



ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos

Ana Filipa Morais Antunes

1. O problema

No contexto actual, os critérios “ESG” (“*Environmental, Social and Governance*”) e o denominado “dever de diligência empresarial” fundamentam exigências qualificadas em matéria de sustentabilidade e de tutela dos direitos humanos e do ambiente. As empresas devem *priorizar a prevenção dos danos*, através de medidas e procedimentos adequados e efectivos que permitam *identificar* os factores de risco para os direitos humanos e o ambiente, assim como *cessar e/ou atenuar* os efeitos negativos da sua actuação¹.

Na União Europeia, as preocupações em torno da sustentabilidade, do dever de diligência e da responsabilidade empresarial motivaram uma *trilogia de actos relevantes*, no último biénio, a saber:

¹ V. o nosso Responsabilidade empresarial e dever de diligência – Da vinculatividade da futura matriz sobre “ESG” (Environmental, social and governance), acessível em <https://governancelab.org/responsabilidade-empresarial-e-dever-de-diligencia-da-vinculatividade-da-futura-matriz-sobre-esg-environmental-social-and-governance/>, que aqui se retoma em parte.



- *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 empresarial² [2020/2129 (INL)],* acessível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_PT.pdf;
- *A Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Fevereiro de 2022, relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (EU) 2019/1937³ (acessível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF);*
- *A Orientação Geral do Conselho da União Europeia, adoptada em 1 de Dezembro de 2022, sobre a proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937, e que contém em Anexo o texto revisto da Proposta de Directiva (acessível em [---

² Antes da publicação da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022, v. COUTINHO DE ABREU, Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil \(A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021, Direito das Sociedades em Revista, Ano 14, vol. 27 \(2022\), pp. 14-24.](https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-</i></div><div data-bbox=)*

³ V. o nosso Responsabilidade empresarial e dever de diligência – Da vinculatividade da futura matriz sobre “ESG” (Environmental, social and governance), cit.



2022-REV-1/pt/pdf).

Como se precisará, a versão da Proposta de Directiva adoptada pelo Conselho, em 1 de Dezembro de 2022⁴, caracteriza-se, entre outros aspectos:

- *Primeiro*, por alterações no âmbito de aplicação da Directiva – cfr. artigo 2.º;
- *Segundo*, por modificações no catálogo de definições – cfr. artigo 3.º – designadamente, com:
 - a) A introdução do conceito de “*parceiro empresarial*” – cfr. alínea e);
 - b) O aditamento da alínea e)-A), relativa ao conceito de “*Relação empresarial*” – definição que se afasta da prevista na anterior alínea e);
 - c) A eliminação do conceito de “*relação empresarial estabelecida*” – cfr. anterior alínea f);
 - d) A substituição do conceito de “*cadeia de valor*” por “*cadeia de atividades*” – cfr. alínea g);
 - e) A eliminação das definições de “*administrador*” e de

⁴ O texto de compromisso corresponde à versão que saiu da reunião do Comité de Representantes Permanentes (“Coreper”) de 30 de Novembro de 2022 – cfr. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/pt/pdf>, p. 4. Com a adopção da “Posição de Negociação” pelo Conselho, fica a Presidência do Conselho mandatada para iniciar as negociações com o Parlamento Europeu. O Comunicado de imprensa do Conselho Europeu pode ser consultado aqui: <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies/>.



“conselho de administração” – cfr. anteriores alíneas o) e p));

f) O aditamento do conceito de *“Reparação”* – cfr. alínea t)

- *Terceiro*, por uma densificação dos *pressupostos da responsabilidade civil das empresas* e pelo esclarecimento de *outros aspectos do regime* (cfr. artigo 22.º);
- *Quarto*, por um aparente *retrocesso na via da responsabilização directa dos administradores* (em resultado da eliminação dos artigos 25.º e 26.º e, conseqüentemente, dos Considerandos n.ºs 63 a 64).

Sem prejuízo das modificações introduzidas no texto da Proposta de Directiva, mantém-se válida a asserção no sentido de que o paradigma adoptado quanto à sustentabilidade empresarial deixará de repousar apenas em *“normas internacionais voluntárias”*, para passar, muito brevemente, a estar titulado em *injunções normativas*, reconhecidas como prioritárias pela União Europeia, e que, em caso de incumprimento, fundamentarão uma pretensão indemnizatória a exercer contra a empresa⁵. Estas directrizes vinculam a empresa *“do futuro”*, a quem se exige que seja

⁵ Como referido na *“Exposição de Motivos”* da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022, “[n]a sua Declaração Conjunta sobre as Prioridades Legislativas da UE para 2022, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia comprometeram-se a assegurar uma economia ao serviço das pessoas, nomeadamente a melhorar o quadro regulamentar em matéria de governação sustentável das empresas” (pp. 1-2).



