permanente (ação 7) e à matéria dos preços de

que progressivamente foram desvelando uma maior harmonização, compromisso, transparência e cooperação dos Estados e que abriram caminho a um novo paradigma na tributação internacional²⁰.

O cerco ao planejamento fiscal agressivo, *maxime* nos casos em que seja discutível a artificialidade de uma operação ou de uma estrutu-

transferência, com particulares desenvolvimentos no que respeita a intangíveis (ações 8, 9 e 10); e transparência nas relações entre as multinacionais e as administrações fiscais e destas entre si, como pressuposto pela análise e monitorização das medidas BEPS (ação 11), pela divulgação de práticas de planejamento fiscal agressivo (ação 12), pelas exigências de documentação em matéria de preços de transferência e os relatórios “país a país” (ação 13) e na adoção de mecanismos de resolução de conflitos (ação 14). Para além destas ações específicas, o plano geral de ação compreendia também a necessidade de enfrentar os desafios da economia digital (ação 1), propósito que se encontra subjacente à modelação das restantes ações, e uma última ação que visava a implementação do plano através de um instrumento multilateral (ação 15). A este plano viria a suceder o comumente designado plano BEPS 2.0, assente numa solução de dois pilares que viria a ser aprovada por 137 jurisdições com vista a “enfrentar os desafios fiscais da digitalização da economia” e que prevê a alocação parcial dos direitos de tributação às “jurisdições de mercado” (Pilar um) e o estabelecimento de um nível mínimo global de tributação efetiva não inferior a 15% (Pilar dois). A UE vem seguindo de perto estas ações, tendo desenvolvido o seu próprio plano de ação, em 2015, visando assegurar uma tributação justa tendo em conta o local em que os lucros são gerados, um aumento da transparência e uma maior coordenação entre os Estados membros. As práticas de planejamento fiscal agressivo estiveram na origem da adoção da “Anti Tax Avoidance Directive”, a Diretiva 2016/1164, de 12 de junho de 2016, que estabeleceu regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno, com particular destaque para o estabelecimento de uma cláusula geral antiabuso e para o estabelecimento de regras anti-elisivas relativamente a sociedades estrangeiras controladas e aos instrumentos e entidades híbridas. Mais recentemente, apresentada pela Comissão uma proposta de diretiva relativa à fixação de um nível mínimo mundial de tributação para os grupos multinacionais na União, visando implementar, neste espaço e com as adaptações impostas pelo mercado interno, as regras desenvolvidas no âmbito do Pilar dois do plano BEPS 2.0.

²⁰ Muitos Autores têm sustentado a existência de uma alteração de paradigma na tributação internacional na sequência do plano BEPS 2.0 – *v.* Carlo GARBARINO, “A critical evaluation of the international impact of the minimum tax”, *Internacional Tax Studies* 6 (2022) 15-16; e Maarten de WILDE, “Towards a ‘2020s Compromise’ in international taxation: Reflections on an Emerging new tax paradigm”, *Bulletin for International Taxation* 76/4, 207-215. Reuven AVI-YONAH, “The International tax regime at 100: Reflections on the OECD’s BEPS Project”, *Bulletin for International Taxation*, November/December, 2021, 522-526, considera, porém, que as medidas agora em discussão constituem uma evolução e não uma revolução do sistema fiscal internacional por terem simetria com propostas e princípios já conhecidos no âmbito fiscal.

ra que possibilite o planeamento fiscal, acaba por associar à “creative compliance” riscos acrescidos e uma incerteza sobre se a admissibilidade de tal atuação sobreviverá a uma potencial disputa com a administração²¹, tornando essencial uma adequada gestão do risco fiscal do ponto de vista da “corporate governance”²².

4. “Beyond compliance”

Na sequência do exposto no ponto anterior, cumpre observar que as questões de “tax compliance” passaram a ter uma importância para as empresas que vai para além da perceção do imposto como um custo. Com efeito, a matéria da “tax compliance” é hodiernamente abordada em paralelo relacional com a temática da responsabilidade social das empresas e dos cânones ESG (“Environmental, Social and Governance”), levando a que as estratégias e políticas fiscais das empresas passem a ser compreendidas como um dos fatores relacionados com o cumprimento dos objetivos de desenvolvimento sustentável vertidos na Agenda 2030 das Nações Unidas²³.

²¹ V. Reuven S. AVI-YONAH, “Corporate taxation”, 1.

²² Sobre a importância da “corporate governance” na fiscalidade atual pós-BEPS, v. J.M. CALDERÓN CARRERO, “Corporate Governance 2.0”, 110-122.

²³ Wolfgang SCHÖN, “Tax and Corporate Governance: A legal approach”, in IDEM, ed., *Tax and Corporate Governance*, 35, menciona que a chamada à colação do conceito da responsabilidade social das empresas como instrumento para reduzir as práticas de planeamento fiscal agressivo é recente. Não obstante, é manifesto que, hodiernamente, vem-se entendendo que a matéria fiscal constitui um elemento essencial daquela responsabilidade, como expressamente se assume no *Working paper “Corporate Social Responsibility and tax”*, da “Comissão Plataforma para a boa governação fiscal”, de 10 de março de 2021, disponível em <https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2021-03/210310_platform_meeting_-_csr_taxation_paper.pdf> (acesso: fevereiro 2022). Mais impressivamente, o relatório da primeira conferência da *Platform for Collaboration on Tax*, realizada em 2018, sob o tema “Taxation & SDGs” (disponível em <<https://www.oecd.org/tax/tax-global/first-global-conference-of-the-platform-for-collaboration-on-tax-february-2018.pdf>>) evidencia claramente a relação entre os impostos e os “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável”. Cf., também, sobre a relação entre impostos e a responsabilidade social das empresas, Alfio VALSECCHI, “What corporate tax policy has to do with sustainability”, 113-137; Reuven S. AVI-YONAH, “Corporate taxation”, 1-29; Judith FREDMAN, “Defining taxpayer responsibility”, 332-357.

Definindo-se a “Corporate Social Responsibility” como a responsabilidade das empresas pelo impacto que causam na sociedade²⁴, emerge daí a necessidade de se ter em consideração, para além da solipsista perspectiva do “shareholder”, o interesse de uma vasta comunidade de “stakeholders”²⁵, cada vez mais consciente quanto à “forma como conduzem os negócios” e preocupada com os impactos ambientais e sociais decorrentes da atividade das empresas, motivando exigências acrescidas de reporte de informação e transparência. Neste cenário, afirma-se que as estratégias fiscais “têm um papel fundamental na mensuração do impacto social das empresas: uma vez que o pagamento dos impostos constitui uma forma indireta, mas concreta, através da qual as empresas contribuem para a prosperidade das sociedades, uma política fiscal ‘injusta’ – ainda que formalmente de acordo com a lei – será vista pelos ‘stakeholders’ como subversiva do propósito global de sustentabilidade”, comprometendo a realização dos objetivos de desenvolvimento sustentável²⁶.

Na arena global, as empresas estão cada vez mais sujeitas ao “reputational risk”, o que introduz um novo fator de ponderação na definição das suas políticas fiscais. O repto da transparência e a pressão da “comunidade solidária dos contribuintes”, coloca a adoção de estratégias de “aggressive tax planning” sob um escrutínio sem precedentes, que tem reflexos na reputação do nome ou da marca, e, em última análise, no valor das respetivas participações sociais²⁷. Consequentemente, a ideia de maximização dos resultados fiscais no interesse dos acionistas tende atualmente para uma ponderação com a “social responsibility”,

²⁴ Reuven S. AVI-YONAH, “Corporate Social Responsibility and Strategic Tax Behavior”, in Wolfgang SCHÖN, ed., *Tax and Corporate Governance*, 183; e *Working paper “Corporate Social Responsibility and tax”*, da “Comissão Plataforma para a boa governação fiscal”, de 10 de março de 2021, mencionado na nota anterior.

²⁵ Cf. OECD, *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, Paris: OECD Publishing, 2015, 34-36.

²⁶ Alfio VALSECCHI, “What corporate tax policy has to do with sustainability”, 116.

²⁷ Michelle HANLON / Joel SLEMROD, “What does tax aggressiveness signal? Evidence from stock price reactions to news about tax shelter involvement”, *Journal of Public Economics* 93 (2009) 126-141, apresentaram evidências dessa realidade, particularmente nas empresas que estão mais expostas à reação e boicote por parte dos consumidores.

implicando que as expectativas comunitárias sejam refletidas como parâmetro de análise²⁸.

A “good tax governance” das empresas requer, conseqüentemente, que sejam identificadas as estratégias e os riscos e que os procedimentos de decisão sejam assumidos pelas respetivas administrações: “a razoabilidade da planificação fiscal agressiva e da minimização do imposto pode ser reapreciada através da lente da responsabilidade social corporativa e as empresas que não pagam a sua “fair share of taxes” arriscam a hostilidade do público e um dano reputacional grave”, mesmo quando tal atuação possa ter-se por imperscrutável sob a ótica de uma legalidade estrita²⁹. *Mutatis mutandis*, também por parte dos investi-

²⁸ Neste contexto, a inclusão dos interesses dos “stakeholders” na política fiscal da empresa não se opõe à perspectiva do “shareholder”, mas constitui uma forma de exponenciar um crédito reputacional que assegura a longo prazo o lucro empresarial, como refere Wolfgang SCHÖN, “Tax and Corporate Governance: A legal approach”, 36. J.M. CALDERÓN CARRERO, “Corporate Governance 2.0: The role of tax control frameworks following the OECD/G20 base erosion and profit shifting project”, *Bulletin for International Taxation* 74/3 (2020) 111, menciona a existência de “um novo clima fiscal” que afecta a perceção sobre os impostos pagos por uma empresa, considerando compatível a maximização do lucro com a responsabilidade daquela perante os seus *stakeholders* e a comunidade em geral. Nesta base, o pagamento do imposto aparece evidenciado como uma contribuição da empresa para o desenvolvimento da sociedade e para a realização de atividades em benefício dos seus cidadãos. Segundo o Autor, esta posição não implica o abandono de um planeamento fiscal legítimo e de acordo com a lei, mas sim o abandono de práticas agressivas de minimização fiscal e de uma estratégia de cumprimento fiscal orientada para esse objetivo.

²⁹ V., nesse sentido, as conclusões de Catriona LAVERMICOCCA, “Managing tax risk and compliance”, *The Tax Specialist* 13/2, 67 e ss., referindo que a identificação dos riscos fiscais de uma empresa decorre dos princípios da “good governance” e reflete, nessa ótica uma mudança de atitude e de cultura ao nível da gestão das empresas. Os aspetos reputacionais foram, também, analisados por Catriona LAVERMICOCCA / Jenny BUCHAN, “Role of reputational risk in tax decision making by large companies”, *Journal of Tax Research* 13/1, 5-50, que retoma as conclusões anteriores, desenvolvendo, em maior medida, a questão do risco reputacional como elemento sinalagmático do risco fiscal, referindo-se a “existência de uma tendência para um maior conservadorismo na estratégia de planeamento fiscal internacional das empresas. Verifica-se uma alteração na perceção relativa às matérias reputacionais que está a começar a afetar o modo como as empresas encaram as questões de planeamento fiscal” [p. 6]. Face à perceção da “responsabilidade social das empresas”, começa, também, a ser apreciada a propriedade ou a agressividade das estratégias de planeamento e minimização fiscal, existindo o risco real de as empresas que não pagam a sua “fair share of taxes” enfrentarem a hostilidade do público e de sofrer graves danos reputacionais, mencionando

dores, uma política de planejamento fiscal agressivo pode representar um acréscimo de incerteza que compromete a sua confiança, passível de gerar um “cash flow risk” na esfera da empresa³⁰.

Questão mais controversa será a de saber o que constitui a “fair share of taxes” ou o “right amount of tax” que deva ser suportado por uma determinada empresa. Com efeito, trata-se de um problema que, tal como surge equacionado, tende a ultrapassar as fronteiras do jurídico, para se fundir com considerações de ordem ética ou moral que também perpassam a lógica da responsabilidade *social* das empresas³¹. Num quadro estritamente jurídico, o valor do imposto a pagar é o resultado da aplicação da lei fiscal, pelo que a determinação a obrigação fiscal que o ordenamento faz recair sobre as empresas é efetuada *de acordo* com lei e, na determinação desse valor, podem influir decisões de planejamento fiscal. O discurso da “fair share” vai para além

as Autoras, como exemplo, caso *Starbucks* ocorrido no Reino Unido, em 2012, com grandes protestos públicos face ao anúncio de que a empresa não havia pago os impostos devidos. Na sequência disso, e em face da proporção que o problema assumiu na reputação da *Starbucks*, a empresa anunciou que, independentemente do lucro, pagaria em 2013 e 2014 vinte milhões de libras de forma voluntária. Cf., ainda, Hans GRIBNAU, “Soft law and taxation”, 320, que cita a seguinte conclusão de um estudo da KPMG: “governance, corporate social responsibility and ethics mean that even legal tax-minimization activity can generate reputational liabilities that can destroy shareholder value”.

³⁰ Jacob FONSECA, “The rise of ESG investing”, 18, menciona que as agências de *rating* e os investidores institucionais têm em conta as estratégias de planejamento fiscal como elemento crucial da sua análise de ESG, devendo ser repensadas tais políticas em face da crescente importância do conceito de “investimento sustentável”.

³¹ Cf. Pasquale PISTONE, “The long march of international taxation towards a global tax legal order”, *World Tax Journal* 5/3, 304. J. L. M. GRIBNAU / A.-G. JALLAI, “Good tax governance and transparency – A matter of ethical motivation”, *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series* 06/2016 (2016) 1-16, sustentam que a ética e a moral têm um papel fundamental na determinação dos riscos associados ao aproveitamento das vantagens do planejamento fiscal. Também mencionando essa dimensão, Reuven S. AVI-YONAH, “Corporate taxation”, 29. Peter ESSERS, “International tax justice between Machiavelli and Habermas”, *Bulletin for International Taxation* 68/2, 56, refere que o conceito ético e filosófico de “fair share” é juridicamente imprestável. Sobre a influência da *corporate social responsibility* e os argumentos de “moral” no cumprimento das obrigações tributárias, v. Judith FREEDMAN, “Defining taxpayer responsibility”, 332-357. Em sentido crítico quanto à possibilidade de “injustiça” oposta por sobretributação, v. Hans van DEN HURK, “Tax planning”, 122-128; e Kalmen Hyman DATT, “Paying a fair share of tax and aggressive tax planning”, 410-432.

dessa obrigação, implicando um “self-restraint” quanto à adoção de estratégias fiscais exploratórias de vantagens fiscais não queridas ou intencionalmente previstas pelo legislador, resultando daí um apelo a um planeamento fiscal mais modelado por uma responsabilidade ética do que propriamente pelos cânones jurídicos, o que acarreta um juízo não inteiramente jurídico das empresas sobre a carga fiscal que estão dispostas a assumir através da renúncia a esquemas de “creative compliance”³².