“responsável, sob pena de ser responsabilizada”⁶.

O cumprimento do *“dever de diligência”* em matéria de direitos humanos e de ambiente (densificado nos artigos 4.º a 11.º da versão da Proposta de Directiva adoptada pelo Conselho, em 1 de Dezembro de 2022⁷) pressupõe que as empresas visadas pratiquem os comportamentos necessários e implementem as medidas, as estratégias e os procedimentos adequados para, *por um lado, prevenir* a ingerência prejudicial nos direitos humanos e no ambiente e, *por outro lado, reagir* (por via da correspondente mitigação e resolução) aos efeitos negativos concretamente

⁶ V. o nosso Responsabilidade empresarial e dever de diligência – Da vinculatividade da futura matriz sobre “ESG” (Environment, social and governance), cit.

⁷ Uma das novidades reside no aditamento do artigo 4.º-A ao articulado, sob a epígrafe *“Dever de diligência a. nível do grupo”*.



causados⁸. Estão em causa *obrigações em sentido técnico-jurídico*⁹ – com a natureza, no essencial, de *obrigações de meios*¹⁰ – que, uma vez incumpridas, podem legitimar uma *pretensão indemnizatória a exercer contra a empresa* (cfr. artigo 22.º da Proposta de Directiva).

Como corolário lógico, a existência de um quadro normativo na União Europeia favorece “uma *nova tipologia de contencioso*, fundado na prática de factos (na modalidade de acção ou de omissão) contrários aos direitos humanos, ao ambiente, e à boa

⁸ V. o nosso Responsabilidade empresarial e dever de diligência – Da vinculatividade da futura matriz sobre “ESG” (Environment, social and governance), cit. O conceito de “efeito negativo” é definido no artigo 3.º, b) – “Efeito negativo no ambiente”, c) – “Efeito negativo nos direitos humanos” e c-A) “Efeito negativo”. Por sua vez, os artigos 6.º a 8.º concretizam as acções a desenvolver pelas empresas no cumprimento do dever de diligência, designadamente, no que respeita a: “Identificar os efeitos negativos reais e potenciais” (artigo 6.º), “Priorização dos efeitos negativos reais e potenciais” (artigo 6.º-A), “Prevenir efeitos negativos potenciais” (artigo 7.º), e “Fazer cessar os efeitos negativos reais” (artigo 8.º). O Anexo I da Proposta de Directiva na versão adoptada pelo Conselho, em 1 de Dezembro de 2022, enumera “direitos e proibições específicos cujo abuso ou violação constitua um efeito negativo nos direitos humanos [artigo 3.º, alínea c)] ou efeitos negativos no ambiente [artigo 3.º, alínea b)]” – cfr. Nota acessível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/pt/pdf>, p. 10.

⁹ V. o nosso Responsabilidade empresarial e dever de diligência – Da vinculatividade da futura matriz sobre “ESG” (Environment, social and governance), cit.

¹⁰ Cfr. Considerando n.º 15 da Proposta de Directiva, na versão adoptada pelo Conselho, em 1 de Dezembro de 2022, p. 20.



governança”¹¹.

2. A responsabilidade civil das empresas pelo incumprimento do dever de diligência

Um dos traços identitários da Proposta de Directiva (nas várias versões divulgadas) reside na *responsabilização das empresas* pelos danos causados pelo *incumprimento do dever de diligência*, em especial, das obrigações de prevenir e atenuar efeitos negativos potenciais e de fazer cessar os efeitos negativos reais, minimizando a sua extensão. Esta modalidade de responsabilidade transcende a hipótese comumente designada “*responsabilidade social da empresa*” (“RSE”), assumindo-se como um (novo) caso de responsabilidade jurídica¹².

¹¹ V. o nosso Responsabilidade empresarial e dever de diligência – Da vinculatividade da futura matriz sobre “ESG” (Environment, social and governance), cit. Sem prejuízo do referido, a perspectiva adoptada em matéria de responsabilidade civil pretende, como se declara na “Exposição de Motivos” da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022, limitar “o risco de litigância excessiva” (p. 19).

¹² Sobre o ponto, v. CATARINA SERRA, *Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes*, Direito das Sociedades em Revista, Ano 14, vol. 27 (2022), pp. 25-45 – que analisa o caso decidido pelo Tribunal de Haia, em 26 de Maio de 2021, em que foi visado o Grupo Shell. V., ainda, MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS, *Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial – Os pressupostos da responsabilidade civil*, Direito das Sociedades em Revista, Ano



A perspectivada responsabilidade empresarial configura uma hipótese de *responsabilidade civil*, com a natureza de *responsabilidade delitual* ou *aquiliana*. É, por outro lado, uma *responsabilidade subjectiva*, que pressupõe uma actuação ou uma omissão censurável.