A importância da transparência sobre as políticas e estratégias fiscais das empresas na relação com os “stakeholders” veio ampliar as exigências de divulgação e de reporte, para além de uma visão formalista de cumprimento das obrigações declarativas perante a administração fiscal³³.

Destaca-se, neste domínio, o padrão de reporte em matéria fiscal desenvolvido pela *Global Reporting Initiative*, a GRI 207, como parte do conjunto de normas a ser utilizado no relato dos impactos das organizações na economia, no meio ambiente e na sociedade. A relevância desse relato é justificada pelo entendimento de que “a abordagem fiscal de uma organização define a forma como se equilibra o cumprimento das obrigações fiscais com o negócio e com as expectativas éticas, sociais e relacionadas com o desenvolvimento sustentável”³⁴, pelo que a norma permite trazer publicidade e comparabilidade sobre as práticas fiscais das empresas em domínios como a sua abordagem aos riscos fiscais e a gestão dos mesmos³⁵, a divulgação da carga fiscal, país a país, associada às jurisdições onde é desenvolvida

³² Em sentido crítico, *v.* Hans van DEN HURK, “Tax planning, Ethics and our new world”, 122-128; e Kalmen Hyman DATT, “Paying a fair share of tax and aggressive tax planning”, 410-432.

³³ Alfio VALSECCHI, “What corporate tax policy has to do with sustainability”, 122, refere que a informação fiscal exigida por lei não dá informação suficiente para avaliar o impacto social das políticas fiscais das empresas e para as encorajar a ir para além de cumprir as regras.

³⁴ GRI 207: TAX 2019, disponível em <<https://www.globalreporting.org/standards/media/2482/gri-207-tax-2019.pdf>>, p. 6 (acesso: fevereiro 2021).

³⁵ A GRI 207: TAX 2019, p. 7, define como riscos fiscais os que estão “associados às práticas tributárias da organização que possam produzir um efeito negativo nos seus objetivos ou causar danos financeiros ou reputacionais. Incluem riscos de conformidade ou riscos relacionados com posições tributárias incertas, mudanças na legislação ou uma perceção de práticas fiscais agressivas.

a atividade da empresa³⁶ ou a forma como se relaciona com os “stakeholders”³⁷.

A mesma teleologia imanente a tal relato da informação fiscal foi projetada na Diretiva da UE 2021/2101, de 24 de novembro, que disciplinou a divulgação de informações relativas ao imposto sobre o rendimento numa lógica “país a país”. Este instrumento é apresentado “enquanto uma ferramenta para o aumento da transparência das empresas e o reforço do escrutínio público (...) dos impostos sobre o rendimento das pessoas coletivas que exercem atividades na União, a fim de continuar a fomentar a transparência e a responsabilidade das empresas, contribuindo assim para o bem-estar das nossas sociedades”. Nessa medida, a informação obrigatoriamente divulgada permitirá perscrutar o “nível de cumprimento das obrigações fiscais por parte de determinadas empresas multinacionais com atividade na União e o impacto que o cumprimento das obrigações fiscais tem na economia real”, servindo “o interesse económico geral (...) para a proteção dos investidores, credores e outros terceiros em geral, e contribuindo assim para reconquistar a confiança dos cidadãos da União na equidade dos sistemas fiscais nacionais”³⁸.

Também nesta iniciativa se apelou à responsabilidade social das empresas como parâmetro de boa governação fiscal, constituindo um forte incentivo para mitigar ou reduzir as práticas de “tax avoidance” que levam à erosão das bases tributárias e permitem a transferência

³⁶ GRI 207: TAX 2019, p. 10-13. Entre outras informações a relatar, incluem-se aqui as receitas provenientes de vendas, as provenientes de transações intragrupo com outras jurisdições fiscais, o valor dos lucros antes do pagamento de impostos, os bens tangíveis que não sejam caixa ou equivalentes, o valor do imposto sobre o rendimento pago em regime de caixa, o imposto de rendimento que incide sobre os lucros e uma explicitação dos motivos para a existência de diferença entre o imposto sobre o rendimento incidente sobre o lucro e o imposto devido se sua taxa for aplicada aos lucros antes do pagamento de impostos.

³⁷ GRI 207: TAX 2019, p. 8.

³⁸ Diretiva (EU) 2021/2101 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2021, que altera a Diretiva 2013/34/EU no que respeita à divulgação de informações relativas ao imposto sobre o rendimento por determinadas empresas e sucursais, publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 1 de dezembro de 2021. Sobre a Diretiva, *v. Susanne VERLOOVE / Peter HOVING / Roberto AVILES GUTIERREZ, “EU public country-by-country reporting”, *International Transfer Pricing Journal* 29/3 (2022) 153-160; e Patrick VELTE, “The new european public country-by-country reporting requirement”, *European Taxation* (Abril, 2022) 168-172.*

de lucros para países de baixa ou nula tributação. Trata-se, em suma, de um exemplo de uma “nudging strategy” que pretende conduzir as empresas a um planeamento fiscal *sustentável*, reftreando a mobilização de estratégias eticamente discutíveis, ainda que, *prima facie*, juridicamente admissíveis³⁹.

5. “Co-operative compliance”

A reflexão sobre a “tax compliance” levou também a que se reconfigurassem as relações entre a administração e os contribuintes e os instrumentos e pautas de atuação que as modelavam.

Essa reconfiguração foi alavancada na consideração de inúmeros estudos produzidos pelas ciências sociais e económicas que se debruçaram sobre as questões do cumprimento das obrigações fiscais, apontando falhas estruturais ao paradigma de “rational choice” de Allingham e Sandmo⁴⁰. De facto, no plano de atuação das administrações tributárias, constatou-se que a “deterrence approach” não teve qualquer efeito nos esquemas de planeamento fiscal por parte das multinacionais e que a abordagem tradicional de “command and control”, pressuposta pela “rational choice”, de cunho essencialmente repressivo, fomentava uma relação de “cops and robbers”, um jogo de “catch me if you can” e uma “adversarial approach”⁴¹ que comprometia o cumprimento

³⁹ Nesse sentido, Patrick VELTE, “The new European public country-by-country reporting requirement”, *European Taxation*, Abril, 2022, 171, refere: “(...) the focus of public CbC reporting is more related to unethical, but legal, tax planning. In line with the current European discussions on sustainable corporate governance regulations (...) public CbC reporting should reduce the range of unethical tax practices and thus the flexibility of tax management”. Cf., também, Hans GRIBNAU, “Soft law and taxation”, 320.

⁴⁰ Nas últimas décadas, como referem Joel Slemrod e Caroline Weber, assistiu-se a uma verdadeira “explosão” desses estudos a propósito das determinantes do (in) cumprimento das obrigações fiscais – v. Joel SLEMROD / Caroline WEBER, “Evidence of the invisible: Toward a credibility revolution in the empirical analysis of tax evasion and the informal economy”, *International Tax and Public Finance* 19 (2012) 26. Tais estudos tiveram uma ampla ressonância nos trabalhos da OCDE e em diversas administrações fiscais que se adaptaram aos resultados evidenciados.

⁴¹ Hans GRIBNAU, “Soft law and taxation”, 316 e ss., refere que os resultados dessa abordagem desencadearam a necessidade de adoção de um novo método de governança distinto do habitual “control-and-punishment”, tendo as autoridades fiscais tomado consciência da importância que um “fair treatment of taxpayers” teria sobre

voluntário das obrigações fiscais e exponenciava a lógica de minimização da carga fiscal.

Nessa ótica, o desenvolvimento de “estratégias de cumprimento” mais sofisticadas, em que a própria administração assume um “papel mais proactivo na construção de uma cultura de cumprimento voluntário dos impostos”, tornou evidente que “o estereótipo do ‘taxman’ a cobrar impostos através de um processo de deteção do incumprimento e de imposição de penalidades”, não só oferecia uma “visão demasiado simplista da realidade das modernas administrações fiscais”, como ignorava a “ideia essencial de que a atuação dos contribuintes está fortemente relacionada com a atuação da autoridade perante eles” e que “a resposta comunitária ao sistema fiscal e às autoridades fiscais é multi-dimensional, permutável, e tem tanto a ver com relações sociais, como com aspetos técnicos ou administrativos”⁴².

essas práticas. Também John BRAITHWAITE, *Markets in vice, markets in virtue*, Oxford, 2005, 17, reconhece o fracasso da abordagem tradicional relativamente ao fenómeno mencionado, considerando que a abordagem tradicional de “command and control” não produziu outro resultado para além do “jogo do gato e do rato” se ter tornado uma técnica legislativa tão recorrente como inconsequente.

⁴² V. Valeria BRAITHWAITE, “Dancing with tax authorities”, 15-39. Natalie TAYLOR, *Understanding taxpayer attitudes through understanding taxpayer identities*, Canberra, 2002, 71 e ss., refere que “a compreensão dos processos de identidade social é fundamental para perceber quais os fatores que motivam o comportamento numas situações e não em outras; tratar os contribuintes como meros agentes racionais, egoístas e atores maximizadores de utilidades em todas as situações limita a capacidade ao nível da compreensão dos processos determinantes do cumprimento fiscal”. Com efeito, no seu entendimento, o papel das autoridades é assaz importante no que respeita às atitudes fiscais. “Quanto menos representativas forem as autoridades fiscais, mais resistentes serão os contribuintes e mais negativa a sua postura quanto ao pagamento dos impostos. Isto porque essas autoridades são entendidas como ilegítimas porque não nos representam de forma apropriada. Decisões tomadas por uma autoridade ilegítima são vistas por inválidas, afastando a obrigação de a elas obedecer”. Logo, “se há fatores, para além do interesse egoísta que determinam o comportamento fiscal, então, a mera vigilância e a coação são provavelmente ineficazes pela simples razão de que os seus pressupostos são questionáveis”. De forma a promover o cumprimento voluntário com as leis fiscais, é, assim, “absolutamente necessário que as autoridades fiscais sejam vistas como representativas dos contribuintes através da assunção de valores e princípios de atuação justa, neutral e imparcial. Administrações autoritárias afetam as atitudes relacionadas com o cumprimento das obrigações”.

Duncan BENTLEY, “Definition and developments”, in IDEM, ed., *Taxpayers’ Rights: An International Perspective*, Adelaide, 1998, 11, refere que a relação entre a administração e os contribuintes deve afastar-se das “traditional strong-arm tactics”. A advertência do mesmo Autor – segundo a qual que “if tax authorities expect

Consequentemente, evidenciada a necessidade de revisão dos pressupostos axiomáticos que haviam modelado o secular paradigma autoritário de intervenção da administração fiscal, assistiu-se, a partir de finais do século passado, a uma profunda revisão nesse *modus agendi*, no sentido de transformação das tradicionalmente antagónicas relações entre fisco e contribuintes em autênticas relações de envolvimento e de co-operação, fenómeno que foi apelidado de “emerging ‘Copernican Revolution’ of tax administration” (Stuart Hamilton), “new era of tax enforcement” (Sagit Leviner), ou de “new approach to tax compliance” (Valerie Braithwaite)⁴³.

É nesse contexto que nasce o propósito de construção de uma “enhanced relationship” entre os contribuintes e a administração⁴⁴,

taxpayers to comply voluntarily and self-assess effectively, they have to engage with taxpayers in ways that were unheard of even a decade ago” – reflete essa realidade e explica que as autoridades fiscais tenham tomado consciência da necessidade de um “fair treatment” perante os contribuintes, considerando-os como *parceiros* ou inclusivamente como *clientes*. Como observado por Bentley, “[a] service culture was introduced into tax administration not because the revenue authorities necessarily suddenly felt like being nice to taxpayers. It was a product of an understanding that if the revenue authority makes it simple to pay tax and pleasant to deal with revenue officers, it is much easier to collect the taxes which are due” – *v.* Duncan BENTLEY, “The rise of ‘soft law’ in tax administration – Good news for taxpayers?”, *Asia-Pacific Tax Bulletin* 14/1 (2008) 34-38.

⁴³ Cf. Sagit LEVINER, “A new era of tax enforcement”, 381; Stuart HAMILTON, “Putting the client first”, 569 e ss.; Valeria BRAITHWAITE, “A approach to tax compliance”, 1-11; Jenny JOB / Andrew STOUT / Rachel SMITH, “Culture change in three taxation administrations”, 84-101; OECD, *Building Tax Culture*, 11.

Neste ponto, é essencial referir que a reorientação administrativa, quanto ao modo de exercício dos seus poderes de autoridade, resulta de uma revisão *ad intra* dos esquemas de atuação administrativa, o que revela uma ampla recetividade das autoridades fiscais à extensa investigação académica e científica que se produziu em matéria de “tax compliance” e dos seus fatores determinantes, levando-as a assumir a tarefa da implementação de um modelo de intervenção que promova e suporte o cumprimento voluntário e cooperativo, mais do que, simplesmente, controlar e castigar os que “não cumprem”.

⁴⁴ Não foi a primeira vez que o direito fiscal se confrontou com a existência de relações especiais. Logo nos alvoro da dogmática do direito administrativo, a relação entre a administração e o contribuinte era tida como “besondere Gewaltverhältnis” (Otto Mayer) ou como uma “potenzierten Steuerpflichtverhältnisse” (Ottmar Bühler), aparecendo, essencialmente, justificada pelo *estado de necessidade* administrativo para a efetivação do seu “besondere Steuerkontrolle”. Cem anos depois, é com justificação análoga, por referência às necessidades administrativas expostas na “Seoul Declaration” de 2006, de fazer frente ao incumprimento das obrigações fiscais no contexto

que constitui a base genética e intencional do paradigma de “co-operative compliance”.

Tal relação cooperativa foi definida pela IFA como sendo uma relação institucional, baseada em intenções mutualmente expressas e não em regras detalhadas, voluntariamente aceite pelos contribuintes e pelas administrações para além das obrigações legais existentes, baseada numa mútua compreensão, respeito e verdadeira co-operação, cujo objetivo é a aplicação das leis fiscais ao contribuinte, de forma mais eficiente e atempada possível, partindo de uma comunicação recíproca sobre a informação fiscalmente relevante e as posições assumidas de modo a que seja determinado o valor correto do imposto levando em consideração, para além da letra da lei, o seu espírito e finalidade, respeitando os direitos e obrigações das partes, legalmente estabelecidos, em caso de dissidência sobre o que constitua o valor correto do imposto a pagar⁴⁵.