Como se antecipou, os pressupostos da responsabilidade civil foram clarificados na versão adoptada pelo Conselho, em 1 de Dezembro de 2022. Vejamos as diferenças essenciais.

Nos termos do artigo 22.º (sob a epígrafe “*Responsabilidade civil*”), n.º 1 da Proposta de Directiva, na versão de 23 de Fevereiro de 2022, “[o]s Estados-Membros devem assegurar que as empresas são responsáveis por danos se:

- a) Não tiverem cumprido as obrigações previstas nos artigos 7.º e 8.º, e;
- b) Esse incumprimento tiver 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”.

A responsabilidade civil da empresa visada não prejudicaria, segundo a versão da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022, “a responsabilidade civil das suas filiais ou de quais parceiros empresariais directos e indirectos da cadeia de valor” (cfr. artigo 22.º, n.º 3). Ressalvava-se, bem assim, a aplicabilidade das “regras da

14, vol. 27 (2022), pp. 47-84 – com uma exegese crítica dos pressupostos da responsabilidade civil.



União ou as regras nacionais em matéria de responsabilidade civil relacionadas com os efeitos negativos nos direitos humanos ou com os efeitos negativos no ambiente que estabeleçam a responsabilidade em situações não abrangidas pela presente diretiva ou que estabeleçam uma responsabilidade mais estrita do que a estabelecida na presente diretiva” (cfr. artigo 22.º, n.º 4). Por último, previa-se, no número 2, casos de exclusão de responsabilidade “pelos danos causados por um efeito negativo resultante das atividades de um parceiro indireto com o qual tenha uma relação empresarial estabelecida”, no pressuposto de se verificarem as condições definidas no preceito.

O artigo 22.º foi objecto de alteração na versão adoptada pelo Conselho Europeu, em 1 de Dezembro de 2022. Na Nota que acompanha a versão revista do texto, na secção relativo aos “Principais elementos do compromisso”¹³, refere-se que “[o] artigo 22.º foi alterado de forma significativa, a fim de garantir clareza jurídica e segurança para as empresas e de evitar interferências irrazoáveis nos sistemas de direito da responsabilidade civil dos Estados-Membros”¹⁴.

Em concreto, aditou-se a referência explícita à *natureza jurídica do lesado* (que se admite que possa ser uma pessoa singular ou colectiva), assim como as *condições de que depende a constituição da obrigação de indemnizar* por uma empresa, com este

¹³ Cfr. III – pp. 4-11 (em concreto, Ponto E, n.ºs 27 a 29, pp. 9-10), acessível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/pt/pdf>.

¹⁴ Cfr. Ponto E, n.º 27, p. 9 - acessível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/pt/pdf>.



fundamento, a saber: “*um dano causado a uma pessoa singular ou coletiva, a violação de um dever, o nexó de causalidade entre o dano e a violação do dever e um incumprimento (com dolo ou negligência)*”¹⁵.

Por outro lado, passou a prever-se expressamente “*o direito das vítimas de efeitos negativos nos direitos humanos ou no ambiente a reparação integral*”, precisando-se que “*o direito a reparação integral não deverá conduzir a uma reparação excessiva, por exemplo, através de indemnizações punitivas*”¹⁶.

Esclarece-se, ainda, que, havendo uma pluralidade de responsáveis (a empresa visada e uma filial ou parceiro empresarial), a *responsabilidade* será *solidária*.

A redacção do artigo 22.º (sob a epígrafe “*Responsabilidade civil das empresas e direito a reparação integral*”)¹⁷ é, agora, a seguinte:

¹⁵ Cfr. Ponto E, n.º 27, p. 9 - acessível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/pt/pdf>.

¹⁶ Cfr. Ponto E, n.º 27, p. 9 - acessível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/pt/pdf>.

O conceito de “*Reparação*” foi aditado no artigo 3.º, t), e é definido nos seguintes termos: “*a reparação financeira ou não financeira concedida pela empresa à pessoa ou pessoas afetadas pelo efeito negativo real, inclusive repondo a pessoa ou pessoas afetadas ou o ambiente na situação em que se encontrariam se o efeito negativo real não tivesse ocorrido, a qual deve ser proporcionada à importância e ao alcance do efeito negativo, e à implicação da empresa nesse efeito*”.

¹⁷ A matéria relativa à responsabilidade civil é objecto dos Considerandos n.ºs 56 a 62. O Considerando n.º 56 contém um elenco exemplificativo dos danos



“1. Os Estados-Membros asseguram que uma empresa possa ser responsabilizada por danos causados a uma pessoa singular ou coletiva, desde que:

a) A empresa, deliberadamente ou por negligência, não tenha cumprido as obrigações estabelecidas nos artigos 7.º e 8.º, quando o direito, a proibição ou a obrigação enumerados no anexo I se destina a proteger a pessoa singular ou coletiva; e

b) Em resultado do incumprimento a que se refere a alínea a), tenham sido lesados os interesses jurídicos protegidos da pessoa singular ou coletiva no âmbito do direito nacional.

A empresa não pode ser responsabilizada se os danos tiverem sido causados apenas pelos seus parceiros empresariais na sua cadeia de atividades.

2. Caso a empresa tenha sido considerada responsável nos termos do número 1, a pessoa singular ou coletiva tem direito à reparação integral pelos danos ocorridos, em conformidade com o direito nacional. A reparação integral nos termos da presente diretiva não pode conduzir à reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou de outro tipo.

3. A responsabilidade civil de uma empresa por danos decorrentes da presente disposição não prejudica a

susceptíveis de serem causados pela actuação empresarial, a saber: “morte, lesões físicas ou psicológicas, privação de liberdade, perda da dignidade humana ou danos aos bens de uma pessoa”.



responsabilidade civil das suas filiais ou de quaisquer parceiros empresariais diretos e indiretos da cadeia de atividades da empresa.

Quando os danos tiverem sido causados conjuntamente pela empresa e pela sua filial, pelo seu parceiro empresarial direto ou indireto, todos eles são solidariamente responsáveis, sem prejuízo das disposições de direito nacional relativas às condições da responsabilidade solidária e ao direito de recurso.

4. As regras em matéria de responsabilidade civil previstas na presente diretiva não prejudicam as regras da União ou as regras nacionais em matéria de responsabilidade civil relacionadas com os efeitos negativos nos direitos humanos ou com os efeitos negativos no ambiente que estabeleçam a responsabilidade em situações não abrangidas pela presente diretiva ou que estabeleçam uma responsabilidade mais estrita do que a estabelecida na presente diretiva.

5. Os Estados-Membros asseguram que as disposições de direito nacional que transpõem o presente artigo são de aplicação imperativa nos casos em que a lei aplicável aos pedidos para o efeito não é a lei de um Estado-Membro.”

A versão revista do artigo 22.º da Proposta de Directiva reafirma os traços identitários da responsabilidade delitual, e precisa o figurino de uma responsabilidade subjectiva, portanto, que pressupõe a existência de uma actuação ou de uma omissão dolosa ou negligente –cfr. artigo 22.º, n.º 1, a).

Mantém-se a previsão relativa à exclusão de responsabilidade da



empresa, embora com uma redacção alterada e alinhada com os novos conceitos previstos no artigo 3.º: assim, a empresa não é responsável “se os danos tiverem sido causados apenas pelos seus parceiros empresariais na sua cadeia de actividades” (cfr. artigo 22.º, n.º 1 – 2.º parágrafo). Subsiste, também, a hipótese de responsabilização das filiais ou de quaisquer parceiros empresariais directos e indirectos da cadeia de actividades da empresa (cfr. artigo 22.º, n.º 3), tendo-se aditado o esclarecimento relativo à existência de uma *responsabilidade solidária* (cfr. artigo 22.º, n.º 3 – 2.º parágrafo).

Os números 4 e 5 do texto revisto correspondem, com ligeiras alterações estilísticas (no que respeita ao número 5) aos anteriores números 4 e 5 da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022.

O regime proposto não esclarece a quem cabe o ónus da prova: nos termos do Considerando n.º 58, a questão de saber se “a ação da empresa era razoavelmente adequada nas circunstâncias do caso em apreço” é deixada “ao critério do direito nacional”¹⁸.

3. Responsabilidade da empresa e deveres dos administradores

A consagração de uma hipótese de responsabilidade civil da empresa justifica que se equacione o catálogo de *deveres dos*

¹⁸ Cfr. Considerando n.º 58, p. 56 – onde se refere, ainda, que os problemas relacionados com a legitimidade processual são também deixados ao critério do Direito nacional.



administradores, em especial, as obrigações a cujo cumprimento se possam considerar adstritos para instituir e aplicar o referido dever de diligência empresarial¹⁹.

O problema reside, assim, em esclarecer se, *num caso em que se alegue ter sido violado o dever de diligência empresarial*, será igualmente possível demandar, a par das empresas visadas expressamente pelo título normativo enunciado no artigo 22.º da Proposta de Directiva, *os seus administradores*.

Na verdade, os artigos 25.º e 26.º da Proposta de Directiva – na sua versão de 23 de Fevereiro de 2022 – pareciam sustentar uma *segunda via de responsabilização (civil)*, no caso, a actuar contra os administradores da empresa, com fundamento na violação do “*dever de diligência dos administradores*”.