Em termos básicos, tal relação cooperativa corresponde, essencialmente, a um *modo de proceder*, a um *paradigma de atuação* norteados por um conjunto de valores, relativamente aos quais se firma um *compromisso* de reciprocidade com o objetivo de estabelecer e manter um clima de confiança entre administração e contribuinte. Entre as características dessa relação, salientam-se: o seu carácter voluntário; o

internacional, que a dogmática volta a confrontar-se com um “novo” conceito, *in casu*, o de “Enhanced relationship”, que recupera a necessidade de se construir uma relação especial, não já de poder, mas de cooperação. Separadas por um século, “besondere Gewaltverhältnis”, na dimensão atribuída por Mayer, e “enhanced relationship”, aqui no sentido de uma relação genericamente “trust-based”, são respostas antagónicas para um mesmo problema, aquele que, modernamente, vem sendo designado por “compliance”, e para uma causa semelhante, qual seja a de apetrechar a administração de meios de otimização funcional nos domínios onde a sua intervenção se afigura mais problemática, assegurando uma eficiente alocação dos recursos administrativos.

⁴⁵ Cf. IFA, IFA *Initiative on the enhanced relationship – Key Issues Report*, 2012, p. 18, no original: “[t]he enhanced relationship concerns a specifically defined institutional relationship, based on mutually expressed intentions and not on detailed rules, that T[ax]P[ayer]s and T[ax]A[dm]inistrations voluntarily enter into above and beyond their basic legal obligations, which relationship is based on mutual understanding, respect and true co-operation, and has as aim the administration of tax laws to the T[ax]P[ayer]s business in the most efficient and timely matter, assuming full, timely and reciprocal disclosure of relevant tax related information (including positions taken) and leading to the assessment of the correct amount of tax taking into account the spirit and the purpose of the tax law (rather than merely the letter of the law) while respecting each parties’ rights and obligations under procedural laws in case of disagreement on what constitutes the correct amount of tax”.

facto de se tratar de uma relação que não assenta em regras estritas, mas num “softer agreement”, formal ou informal, onde se concretizam as expectativas e a intenção subjacente ao desenvolvimento dessa relação; o objetivo de criação de um ambiente de *confiança*, compreensão mútua, transparência e reciprocidade; a orientação pelo trabalho em tempo real ou de forma tempestiva, em consonância com a realidade e as necessidades das transações comerciais, implicando, assim, uma postura comunicacional, ativa e transparente, como pressuposto da existência de uma certeza atempada, mesmo antes da ocorrência dos factos; o facto de a relação não deve ter qualquer interferência no montante do imposto a pagar, mas, sim, no modo ou na forma como o valor correto do imposto é apurado, ou seja, a relação cooperativa implica que não seja pago imposto a mais ou a menos do que aquele que seria apurado numa “relação básica”; a exigência de identificação e abertura na identificação e comunicação dos riscos fiscais, a partir de uma ideia de transparência, não devendo ser omitida informação com relevância fiscal; o dever de comunicação atempada pela administração da sua visão sobre as matérias fiscais, vinculando-se, legal ou informalmente, ao conteúdo das informações que presta ao contribuinte; a verificação do cumprimento focada em aspetos relacionados com o sistema de controlo interno dos riscos e revestir-se de um carácter essencialmente confirmativo relativamente às obrigações assumidas de modo a discernir se a relação de confiança pode considerar-se justificada.

Na esteira de uma conceção “together for better outcomes”, são apresentadas vantagens desse modo de proceder para as partes envolvidas no fenómeno fiscal. Quanto à administração, refere-se que esta terá acesso a informação transparente e atempada sobre as transações dos seus *parceiros*, podendo agir de forma preventiva e alocar os seus recursos de acordo com uma gestão do risco mais eficiente; os contribuintes, por sua vez, contarão com uma certeza prematura sobre as suas matérias fiscais, sobretudo, quando estejam em causa operações complexas que, potencialmente, possam dar origem a uma discrepância de opinião com o fisco, com uma redução substancial dos seus custos de cumprimento, principalmente no que se refere às inspeções “sucessivas”⁴⁶.

⁴⁶ A IFA, IFA *Initiative on the enhanced relationship*, 18-19, apresenta uma detalhada lista desses benefícios: a) resolução prematura de assuntos, incluindo tomadas de posição antes da ocorrência dos factos, o que representa, para o contribuinte, um menor risco fiscal, maior estabilidade e menos surpresas depois de encerrado o perio-

do de tributação; e, para a administração, a expectativa de uma menor evasão/evitação fiscal, um menor nível de planeamento fiscal agressivo e uma mais eficiente mobilização dos recursos administrativos; *b*) uma comunicação aberta e transparente significa um menor número e uma menor intensidade ao nível da fiscalização administrativa, com menores custos tanto para a administração como para os contribuintes; *c*) um maior conhecimento sobre os negócios das empresas e um mais elevado grau de “commercial awareness”, possibilitando uma avaliação mais eficiente e menos problemática das posições fiscais adotadas por parte da administração fiscal; *d*) um maior conhecimento das posições da administração pode determinar uma maior contenção na adoção de posições de planeamento fiscal agressivo; *e*) uma discussão aberta sobre as matérias fiscais significa um menor risco de incorreções administrativas e consequentemente a desnecessidade de litigar sobre essas matérias, o que também contribui para uma maior eficiência e certeza quanto aos assuntos em causa; *f*) as discussões sobre os impostos a pagar são mais centradas no direito do que na matéria de facto, o que pode conduzir a uma resolução mais rápida e consensual das disputas em causa; *g*) uma relação cooperativa bem sucedida resulta em menor burocracia e numa redução geral de custos, tanto para a administração, como para os contribuintes. Também em OECD, *Co-operative compliance*, 34-35, encontramos uma descrição das vantagens da relação cooperativa é apresentada perante um inquérito realizado para avaliar o *status* dessa mesma relação, discriminando-se entre as vantagens que são reconhecidas para a administração fiscal e as que ocorrem na esfera dos contribuintes. Assim, para a administração fiscal, refere-se que: *a*) “Enhanced relationship” – uma relação com as empresas fundada numa confiança justificada (“justified trust”), na compreensão mútua, na abertura e na transparência, envolve uma alteração de comportamento no que se refere à natureza e à extensão dos esquemas de planeamento/evitação realizados pelas empresas; *b*) “Understanding the business” – permite um melhor e mais fundado conhecimento do mundo da empresa por parte dos funcionários da administração, uma atitude profissional e uma abordagem de assistência, bem como a existência de atualizações periódicas quanto aos eventos mais significativos que afetam os contribuintes e a capacidade para prever com uma certeza razoável a posição de uma empresa em matéria fiscal; por fim, possibilita a existência de informação por parte dos contribuintes nos debates sobre as leis fiscais e a sua administração; *c*) “Risk management” – implica uma maior capacidade administrativa para identificar e fazer frente a eventuais riscos fiscais de forma prematura, com potencial para avaliar melhor os riscos de um grupo e de aceder, diretamente, às administrações das empresas e aos responsáveis pela gestão do risco fiscal que influenciam a tomada de decisões com impacto fiscal, possibilitando, também, uma atitude mais firme perante o incumprimento através de inspeções e de outros instrumentos coercitivos; *d*) “Certainty in advance” – a administração trabalha em tempo real, o que permite uma resolução mais rápida de problemas, evitando-se litígios desnecessários, para além do benefício decorrente da possibilidade de poder prever-se com mais certeza o rendimento fiscal; *e*) “Reduction of administrative burdens” – perante um nível mais elevado de cumprimento, a apresentação correta e pontual das declarações e com pagamentos dentro do prazo, os custos administrativos são menores e verifica-se um incremento geral dos impostos pagos atempadamente sem existência de conflito; *f*) “Improved real time information” – verifica-se um aumento do manancial de informação, em tempo