A redacção proposta dos preceitos era a seguinte:

- Artigo 25.º (“*Dever de diligência dos administradores*”²⁰)

¹⁹ Cfr. “Exposição de Motivos” da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022, p. 12: “A presente proposta rege as obrigações das empresas em matéria de dever de diligência relativamente à sustentabilidade e, ao mesmo tempo, abrange – na medida em que estejam associadas a esse dever de diligência – as obrigações dos administradores das empresas e os sistemas de gestão empresarial para aplicar o dever de diligência”. O dever de diligência dos administradores para com a empresa era relevado, ainda, nos Considerandos n.ºs 63 a 64 da Proposta de Directiva, na versão de 23 de Fevereiro de 2022, e que foram suprimidos na versão adoptada pelo Conselho Europeu, em 1 de Dezembro de 2022.

²⁰ Na “Exposição de Motivos” da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022 precisava-se que o artigo 25.º “*clarifica o dever de zelo dos administradores*” (p. 29).



“1. Os Estados-Membros devem assegurar que, no cumprimento do seu dever de agir no interesse da empresa, os administradores das empresas a que se refere o artigo 2.º, n.º 1, têm 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.

2. Os Estados-Membros devem 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”²¹.

- Artigo 26.º (*“Criação e supervisão do dever de diligência”²²*)

²¹ O conceito de “administrador” era definido no artigo 3.º (o) da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022. Considerava-se, para este efeito: “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 desempenham funções semelhantes às desempenhadas nos termos das subalíneas i) ou ii)”. A referida alínea foi suprimida na versão adoptada pelo Conselho Europeu, em 1 de Dezembro de 2022 (cfr. actual artigo 3.º, “Definições”). Em termos simétricos, suprimiu-se a alínea p) do texto na versão de 23 de Fevereiro de 2022, que definia “conselho de administração”.

²² Segundo a “Exposição de Motivos” da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022, o artigo 26.º “estabelece o dever de os administradores das empresas da UE criarem e fiscalizarem a aplicação dos processos e medidas relativos ao



“1. Os Estados-Membros devem assegurar que os administradores das empresas a que se refere o artigo 2.º, n.º 1, 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.

2. Os Estados-Membros devem assegurar que os administradores tomam medidas para adaptar a estratégica 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”.

Afirmava-se, de forma expressa, um *dever de diligência dos administradores* e a *responsabilidade dos administradores* pela criação, aplicação e supervisão das medidas relativas ao dever de diligência. Noutros termos, sendo inobservado o dever de diligência dos administradores e violada a prescrição enunciada no artigo 26.º, poder-se-ia admitir uma hipótese de *desrespeito pelos administradores dos deveres fundados em preceito da lei* e, conseqüentemente, havendo danos a ressarcir, equacionar-se uma pretensão indemnizatória a actuar directamente contra os

dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e de adaptarem a estratégia empresarial ao dever de diligência” (p. 29).



administradores faltosos.

Como se antecipou, estes preceitos foram suprimidos no texto revisto da Proposta de Directiva e adoptado pelo Conselho, em 1 de Dezembro de 2022. A opção foi fundamentada nos seguintes termos: “[d]evido às grandes preocupações manifestadas pelos Estados-Membros que consideraram que o artigo 25.º constituía uma interferência inadequada nas disposições nacionais relativas ao dever de diligência dos administradores e podia comprometer o dever de os administradores agirem no melhor interesse da empresa, as disposições foram suprimidas do texto”²³. No que respeita ao artigo 26.º, entendeu-se que “o teor do artigo 26.º estava estreitamente ligado ao processo de dever de diligência”, pelo que “o artigo foi suprimido e os seus principais elementos foram transferidos para a disposição relativa à integração do dever de diligência nas políticas e nos sistemas de gestão dos riscos da empresa (artigo 5.º, n.º 3), tendo em conta a variedade dos sistemas de governação de empresas e a liberdade destas para regularem as suas questões internas”²⁴.

Na versão revista da Proposta de Directiva foram, igualmente, suprimidos os Considerandos n.ºs 63 a 64, que explicitavam o sentido do “dever de diligência dos administradores” e a razão de ser da responsabilidade dos administradores da empresa pela

²³ Cfr. Ponto F, n.º 30 da Nota justificativa que acompanha a Orientação Geral do Conselho Europeu, cit., p. 10 – acessível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/pt/pdf>.

²⁴ Cfr. Ponto F, n.º 30 da Nota justificativa que acompanha a Orientação Geral do Conselho Europeu, cit., p. 10 - acessível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/pt/pdf>.



criação e supervisão do dever de diligência dever de diligência, nos seguintes termos:

- Considerando n.º 63: *“Em todas as legislações nacionais dos Estados-Membros, os administradores têm um dever de diligência para com a empresa. 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 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. Esta clarificação não exige a alteração das atuais estruturas empresariais nacionais”.*
- Considerando n.º 64: *“A responsabilidade pelo dever de diligência deve ser atribuída aos administradores da empresa, em conformidade com os quadros internacionais em matéria de dever de diligência. Os administradores devem, por conseguinte, ser responsáveis pela aplicação e supervisão das medidas relativas ao dever de diligência previstas na presente diretiva e pela adoção da política de dever de diligência da empresa, tendo em conta o contributo das partes interessadas e das organizações da sociedade civil e integrando o dever de diligência nos sistemas de gestão das*



empresas. Os administradores devem também adaptar a estratégia empresarial aos efeitos reais e potenciais identificados e a quaisquer medidas relativas ao dever de diligência tomadas”.

Esta alteração não parece, contudo, prejudicar, em absoluto, um cenário de *responsabilização (civil) dos administradores da empresa*, considerando o facto de as legislações nacionais preverem e regularem o catálogo de deveres dos administradores, assim como as consequências da correspondente violação (assim, e designadamente, no Direito nacional português, os artigos 64.º e 72.º-ss. do CSC).

Em termos complementares, a derrogação dos artigos 25.º e 26.º da Proposta de Directiva não parece comprometer, por si só, o juízo quanto à existência de *um nexó entre o dever de diligência empresarial e o dever de diligência dos administradores relativamente à empresa* (nos termos autorizados pelo Direito nacional).

Com efeito, o perspectivado futuro quadro normativo autoriza o entendimento segundo a qual a actuação dos administradores “no interesse da empresa” pressupõe uma “*renovada racionalidade empresarial*”, para o que se impõe privilegiar *as medidas e as decisões que se afigurem, em cada momento, como as mais adequadas também com as exigências de sustentabilidade e, designadamente, com as preocupações relativas aos direitos humanos e ao ambiente.*

De igual modo, aos administradores será exigido que ponderem o *interesse dos vários sujeitos* cujas esferas jurídicas são susceptíveis de serem afectadas pelas decisões tomadas, desde os *shareholders*



aos *stakeholders* (designadamente, as “*partes interessadas*”, nos termos definidos pelo artigo 3.º, n) da Proposta de Directiva, na versão adoptada pelo Conselho, em 1 de Dezembro de 2022²⁵).

Como resulta explicitado na Exposição de Motivos da Proposta de Directiva na versão de 23 de Fevereiro de 2022, os administradores das empresas têm de atender aos “*efeitos externos da empresa*”²⁶, assim como considerar os “*interesses das partes interessadas nas suas decisões*”²⁷. Como tal, o órgão de gestão deve privilegiar investimentos sustentáveis e celebrar parcerias empresariais em termos que minimizem os riscos de um impacto negativo nos direitos humanos, nas comunidades locais e no ambiente.

4. ESG e racionalidade empresarial

O diagnóstico de uma “*renovada racionalidade empresarial*”

²⁵ Consideram-se “Partes interessadas”: “os trabalhadores da empresa, os trabalhadores das suas filiais, sindicatos e representantes dos trabalhadores, consumidores e outros indivíduos, grupos, comunidades ou entidades cujos direitos ou interesses sejam ou possam ser afetados pelos produtos, serviços e operações dessa empresa, das suas filiais e dos seus parceiros empresariais, incluindo organizações da sociedade civil, instituições nacionais de direitos humanos e ambientais e defensores dos direitos humanos e do ambiente”.

²⁶ Cfr. “Exposição de Motivos” da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022, cit., p. 12.

²⁷ Cfr. “Exposição de Motivos” da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022, cit., p. 12.



(designadamente, mais sustentável e alinhada com as obrigações pressupostas pelo denominado dever de diligência) impõe, como se antecipou, que a decisão a tomar pela empresa seja precedida de um *juízo de ponderação dos diferentes interesses implicados e titulados por sujeitos susceptíveis de serem afectados* e que, em especial, se *antecipem, em termos de adequada razoabilidade, os correspondentes efeitos estimados ou previsíveis*.

Esta ponderação extravasa o plano puramente económico e as implicações apenas aritméticas. Com efeito, a expectativa de lucro e as potencialidades de rédito de uma decisão empresarial ou de um investimento a realizar representa *um e só um dos critérios a convocar no processo de decisão* sempre que exista uma alternativa (embora imediatamente menos atractiva do ponto de vista económico).

Significa isto que, doravante, as decisões empresariais serão sindicadas e escrutinadas considerando também os *impactos sociais, as perturbações e os efeitos negativos (potenciais e reais) causados em comunidades locais, nos direitos fundamentais e no ambiente*²⁸.