A “co-operative compliance” encontra-se construída tendo por base um conjunto de atributos implícitos quanto à atuação da administração e das empresas. No primeiro caso, refere-se que a atividade administrativa deve revelar uma compreensão fundada em conhecimentos do mundo da empresa (“commercial awareness”) ⁴⁷,

real, sobre as empresas, que pode revestir-se de grande valor para o legislador fiscal; *g*) “Better use of revenue body resources” – possibilita uma alocação mais eficiente dos escassos recursos administrativos, permitindo que estes se centrem onde existe maior risco de incumprimento; *h*) “Improved confidence” – a relação cooperativa gera maior confiança no sistema tributário e no “fair play” entre administração fiscal e empresas. Quanto aos principais benefícios que podem decorrer de uma relação cooperativa para os contribuintes, referem-se: *a*) “Enhanced relationship” – uma relação com a administração fundada na confiança justificada (“justified trust”), na compreensão mútua, na abertura e na transparência, resulta numa redução das incertezas quanto às matérias fiscais da empresa; *b*) “Reputation” – as empresas podem cumprir as expectativas do público em geral no que concerne à sua legitimidade (“legitimacy”) e justiça (“fairness”); *c*) “Risk management” – as empresas têm maior e melhor capacidade de gerir os riscos fiscais através de acordos de cumprimento cooperativo (“co-operative compliance agreements”) com a administração, porquanto podem prever, com um nível de confiança razoável, qual será a posição da administração relativamente a certas questões fiscais; por outro lado, um melhor conhecimento por parte da administração fiscal da realidade da empresa permitirá reconhecer e distinguir entre decisões comercialmente fundadas e decisões determinadas pelas questões estritamente fiscais; *d*) “Opportunity to highlight problems” – as empresas tem a oportunidade para revelar a existência de problemas relacionados com as leis fiscais ou com a sua administração; *e*) “Certainty in advance” – o trabalho em tempo real permite às empresas verem resolvidos eventuais problemas de forma rápida, reduzindo a necessidade de recorrer a uma longa troca de correspondência com a administração ou de recorrer aos tribunais, ao mesmo tempo que elimina a incerteza sobre eventuais posições fiscais, conferindo segurança à sua atuação; *f*) “Reduction of administrative burdens” – as empresas beneficiam de uma redução da pressão fiscal indireta, suportando menores custos de cumprimento, com menores inspeções uma vez que as atividades coercitivas e de fiscalização administrativa passam a estar dirigidas aos contribuintes que não estão comprometidos com o cumprimento das suas obrigações fiscais.

⁴⁷ Sob a expressão “commercial awareness” considera-se necessário que a administração consiga compreender o contexto em que operam as empresas e a realidade em que são efetuadas as suas transações comerciais. Parte dessa compreensão refere-se ao facto do “decision-making” das empresas ser também influenciado por critérios de planeamento fiscal. Porém, para que essas decisões sejam, adequadamente, compreendidas é necessário que se considerem as motivações comerciais e o “business of how to do business”. A ausência dessa percepção pode originar, segundo a OCDE, uma “falta de compreensão do contexto mais amplo que decorreu uma atividade ou transação, conduzindo a uma resposta administrativa que resulta em disputas potencialmente dispendiosas e em incerteza. Esse conhecimento do mundo empresarial desenvolve-se em três níveis: num primeiro nível, mais amplo, pretende-se que a administração com-

imparcialidade (“impartial approach”)⁴⁸, proporcionalidade (“pro-

preenda o contexto geral de atuação da empresa e a lógica económica e comercial que está subjacente ao desenvolvimento da sua atividade, o que implica um entendimento sobre o modo como a empresa opera nos mercados locais, regionais e no mercado global, sobre as dinâmicas e estratégias concorrenciais, sobre a informação financeira e contabilística, etc.; num segundo nível, trata-se de compreender as características específicas do sector em que atua uma determinada empresa e as normas, atuação de mercado, riscos comerciais, etc. relacionados com esse sector em particular; por fim, devem ser compreendidas as características únicas do concreto contribuinte, designadamente, se há variações face ao sector, quais são as regras seguidas em termos de “corporate governance” e como são tratados os procedimentos de tomada de decisão, o modo como se efetua a gestão dos riscos, como são tratados e trabalhados os aspetos fiscais, etc.. Para que este objetivo seja cumprido, recomenda-se que as administrações explorem oportunidades de trabalhar em parceria com estes contribuintes e que seja relevada o modo mais idóneo ao nível da organização administrativa e de formação do pessoal para o efeito.

⁴⁸ Relativamente a este aspeto, o “Study into the role of tax intermediaries” considera estar em causa uma dimensão que contende com a abordagem geral realizada pelas administrações fiscais na resolução dos seus procedimentos, demandando-se que as autoridades não procurem maximizar as receitas fiscais. Ao nível conceitual, o critério da imparcialidade exige que a administração revele uma postura institucional onde as controvérsias com os contribuintes sejam resolvidas, apenas, com base nas circunstâncias do caso e a partir de uma interpretação razoável comportada pelo preceito legal ou normativo comporta, e não daquela que corresponda à pretensão administrativa quanto ao sentido desejado da norma. O facto de as administrações fiscais se encontrarem numa posição em que podem exercer os seus poderes de autoridade, unilateralmente, exige, de forma particular, um grau de imparcialidade e distanciamento na análise dos problemas, sob pena de se poder perencionar, através de uma atuação administrativa desprovida de um adequado suporte legal e com fraca correspondência à materialidade dos factos, um caso de “abuso de poder”, corrosivo do esquema relacional que se pretende alcançar e desenvolver. A teleologia subjacente à “impartial approach” é claramente compreensível. Não apenas pela dimensão de intrínseca confiança que se gera em face da *postura motivacional* que transparece da atuação administrativa, mas, também, por aí residir a base para a adoção de decisões participadas, cooperativas e consensualmente aceites: “[t]he development of a detached, objective approach to revenue enforcement should bring consensus rather than conflict to the forefront as the principal basis for the resolution of issues” De acordo com o “Working paper” dedicado à “Enhanced relationship”, uma atuação imparcial “envolve a cultura, a atitude e a mentalidade que as administrações exibem na resolução dos seus casos”, não sendo algo que tenha a ver com os maiores ou menores poderes atribuídos à administração, mas que está, sobretudo, relacionado com a forma como esses poderes são, concretamente, exercidos, o que pode ser visto como uma “radical transformational change” quanto à forma de atuação administrativa tradicional. Considera-se que esta é uma dimensão essencial para o funcionamento da relação cooperativa, porquanto, se a administração adotar uma postura procedimental com o objetivo de maximizar o imposto, não existirá base relacional e de confiança para

portionality”)⁴⁹, abertura e transparência (“openness”)⁵⁰ e responsividade (“responsiveness”)⁵¹; do lado contribuinte, a manutenção desta relação exige o respeito pelos princípios de “corporate governance” e a existência de um “tax control framework” que ateste a existência de um controlo interno da administração das empresas relativamente aos seus

que o contribuinte revele as posições fiscais em que reconhece existir alguma dúvida. Como tal, exige-se que uma atuação objetiva, consistente, neutral e justa por parte da administração. Sobre as dimensões relevantes para efeitos de garantia de uma atuação imparcial da administração, evidenciando a transformação radical que esses fatores podem determinar no *modus agendi* administrativo, v. OCDE, OECD *Intermediaries study – Working paper 6 – The Enhanced relationship, Appendix One*, 18-25; e OCDE, *Study into the role of tax intermediaries*, 34.