Por outro lado, justifica questionar-se se os critérios ESG constituem, em rigor, uma *realidade com um alcance revolucionário*

²⁸ Sobre o tema, v. RICARDO COSTA, “Responsabilidade social” na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades, in RICARDO COSTA (COORD.), “Direito das Empresas. Reflexões e decisões”, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 123-140 – que admite “um juízo de *lealdade menos exigente na hierarquização de interesses ao administrador “criterioso e ordenado” sempre que haja uma racionalidade legítima no campo da gestão integrada pela “responsabilidade social”* (ob. cit., p. 139).



*no Direito português ou se, antes, podem ser acomodados no Código das Sociedades Comerciais, em concreto, no artigo 64.º, n.º 1, que enuncia os deveres fundamentais dos gerentes ou administradores da sociedade, vinculando-os a actuar “com a diligência de um gestor criterioso e ordenado” e a observar, designadamente, “deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores” (cfr. n.º 1, alínea b)). Convoca-se, de forma expressa, a atendibilidade dos interesses dos *shareholders*, dos *stakeholders* e daqueles que se podem considerar “partes interessadas” (para efeitos do artigo 3.º, n) da Proposta de Directiva, na versão adoptada pelo Conselho, em 1 de Dezembro de 2022)²⁹.*

²⁹ V., muito recentemente, COUTINHO DE ABREU, *Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil*, cit., pp. 16-ss. – que enfatiza a atendibilidade, no Projecto de Directiva, de “*interesses (imediatamente) externos, interesses em primeira linha das pessoas que podem ser afetadas por efeitos negativos produzidos pelas sociedades*” (ob. cit., p. 16). No sentido de que “há, nos termos positivados, um *dever*, surgido com estas feições a partir da Reforma de 2006, de *ponderação* de interesses de outros sujeitos (que não os sócios), com realce para os *trabalhadores, os clientes e os credores*, no contexto da prossecução, pelos administradores, do interesse social”, v. RUI PEREIRA DIAS, *Sustentabilidade e os interesses dos não sócios na gestão das sociedades*, cit., p. 408. Como explicita RUI PEREIRA DIAS, *Sustentabilidade e os interesses dos não sócios na gestão das sociedades*, cit., p. 408: “parece poder afirmar-se que esta norma do artigo 64.º do CSC encerra uma *abertura do interesse social* a fatores externos à sociedade em si mesmo considerada, ou externos ao *interesse comum aos sócios (enquanto sócios)*”. Equacionando a hipótese de os não sócios responsabilizarem os



A formulação gramatical do artigo 64.º, n.º 1, b) do CSC parece, assim, ter a aptidão para *acomodar as novas directrizes em matéria de sustentabilidade empresarial*, ao relevar, explicitamente, a atendibilidade dos interesses de outros sujeitos, para além dos sócios.

Justifica, pois, entender-se que, no futuro próximo, a decisão societária tem de ser *intrinsecamente racional numa análise objectiva*: em concreto, o *purpose driven* empresarial³⁰ não pode alicerçar-se apenas em critérios puramente económicos, como, *v.g.*, a potencialidade lucrativa de uma decisão societária ou de um projecto de investimento, e negligenciar as exigências de sustentabilidade e os factores ESG.

Nesta medida, a não demonstração de uma (*renovada*) “*racionalidade empresarial*”, considerando os *resultados da decisão* na sociedade, na comunidade local ou no ambiente, pode, no pressuposto de haver danos indemnizáveis e de se demonstrar a violação de um dever fundamental dos administradores, fundamentar uma *pretensão indemnizatória a actuar directamente contra a administração da empresa*.

Por conseguinte, o imperativo subjacente ao dever de diligência

administradores pelo desrespeito pelo *corporate purpose* enunciado nos estatutos, e evidenciando os riscos inerentes, *v. MARIA ELISABETE RAMOS, Corporate purpose, sustentabilidade e gestão societária, cit., pp. 401-402.*

³⁰ Sobre o conceito de “*corporate purpose*”, *v. MARIA ELISABETE RAMOS, Corporate purpose, sustentabilidade e gestão societária, in “VI Congresso Direito das Sociedades em Revista”, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 379-406 – com uma análise crítica sobre a doutrina do “corporate purpose”, proposta por Colin Mayer, e que assenta na ideia “Doing well by doing good” (ob. cit., p. 382).*



empresarial tem, em rigor, um *duplo alcance*: para além dos deveres de actuação “procedimentais” (com a criação e implementação de procedimentos de auditoria, de reporte e de mecanismos de reclamação), exige-se que *as decisões empresariais sejam racionais, isto é, materialmente sustentadas*, ponderando a multiplicidade de interesses em conflito e privilegiando a opção que se afigure como a mais adequada, na situação individual.

5. ESG e clausulados contratuais

O contrato perspectiva-se, em geral, como um importante *instrumento de gestão do risco*. Esta asserção é igualmente válida no contexto da sustentabilidade e para efeitos do cumprimento do dever de diligência empresarial.

Os contratos celebrados pelas empresas abrangidas pelo dever de diligência devem incluir *cláusulas* que evidenciem um compromisso firme com a tutela dos direitos humanos, do ambiente.

A este respeito, o artigo 12.º, sob a epígrafe “*Cláusulas contratuais-tipo*”, da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022, na versão adoptada pelo Conselho, a 1 de Dezembro de 2022, determina: “*A fim de prestar apoio às empresas para facilitar a seu cumprimento do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), e do artigo 8.º, n.º 3, alínea c), a Comissão, em consulta com os Estados-Membros e as partes interessadas, adota orientações sobre cláusulas contratuais-tipo*”. A “Exposição de Motivos” da Proposta de Directiva esclarece



que as referidas cláusulas-tipo têm um carácter “não vinculativo”³¹. Este artigo reproduz, no essencial, a versão que constava da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022, tendo sido objecto de alterações essencialmente estilísticas, com o aditamento, no final, do termo “*voluntárias*”.

Evidencia-se, deste modo, a centralidade de cláusulas sobre “direitos humanos”, assim como sobre a “parametrização dos impactos ambientais” de um contrato ou de uma operação negocial complexa.

O ESG e as exigências de sustentabilidade empresarial projectam-se não apenas no plano da (boa) governação, mas, também, no campo do que se pode designar como *design contratual*, ao determinar a modelação de *clausulados comprometidos em termos efectivos com a tutela dos direitos humanos e do ambiente*.

Em termos complementares e como corolário lógico, o contrato deve regular as *causas de suspensão e/ou de cessação dos vínculos estabelecidos com parceiros empresariais* que não cumpram as exigências em matéria de sustentabilidade e de dever de diligência³². Com efeito, entre as estratégias preventivas de danos

³¹ Cfr. “Exposição de Motivos” da Proposta de Directiva de 23 de Fevereiro de 2022, cit., p. 28.

³² Cfr. Considerando n.º 41 da Proposta de Directiva, na versão adoptada pelo Conselho, em 1 de Dezembro de 2022, cit., pp. 44-45 – que precisa, em todo o caso, a preferência pela manutenção dos vínculos e das parcerias empresariais, em alternativa à medida radical da cessação da relação empresarial. Foram aditados os Considerandos n.ºs 41-A e 41-B, que delimitam negativamente a



relevantes inclui-se a *recusa de institucionalização de relações empresariais*, assim como a *suspensão e/ou cessação de parcerias com empresas* que não observem a mesma pauta valorativa em matéria de sustentabilidade, de respeito pelos direitos humanos e pelo ambiente e que tenham *determinado um efeito negativo potencial ou real*.

As medidas de suspensão ou de cessação das relações empresariais são referidas explicitamente nos artigos 7.º (“*Prevenir efeitos negativos potenciais*”), n.º 5, e 8.º (“*Fazer cessar os efeitos negativos reais*”), n.º 7, muito embora com o figurino de “último recurso” e com excepções reguladas nos números subsequentes.

6. Conclusão

O ESG e os perspectivados desenvolvimentos normativos no contexto da União Europeia têm uma *projecção prática relevante*, ao impor a realização de investimentos responsáveis e decisões empresariais que não tenham um efeito negativo (potencial ou real) nos direitos humanos, na sociedade e no ambiente.

Para tal, exige-se às empresas que orientem a sua actuação em termos “racionais” e “responsáveis”. Um comportamento empresarial racional e responsável vai, por sua vez, minimizar os

obrigação das empresas de pôr termo à relação empresarial, tendo presente o impacto dessa decisão (cfr. Considerando n.º 41-A) ou a natureza e objecto das empresas em causa (empresas financeiras reguladas) – (cfr. Considerando 41-B).



riscos empresariais e, em consequência, reduzir as hipóteses de litigância sustentada na inobservância dos parâmetros de sustentabilidade e do dever de diligência empresarial.

Esta é uma evolução em curso, e que determinará, no futuro próximo, a necessidade de *renovar em termos substantivos* (e não puramente estilísticos, na base de meras declarações de intenção) *os modelos decisórios*, com a consequente *reordenação dos (tradicionais) parâmetros de gestão empresarial*.

Numa palavra, *priorizar a prevenção de danos* pressupõe que se *antecipe, em termos de adequada razoabilidade, as consequências e os efeitos negativos estimados de uma decisão empresarial na sociedade, nas comunidades locais e no ambiente*.

Ana Filipa Morais Antunes



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2022-12-31

2024