⁴⁹ O princípio da proporcionalidade cumpre aqui uma dupla função, constituindo, por um lado, um mecanismo de controlo do poder e, por outro, um instrumento de racionalização eficiente dos recursos administrativos. Independentemente desta observação, verifica-se que a lógica que se encontra subjacente à explicitação da *proporcionalidade* prende-se mais com uma ideia de *razoabilidade* do que com as dimensões em que o discurso jurídico decompõe o princípio: *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*. Na parte respeitante à atuação administrativa, parte-se do princípio de que uma verificação intensiva de todos os elementos relativos a um concreto contribuinte constitui uma impossibilidade, pelo que a administração deve centrar-se nos aspetos mais expressivos do resultado fiscal apresentado pelo sujeito passivo. Do lado do contribuinte, uma atuação administrativa *razoável* implica uma redução dos custos de cumprimento, evitando-se, do mesmo passo, uma perceção da administração centrada no erro e que dá importância a matérias pouco expressivas de acordo com a lógica da maior arrecadação de receita possível.

⁵⁰ Tal como os demais atributos referidos, a exigência de abertura e transparência, em geral, é um requisito fundamental para a obtenção de um grau de confiança no relacionamento que se estabelece no quadro de uma relação “institucional”. Sem a existência de abertura para a discussão transparente dos problemas encerra-se um circuito que permite o fluir da informação, comprometendo as decisões tanto da administração, como dos particulares.

⁵¹ Com a referência a esta dimensão reconhece-se que, nas sociedades atuais, o tempo de agir – e de agir corretamente – é sempre curto, quando não instantâneo, entrando em choque com o tempo de reação que, no referido “modelo clássico” de administração, permite que a incerteza se arraste indefinidamente e chegue sempre tarde perante as decisões de planeamento estratégico e financeiro que as empresas não podem deixar de desenvolver. Nessa base, para além da dimensão da certeza, afirma-se também a dimensão temporal em que essa certeza se produz. Os contribuintes “devem esperar respostas prontas, eficientes e profissionais” quando abordam a administração” e “podem igualmente esperar um procedimento eficiente e justo (“fair”) relativamente às decisões administrativas”, alargado pela possibilidade de se discutirem previamente as questões controvertidas de modo definitivo, evitando a litigância e a incerteza que lhe é inerente.

assuntos fiscais (“tax in the boardroom”), incluindo a detecção de riscos e oportunidades em matérias fiscais.

A vinculação recíproca na adoção de um comportamento transparente, de mútua confiança, faz apelo a uma normatividade social que vai para além dos deveres jurídicos legalmente impostos⁵², assistindo-se a uma reconfiguração da matéria da “tax compliance”, que constitui um reflexo da transposição para o direito fiscal de um modelo de *governança* que assenta na cooperação entre atores públicos e privados, através de um esquema de relações em rede que explora novas formas de interferência horizontal “im Schatten der Hierarchie des Staates”⁵³.

⁵² Hans GRIBNAU, “Cooperative compliance: some procedural tax law issues”, in Ronald RUSSO, ed., *Tax Assurance*, Deventer, 2015, 184, a “horizontal monitoring” holandesa considera existir uma “des-juridificação” da relação uma vez que esta é mais determinada pelas normas e padrões sociais do que pelas normas legais.

⁵³ Cf. Hugo VOLLEBREGT, “From red tape to red carpet: How the Netherlands has changed the traditional dispute landscape for tax issues”, *International Transfer Pricing Journal* 16/3, 165. Não subsiste qualquer dúvida de que os ventos da *governance* têm soprado nos terrenos do direito fiscal e que “the importance of governance is critical to effective tax administration”, como referem Clinton ALLEY / Duncan BENTLEY, “The increasing imperative of cross-disciplinary research in tax administration”, *eJournal of Tax Research* 6/2, 122 e ss., especialmente 138. Para além dessa referência, as menções à *governance* podem ainda ser ilustradas pela reflexão de Ehrke-RABEL / GUNACKER-SLAWITSCH, “Governance im Steuerrecht”, *Steuer- und Wirtschaftskartei* 23-24 (2014) 1054 e ss., e “Die Bedeutung von Governance für das Steuerrecht”, *Austrian Law Journal* 1 (2014) 99 e ss. –, que apresentam a *governance* “als Anstoß, „neu zu denken“, e, de forma particularmente impressiva, Hans GRIBNAU, “Soft law and taxation”, 292 e ss. –, onde, apesar do carácter assimétrico, se refletem as recentes orientações do relacionamento entre a administração fiscal e os contribuintes de acordo com um modelo de boa governança. Duncan BENTLEY, “The rise of “soft law” in tax administration – Good news for taxpayers?”, 35-36, considera transponíveis para a administração tributária os seis princípios básicos estabelecidos no Reino Unido como “The good governance standard for public services”, quais sejam: (1) good governance means focusing on the organization’s purpose and on outcomes for citizens and service users; (2) good governance means performing effectively in clearly defined function and roles; good governance means promoting values for the whole organization and demonstrating values of good governance through behavior; (4) good governance means taking informed, transparent decisions and managing risk; (5) good governance means developing the capacity and the capability of the government body to be effective; (6) good governance means engaging stakeholders and making accountability real”. Note-se que também no direito fiscal o conceito de *governance* vai relacionado com o princípio de boa administração, como se explicita no estudo de Ana María JUAN LOZANO / Consuelo FUSTER ASENCIO, “Buena administración tributaria y seguridad jurídica: Cumplimiento tributario y aplicación del sistema como factores de competitividad y legitimidad”, *Documentos – Instituto de*

6. *Compliance* e Direito Fiscal

Na sequência das observações anteriores, torna-se patente a pertinência de uma reflexão sobre a adequação de um direito fiscal para lidar com os problemas de *compliance* que ultrapassam a dimensão de tutela de direitos individuais, mas requerem uma escolha otimizadora entre várias possibilidades de opção, a superação de conflitos através do consenso e da cooperação ou a estruturação de redes de comunicação e partilha da informação. Em sentido paralelo às propostas da *neue Verwaltungsrechtswissenschaft* alemã⁵⁴, também o papel do direito

Estudios Fiscales 5 (2016) 7 e ss., onde se reconhece a existência de uma “tendência consolidada, enquadrada nos novos paradigmas de administração pública e boa administração, em que a atuação dos particulares e das administrações públicas superam os anteriores esquemas de antagonismo entre os interesses privados e os interesses públicos, para os integrar como um fim comum” [p. 28], num esforço para racionalizar estruturas, procedimentos e recursos como elementos de correção de “disfunciones, ineficacias o ineficiências detectadas” [p. 7]. Nessa tendência vislumbra-se o esforço de construção da referida *infraestrutura intencional*, como *punctum crucis* do edifício da administração fiscal e da sua relação com os contribuintes.

⁵⁴ Salientando alguns dos pontos cardeais que a “*neue Verwaltungsrechtswissenschaft*” aportou ao universo jurídico, enquanto ciência, não exclusivamente, preocupada com o “método jurídico tradicional” de interpretação de textos normativos, mas, sobretudo, como ciência de *pilotagem*, importa sobretudo referir a indefetível ampliação e transformação das coordenadas *intencionais*, *funcionais*, *instrumentais* e *axiológicas* associadas ao direito administrativo, que W. Hoffmann-Riem sintetizou através de uma fórmula “de – a”, nos termos seguintes: a) “De uma perspectiva do controlo judicial a uma perspectiva da ação”, pugnando o Autor pelo abandono da ideia de que “o direito não é mais do que uma técnica de controlo judicial, para reforçar a dimensão da ação administrativa”; b) “Do ênfase na vinculatoriedade do direito entendido como um sistema que tem por objeto estabelecer e impor limites e proibições, à incorporação de *novos cânones* ou parâmetros juridicamente reconhecidos aos quais se deva sujeitar a ação administrativa”; c) “De uma compreensão da ciência do direito cujo objeto consiste na interpretação de textos jurídicos, a uma ciência que ofereça *soluções* e critérios para a adoção de decisões e à eleição de ações a realizar”; d) “Do acento no ato jurídico final à perspectiva do procedimento *como foro de busca* da melhor solução; à ótica de uma administração mais preocupada em encontrar uma resposta eficaz e com maior capacidade resolutiva perante os problemas”; e) “Do entendimento da lei como limite da ação administrativa, a uma mais ampla conceção da lei como instrumento e garante de uma maior qualidade normativa”; f) “De uma perspectiva descritiva da administração, ao ênfase na *produção* ou desenvolvimento”; g) “De um conceito de legitimação democrática centrado na legalidade, à consideração de uma *pluralidade* de estruturas normativas de legitimação”; h) “Da realização de funções e competências a partir de estruturas hierárquicas, a outras formas de organização e funcionamento *descentralizados* e mais ou menos autónomo e ao estabelecimento de

e da ciência jurídica fiscal não pode quedar-se por um controlo negativo do exercício do poder (um direito do “semáforo encarnado” e dos “sinais de proibição”), devendo, enquanto instrumento de *Steuerung*, “fornecer os meios, os instrumentos e as pautas que permitam uma efetiva implementação dos princípios legais e normas, usando recursos economicamente e adotando decisões que gerem aceitação por parte dos seus destinatários”⁵⁵ (um direito do “semáforo verde” e dos “sinais de orientação”). O facto de a administração ter de lidar com crescentes fluxos de informação e conhecimento e depender da cooperação voluntária dos cidadãos implica, conseqüentemente, um direito aberto à inovação, a novos cenários de tomada de decisão, a novas estratégias de regulação e governança e à consideração de um conjunto de orientações normativas que condicionam a atuação administrativa, tais como a eficiência, a participação e o consenso.

Com efeito, se o “*Arbeitsweisen*” da administração cooperativa – que Ernst-Hasso Ritter e Schmidt-Aßmann⁵⁶ caracterizam pelo facto do direito hierarquizado e vertical (“*hierarchischen Recht*”, “*top-down*”) conviver com um direito convencional ou consensual (“*vereinbarten Recht*”), os meios de execução soberanos e imperativos serem deixados na sombra de estratégias para convencer e persuadir

mecanismos de auto-regulação regulada”; *i*) “Da tónica no direito nacional, à *abertura até ao exterior*, à integração europeia no nosso caso e ao processo de globalização”. Esta síntese esquemática encontra-se em Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 2003, 93-94. Mais resumidamente, IDEM, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2.^a ed., Berlin, 2006, 18, havia salientado quatro pontos referenciais: a vinculação à lei e a legitimação do executivo não podia ser compreendida como um mero processo linear, mas como um processo complexo que produz efeitos também ao nível horizontal; a estrutura hierárquica não pode ser vista como uma entidade fechada sobre si, sendo como um complexo organizacional constituído por uma variedade estruturada de corpos e instâncias com diferentes composições; a juridicidade da ação administrativa não é apenas determinada numa perspectiva de controlo judicial, mas principalmente pela própria atuação administrativa; para além da atuação soberana, há espaço para uma atuação de acordo com o direito privado, para os acordos e para a atuação informal da administração.

⁵⁵ Nesses termos, Mathias RUFFERT, *The transformation of administrative law as a transnational methodological project*, in IDEM, ed., *The transformation of administrative law in Europe*, Munich, 2007, 11.

⁵⁶ Cf. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 175 e ss.

(“Überzeugungs- und Überredungsstrategien”), a vinculação jurídica ser complementada por vínculos de natureza normativo-social, o acordo prévio (“Vorabverständigung”) tender a prevalecer sobre o comando unilateral (“Anordnung”), e os acordos sobre normas (“Normsetzungsabsprache”) sobre o seu estabelecimento unilateral – constitui uma realidade que se encontra em contínuo processamento dogmático no âmbito do direito administrativo, não é menos verdade que “essa forma de trabalhar” vem também ganhando o seu espaço no domínio do direito fiscal, onde começa a vislumbrar-se um *new deal* na consideração das relações entre a administração tributária e os contribuintes⁵⁷, em sentido simétrico ao *renew deal* de que fala no plano do direito administrativo, ou seja, na metamorfose e superação do modelo tradicional de *command and control*, por um novo modelo de *governance* radicado numa efetiva e substancial cooperação entre atores públicos e privados⁵⁸.

É nesta perspetiva, focada na ação administrativa e que incorpora os resultados da investigação produzida no âmbito das ciências sociais, que encontramos o enquadramento jurídico adequado para compreensão nos modelos de “co-operative compliance”, desenhados como “*processo interativo*, em que participam e trabalham em rede diversos atores

⁵⁷ M. T. Soler ROCH, “Tax administration versus taxpayer – A new deal?”, *World Tax Journal* 4 (2012) 282 e ss. Importa deixar exposto que a expressão “new deal” é mobilizada pela Autora numa perspetiva literal, sem conotação, no entanto, com o movimento norte-americano tradicional. Tal é confirmado, preliminarmente, pela súmula descritiva do conteúdo do artigo – “The evolution of the relationship between the Tax administration and the tax payer. From a concept based on tax power, governed by principles and legal rules, to the enhanced relationship based on a fair-play attitude implemented by soft-law instruments” – e é reforçado pela consideração de que o conceito de “Enhanced relationship” constitui um “ponto de viragem” na evolução das relações entre a administração tributária e os contribuintes na medida em que não segue o movimento pendular que tende a oscilar entre a atribuição de poderes mais amplos à administração e a atribuição de maiores garantias aos contribuintes. Por outro lado, o conceito pressupõe uma alteração na atitude das partes, não se encontrando, diretamente, relacionado com um determinado estatuto legal, e, por fim, por se tratar de uma relação que é implementada, largamente, através de instrumentos de *soft law* e não através de alterações legislativas, devendo-se, sobretudo, às reflexões e propostas oriundas de organizações internacionais, com destaque para a OCDE.

⁵⁸ Cf. Orly LOBEL, *The Renew Deal: The fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought*, 2005.

em colaboração e interação”, a partir de estratégias de governação horizontal de “cooperação, coordenação, comunicação e consenso”.

Tem, por isso, razão Massimo Basilavecchia quando afirma que “il tributarista è chiamato a fare i conti com i progressi del diritto amministrativo”⁵⁹.

⁵⁹ Massimo BASILAVECCHIA, “Autorità e consenso: um confronto tra azione amministrativa e azione impositiva”, Stefano Civitarese MATTEUCCI / Lorenzo del FEDERICO, ed., *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso - Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, Milão, 2010, 24.

ISBN: 978-989-9075-33-7



FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR