



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A proposta de diretiva relativa ao dever
de diligência das empresas
E a governação empresarial responsável**

Nuno Lima Vieira

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A proposta de diretiva relativa ao dever
de diligência das empresas
E a governação empresarial responsável**

Nuno Lima Vieira

Orientador: Professora Maria de Fátima Ribeiro

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023

Agradecimentos

À minha mãe, Conceição, pelo amparo de todas as horas.

À minha família, em especial ao meu irmão, João, e àqueles que já partiram, pelos momentos de ternura e inspiração eterna.

Aos amigos com quem caminhei nesta vida, que são fonte inesgotável de energia, companheirismo e partilha.

À Universidade Católica e à minha orientadora, Professora Maria de Fátima Ribeiro, pela aprendizagem proporcionada ao longo dos últimos dois anos.

Resumo

Tendo em conta a importância crescente da governação empresarial responsável, serve a presente dissertação para demonstrar e analisar as principais normas internacionais existentes nesta matéria, em particular a Diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, assim como as consequências provenientes desta evolução legislativa para as empresas e os seus administradores.

Palavras-Chave: Diretiva; Sustentabilidade; Responsabilidade; Deveres; Empresas; Administradores; Dever de diligência.

Abstract

Given the increasing relevance of sustainable corporate governance, this dissertation aims to demonstrate and analyse the main international regulations related with this subject, in particular the Directive on corporate sustainability due diligence, as well as the consequences arising from this legislative initiative to companies and its directors.

Keywords: Directive; Sustainability; Responsibility; Duties; Companies; Directors; Due diligence.

Índice

Lista de siglas e abreviaturas	8
Introdução	9
1 A governação empresarial responsável	10
1.1 Contextualização	10
1.2 <i>Environmental, Social and Governance</i>	12
1.3 Diretiva divulgação de informações não financeiras (e a consequente diretiva comunicação de informações sobre sustentabilidade das empresas).....	15
2 O futuro: a nova diretiva	17
2.1 Breve contextualização.....	17
2.2 Âmbito de aplicação	18
2.3 O dever de diligência nos termos da presente diretiva	20
2.3.1 O exercício deste dever pelas empresas	23
2.3.2 O conceito de efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente 25	
2.4 Consequências da sua transposição	27
2.4.1 A responsabilidade das empresas e (eventualmente) dos administradores	27
2.4.1.1 Comparação com a anterior versão da proposta de diretiva.....	30
2.4.2 Os deveres dos administradores	32
2.4.3 Os possíveis deveres futuros das empresas	34
2.4.4 O caso <i>Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell</i>	36
3 A <i>due diligence</i> no âmbito societário português e a sua relação com a proposta de diretiva 39	
3.1 Conceito.....	39
3.2 Funções.....	40
3.3 Objeto de análise	41
3.4 A (in)existência de um ónus de realização da <i>due diligence</i>	42

3.5	A relevância do grau de cumprimento da proposta de diretiva no âmbito da <i>due diligence</i>	44
4	Considerações finais.....	46
5	Referências Bibliográficas	47

Lista de siglas e abreviaturas

Art./Arts. – Artigo/Artigos

Cfr. – Confronte

CISE - Diretiva Comunicação de Informações sobre Sustentabilidade das Empresas

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CSRD – Corporate Sustainability Reporting Directive

Disp. – Disponível

EM – Estados-Membros

ESG – Environmental, Social and Governance

ISR – Investimento Socialmente Responsável

N.º - Número

NFRD – Non-Financial Reporting Directive.

OCDE – Organização para o Desenvolvimento Económico

ONU – Organização das Nações Unidas

P./PP. – Página/Páginas.

RDS – Royal Dutch Shell

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ROC – Revisor Oficial de Contas

RSE – Responsabilidade Social Empresarial

SROC – Sociedade de Revisor Oficial de Contas

SS. - Seguintes

UE – União Europeia

VOL. - Volume

Introdução

Tentando acompanhar a tendência legislativa atual, a presente dissertação assume como objeto de estudo a governação empresarial responsável (ou sustentável), que apela ao melhor relacionamento entre os sistemas de governação e gestão empresariais e o ambiente e os direitos humanos.

No tratamento deste assunto, seguimos um caminho que se inicia, no primeiro capítulo, com o levantamento dos instrumentos internacionais que têm vindo a reforçar a exigência de uma conduta empresarial mais responsável, nomeadamente aqueles desenvolvidos pela Organização das Nações Unidas e pelas instituições da União Europeia.

Desta forma, pretendemos garantir o enquadramento necessário sobre o panorama atual da governação sustentável e a reflexão dos problemas que lhe são associados. Para o efeito, é explicitado o conceito de “*Environmental, Social and Governance*” e são mencionados vários atos legislativos relevantes nesta matéria, merecendo ênfase a Diretiva CISE.

Posteriormente, focamos a análise no tema central desta dissertação: a última versão da 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) 2019/1937¹.

Nesta senda, abordamos, com rigor, o âmbito de aplicação da mesma, o dever de diligência em si prescrito e o conceito de efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente, antes de avaliarmos as consequências, para o nosso ordenamento jurídico, da transposição desta Proposta de Diretiva.

Em concreto, a presente dissertação pretende escrutinar as consequências da adoção do dever de diligência estabelecido na Proposta de Diretiva para a responsabilidade das empresas e dos seus administradores, dando a conhecer os principais desafios com os quais o legislador nacional se deverá confrontar.

Por fim, e considerando que o estudo da governação responsável das empresas e da referida Diretiva ficaria incompleto sem a análise da *due diligence* à luz do nosso direito societário, escolhe-se percorrer este mecanismo, de forma holística e no âmbito referido, até concretizar uma ligação entre o mesmo e a responsabilidade social das empresas.

¹ Doravante designada Diretiva ou Proposta de Diretiva.

1 A governação empresarial responsável

1.1 Contextualização

Desde o início deste século, tem-se assistido a um movimento internacional crescente de integração de objetivos relacionados com os direitos humanos e o ambiente no comportamento das empresas, sendo reiterada, através de diversos instrumentos, a necessidade de os sistemas de governação e gestão empresariais terem em conta a sustentabilidade nas ações e estratégias que empreendem.

Esta transformação da economia, a caminho de uma conduta empresarial mais responsável, é contínua à tão-desejada transição para uma economia verde e com impacto neutro no clima², com a qual os Estados-membros da União Europeia se comprometeram, e encontra-se refletida em várias normas internacionais, com diferentes proveniências.

Primeiramente, as normas internacionais existentes em matéria de conduta empresarial responsável têm, na maioria das vezes, origem em instituições externas à União Europeia, como a Organização para as Nações Unidas³ e a Organização para o Desenvolvimento Económico⁴, consubstanciando desta forma um conjunto de recomendações, sem efeito vinculativo, às quais os Estados-Membros decidem ou não aderir.

Neste âmbito, as normas internacionais especificam, em concreto, que as empresas devem proteger os direitos humanos e definir a forma como abordam a proteção do ambiente em todas as suas operações e cadeias de atividades, além de reconhecerem a responsabilidade das empresas em evitar violações dos direitos humanos e corrigir os efeitos negativos que tenham causado.

Por outro lado, o assunto não é naturalmente estranho às instituições da União Europeia, que, ainda na Declaração Conjunta sobre as Prioridades Legislativas da UE para 2023-2024⁵, reiteraram a importância de assegurar uma economia ao serviço das pessoas, designadamente através de uma melhoria no quadro regulamentar em matéria de governação sustentável das empresas.

² Regulamento (UE) 2021/1119 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 2021, que cria o regime para alcançar a neutralidade climática e altera os Regulamentos (CE) n.º 401/2009 e (UE) 2018/199. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>.

³ Por exemplo: ONU (2015), Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas.

⁴ OCDE (2018), Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável. Disponível em <https://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia>.

⁵ Declaração do Parlamento Europeu, do Conselho da União Europeia e da Comissão Europeia - Prioridades legislativas da UE para 2023-2024. Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/>

A nível da UE, várias comunicações, da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu, mencionam a urgência em melhorar a qualidade do ambiente e a defesa dos direitos humanos, bem como em integrar a sustentabilidade no quadro de governação das empresas⁶.

Para esse efeito, foram assinados acordos internacionais, como o Acordo de Paris e o Pacto de Glasgow para o Clima, de que a União e os EM são partes, e delineados vários Planos de Ação, como o Plano de Ação da UE para os Direitos Humanos e a Democracia no período 2020-2024 e o Plano de Ação para a Economia Circular.

Por meios legislativos, a União comprometeu-se, através da Lei Europeia do Clima, a alcançar a neutralidade climática até 2050 e a reduzir as emissões em, pelo menos, 55% até 2030, reforçando assim a exigência de as empresas terem em conta a sustentabilidade nas suas ações, nomeadamente na forma como produzem e adquirem.

Paralelamente, identificam-se esforços da União Europeia no sentido de robustecer a legislação sobre os direitos humanos. Por exemplo, através do recente Regulamento (UE) 2021/692, que cria o Programa Cidadãos, Igualdade, Direitos e Valores, e visa efeitos específicos como a não discriminação e a igualdade de género.

Conclui-se, desta forma, que independentemente da sua origem, existem à data diversos instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos, ambiente e governação, encontrando-se muitos deles na base de legislação interna sobre estas matérias⁷.

No entanto, verifica-se igualmente que a sua maioria não tem carácter vinculativo, perfazendo um convite à ação dos Estados e das empresas que parece não ter resultado ainda num movimento concertado e eficiente, dado continuarem a verificar-se efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente em quantidade substancial e alarmante⁸.

⁶ Nomeadamente: Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Pacto Ecológico Europeu, Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/resource>.

⁷ Por exemplo: em França, a “loi PACTE: Plan d’action pour la croissance et la transformation des entreprises”. Cfr nota de rodapé 45 da Proposta de Diretiva de 23 de março de 2022.

⁸ Resolução do Parlamento Europeu de 10 de março de 2021, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligências das empresas e a responsabilidade empresarial, considerando M e O. Cfr. ABREU, J.M. Coutinho de (2022) - Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/03/2021). In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. PP. 13-14.

1.2 *Environmental, Social and Governance*

No contexto de transição da economia em direção a uma conduta mais responsável, cumpre analisar o conceito de “*Environmental, Social and Governance*”, enquanto conjunto de critérios de desenvolvimento sustentável que remetem para os aspetos ambientais, sociais e de governação das empresas⁹.

Deste modo, o conceito *ESG* assenta no reconhecimento de uma ligação indissociável entre a sustentabilidade social e ambiental das empresas e a sua governação, dizendo-se até, nesse sentido, que empresas mal geridas não conseguem ser empresas sustentáveis¹⁰.

Na base deste conceito, encontra-se, portanto, a ideia de que um investimento deve ter em conta aspetos adicionais aos financeiros, em conformidade com a teoria do *stakeholder value*, pela qual, na gestão de uma empresa, devem ser satisfeitos os interesses não só dos sócios, mas também das outras partes interessadas (e.g., trabalhadores, consumidores, comunidades).

Pelo contrário, a inclusão de critérios ambientais, sociais e de governação aquando de uma decisão de investimento, contraria a teoria do *shareholder value*, segundo a qual o fim exclusivo das sociedades (anónimas) é a maximização dos lucros para os acionistas, não sendo esta realidade, desde logo, favorável aos direitos humanos, ao ambiente e à boa governação¹¹.

Historicamente, a inclusão destes critérios foi, em primeiro lugar, aconselhada, do ponto de vista institucional, pela Organização das Nações Unidas¹², que recomendou a inclusão de critérios ambientais, sociais e de governação no mercado financeiro, de forma a atestar a existência de práticas de investimento sustentáveis (ou responsáveis) nas empresas.

⁹ SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol. 27, 2022. PP. 30-31, nota 17.

¹⁰ CÂMARA, Paulo; MORAIS, Filipe (2022) - The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In *The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance*. Switzerland : Springer Nature Switzerland AG. P. 5.

¹¹ ABREU, J.M. Coutinho de (2022) - Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/03/2021). In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol. 27. P. 15.

¹² Em concreto, no relatório *Who Cares Wins*, resultado de uma iniciativa conjunta entre a ONU e várias instituições financeiras. Disponível em https://www.unepfi.org/fileadmin/events/2004/stocks/who_cares_wins_global_compact_2004.pdf.

Desde então, o conceito tem sido explorado em várias disposições da União Europeia, como o Plano de Ação: Financiar um Crescimento Sustentável¹³, incentivando a análise de fatores como a emissão de gases com efeito de estufa, as relações comunitárias e a composição dos conselhos de administração aquando de uma decisão de investimento.

Na prática, têm sido, na sua maioria, as instituições financeiras, especialmente bancos, companhias de seguros ou fundos de investimento, a adotar estes critérios nas suas atividades, contudo os mesmos impactam atualmente os processos de decisão, os procedimentos de controlo interno e as regras de divulgação de muitas outras organizações, através de um efeito cascata¹⁴.

Este efeito¹⁵ indica que a utilização dos critérios *ESG* condiciona diferentes tipos de entidades, sendo possível identificar igualmente vários níveis de impacto. A título de exemplo, as decisões tomadas, num primeiro nível, pelos gestores de ativos, em conformidade com os critérios *ESG*, vão, por sua vez, pressionar, num segundo, as empresas beneficiárias a assumir um comportamento mais sustentável, de modo a absorver estes investimentos¹⁶.

De facto, a utilização destes critérios responde, por um lado, ao apelo da sociedade, na qual os consumidores se encontram cada vez mais conscientes em relação aos produtos e serviços que adquirem, e, por outro, às exigências do próprio mercado, onde empresas que respeitem estes critérios vêm absorvendo investimentos crescentes¹⁷.

Neste sentido, muitos autores defendem mesmo que, à data, o investimento socialmente responsável nem sequer é limitador do lucro potencial do investimento. Pelo contrário, acreditam que o ISR permite evitar gastos extraordinários ou danos irreversíveis, como os custos relacionados com o dano reputacional¹⁸.

¹³ Nesta comunicação da Comissão, os autores mencionam inclusivamente que “as decisões de investimento baseiam-se normalmente em múltiplos fatores, mas os fatores relacionados com considerações sociais e ambientais não são muitas vezes suficientemente tidos em conta”. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>.

¹⁴ CÂMARA, Paulo; MORAIS, Filipe (2022) - The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In *The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance*. Switzerland : Springer Nature Switzerland AG. P. 4.

¹⁵ De acordo com o qual “a potencial aptidão de determinadas empresas adotarem os critérios *ESG* nas suas decisões influencia outras a fazerem o mesmo, incluindo investidores, empresas beneficiárias e respetivas cadeias de fornecimento e comunidades”.

¹⁶ *Ibid.* PP. 18-19.

¹⁷ Cfr. o considerado 4 da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022.

¹⁸ SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol. 27. P. 44, nota 47.

Mesmo que o investimento socialmente responsável seja limitador do lucro¹⁹, não parecem restar dúvidas: o conceito *ESG* já estabeleceu uma mudança no sistema empresarial, onde é considerado um novo mantra²⁰. Todavia, ainda existe um caminho a percorrer na incorporação destes critérios em políticas legislativas e empresariais, para não falar na sensibilização dos juízes e, nesse sentido, da “jurisprudência”²¹.

Realmente, apesar de cada vez mais empresas assumirem os critérios *ESG* nas suas estratégias de investimento, esta receptividade não encontra paralelo no âmbito jurisprudencial, existindo na melhor das hipóteses referências pontuais à responsabilidade social das empresas, tanto a nível nacional como europeu²².

¹⁹ ABREU, J.M. Coutinho de (2022) - Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/03/2021). In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. P. 15.

²⁰ HART, Oliver; ZINGALES, Luigi - Serving Shareholders Doesn't Mean Putting Profit Above All Else. *Apud* CÂMARA, Paulo; MORAIS, Filipe (2022) - The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In *The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance*. Switzerland : Springer Nature Switzerland AG. P. 4.

²¹ SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol. 27. PP. 30-31.

²²*Ibid.* P. 26.

1.3 Diretiva divulgação de informações não financeiras (e a consequente diretiva comunicação de informações sobre sustentabilidade das empresas)

Dentro do quadro regulamentar da UE, a governação sustentável das empresas tem sido fomentada, sobretudo indiretamente, através da Diretiva 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2014 (internacionalmente, designada por NFRD), que estabeleceu a obrigatoriedade de certas empresas²³ tornarem públicas as suas políticas relacionadas com o ambiente, a sociedade e a sua governação.

Nas resoluções que antecederam esta Diretiva, o Parlamento reconheceu a importância de as empresas divulgarem informações relativas a questões ambientais, sociais e relacionadas com os trabalhadores, ao respeito dos direitos humanos, ao combate à corrupção e às tentativas de suborno, considerando esta divulgação “vital na gestão da mudança para uma economia global sustentável”²⁴.

Desde então, cerca de 12 000 empresas, nomeadamente empresas cotadas, bancos e companhias de seguros, foram abrangidas pela obrigação de integrar no seu relatório anual de gestão uma demonstração não financeira que contenha informações relativas às questões ainda agora referidas, Inclusivamente, através da partilha de informação acerca dos impactos das atividades empresariais nas emissões de gases com efeito de estufa, das condições de trabalho e dos instrumentos utilizados no combate à corrupção²⁵.

Posteriormente, foi aprovada, no dia 14 de dezembro de 2022, a Diretiva 2022/2464 do Parlamento Europeu e do Conselho (também designada CSRD), destinada a rever a anterior Diretiva 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e a aumentar o seu âmbito de aplicação, bem como a uniformizar a informação objetivo de divulgação.

Entretanto entrada em vigor, a Diretiva CSRD amplia o âmbito dos requisitos de comunicação de informações a outras empresas, incluindo desde então todas as grandes empresas e empresas cotadas em mercados regulamentados²⁶, passando a contemplar um universo de cerca de 50 000 empresas.

²³ Em concreto, “Grandes empresas que sejam entidades de interesse público e que, à data de encerramento do respetivo balanço, excedam o critério do número médio de 500 empregados durante o exercício financeiro”. Cfr. artigo 19.º-A da Diretiva 2013/34/EU.

²⁴ Cfr. o considerandos 3 e 6 da Diretiva 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2014. Disp. em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>.

²⁵ *Ibid.*, o considerando 7.

²⁶ A obrigação de comunicação de informações sobre sustentabilidade será aplicável a todas as grandes empresas, conforme definidas na Diretiva Contabilística e, a partir de 2026, às empresas cotadas em mercados regulamentados da UE.

Entre as suas principais alterações, a recém-criada Diretiva Comunicação de Informações sobre Sustentabilidade das Empresas (em português, CISE) estabelece requisitos mais pormenorizados e amplia o âmbito das obrigações de comunicação sobre sustentabilidade, aumentando a responsabilização das empresas e reforçando a transição para uma economia sustentável.

Desta forma, as empresas abrangidas pela CSRD terão de divulgar um conjunto de informações que, agora, incluem também os planos para asseverar que os seus modelos de negócio e estratégias são conformes com a transição para uma economia sustentável e com a limitação do aquecimento global a 1,5°C, em linha com os objetivos impostos pelo Acordo de Paris e pela Lei Europeia do Clima (cfr. art. 19.º-A, n.º2, alínea a), subalínea iii)).

Além disso, as empresas contempladas ficarão obrigadas a divulgar e descrever os seus processos de *due diligence* relativos a questões de sustentabilidade, assim como os principais efeitos adversos relacionados com as suas operações, os seus produtos e serviços, as suas relações comerciais e a sua cadeia de abastecimento, incluindo as medidas adotadas para prevenir, atenuar, corrigir ou cessar estes efeitos²⁷.

Conclui-se, então, que a Diretiva CISE vem estabelecer deveres substantivos às empresas e sujeita as mesmas à necessidade de terem em prática um conjunto de processos suscetíveis de identificar, analisar e divulgar as informações solicitadas, obrigando um número considerável de empresas a terem em conta a sustentabilidade nas suas ações e estratégias e reforçando cada vez mais a responsabilidade social através de meios legislativos (e menos de normas voluntárias).

²⁷ Cfr. os considerandos 7, 26, 30 e 31 da Diretiva 2022/2464/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>.

2 O futuro: a nova diretiva

2.1 Breve contextualização

Como temos vindo a analisar, o quadro regulamentar em matéria de governação sustentável das empresas tem sofrido desenvolvimentos assinaláveis, desde o início deste século, em direção a uma maior vinculatividade dos critérios *ESG*.

Dentro desta tendência legislativa, sobressaiu a Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021, que apresentou recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial - na altura, um convite do Parlamento à ação legislativa da Comissão Europeia.

Nessa data, as instituições europeias declararam o fracasso das normas voluntárias em matéria de dever de diligência²⁸, sublinhando que as mesmas não permitiram alcançar progressos significativos no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, à prevenção de danos ambientais e ao acesso à justiça.

Assumido este pressuposto, foi então aberto caminho à lei imperativa no âmbito do dever de diligência e da responsabilidade empresarial, deixando para trás as recomendações, sem carácter vinculativo (*soft law*) e pouco seguidas²⁹.

Desde então, o esforço da Comissão Europeia tem sido no sentido de estabelecer requisitos (vinculativos) para que as empresas identifiquem, avaliem, previnam, cessem, atenuem, monitorizem, comuniquem, justifiquem, resolvam e reparem os potenciais e/ou reais efeitos negativos da sua cadeia de atividades nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação³⁰.

Posteriormente, o Projeto de Diretiva instaurou um regime de responsabilidade, segundo o qual as empresas devem ser responsabilizadas no caso de atropelo destes requisitos, regime esse alvo de várias críticas. Às críticas sucederam-se inúmeras alterações.

Neste momento, é conhecido, desde o dia 30 de novembro de 2022, o texto de compromisso consolidado da Proposta de Diretiva, derivado da adoção da orientação geral do Conselho da União Europeia, ao qual dedico os capítulos seguintes.

²⁸ Nesta Resolução, lê-se que “segundo um estudo da Comissão, apenas 37% das empresas inquiridas aplicam atualmente o dever de diligência em matéria de ambiente e de direitos humanos”. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>.

²⁹ ABREU, J.M. Coutinho de (2022) - Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/03/2021). In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. P. 14.

³⁰ Cfr. artigo 1.º, n.º 2, da Resolução do Parlamento Europeu de 10 de março de 2021.

2.2 Âmbito de aplicação

Prosseguindo a ideia de que o comportamento das empresas (de todos os setores da economia) é imprescindível para o êxito da União em matéria de sustentabilidade, uma vez que as empresas da União, particularmente as de grande dimensão, dependem de cadeias de valor mundiais, o âmbito de aplicação da presente Proposta de Diretiva é estabelecido em função do cumprimento de certos requisitos e não da localização de determinadas empresas³¹.

De facto, é certo que muito do pior que se observa a nível de efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente está em países em desenvolvimento, mas por (co-)ação de empresas globais, instaladas nos centros económicos de países desenvolvidos³².

Por esse motivo, as obrigações em matéria de efeitos negativos, reais ou potenciais, nos direitos humanos e no ambiente, bem como as regras existentes em matéria de responsabilidade por violações destas obrigações, aplicam-se tanto a empresas da União Europeia como a empresas de países terceiros.

Em concreto, estas regras são atribuídas em função do número de trabalhadores e do volume de negócios - mundial ou gerado na União Europeia, sendo considerado, em ambos os casos, o respetivo valor líquido - das empresas. Para ambos os cenários, os critérios deverão verificar-se durante dois exercícios financeiros consecutivos.

No caso de empresas de países terceiros, é, no entanto, exigido que as mesmas apresentem uma ligação direta com o mercado da União, ligação essa aferida em função do volume de negócios gerado no mercado da UE.

Para aplicação da presente Proposta de Diretiva às empresas estabelecidas na União, é necessário que as mesmas apresentem mais de 500 trabalhadores, em média, e um volume de negócios líquido superior a 150 milhões euros a nível mundial no último exercício financeiro relativamente ao qual foram ou deveriam ter sido adotadas demonstrações financeiras anuais (cfr. artigo 2.º, nº1, alínea a), da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022).

Por outro lado, as empresas estabelecidas na União que não preencherem estes critérios, mas que tenham mais de 250 trabalhadores, em média, e um volume de negócios

³¹ Cfr. o considerado 4 da Resolução do Parlamento Europeu de 23 de fevereiro de 2022. Disp. em <https://eur-lex.europa.eu/>.

³² ABREU, J.M. Coutinho de (2022) - Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/03/2021). In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. P. 14.

líquido superior a 40 milhões a nível mundial no exercício anterior ao último exercício financeiro, e que, além disso, operem num ou mais setores considerados de grande impacto³³, serão igualmente abrangidas (cfr. artigo 2.º, n.º1, alínea b), da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022).

Relativamente às empresas estabelecidas fora da União, exige-se, para o mesmo efeito, um volume de negócios líquido de, pelo menos, 150 milhões na União no exercício anterior ao último exercício financeiro, ou um volume de negócios superior a 40 milhões, mas inferior a 150 milhões gerado na União, mais uma vez no exercício anterior ao último exercício financeiro, desde que, no mínimo, 20 milhões tenham sido gerados num ou mais setores de elevado impacto (cfr. artigo 2.º, n.º2, da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022).

A este propósito, convém sublinhar que, quando estão em causa empresas estabelecidas fora da União Europeia, a determinação destes valores tem em conta a moeda característica deste mercado, o Euro. Para estas empresas, a aplicação do direito da União Europeia, e desta diretiva em particular, é justificada pelo critério acima descrito, que vem estabelecer uma ligação territorial entre as mesmas e a UE.

Em sentido contrário, não é adotado o critério do número de trabalhadores uma vez que, para efeitos da presente diretiva, o conceito de “trabalhadores” é baseado no direito da União, sendo naturalmente árduo transpô-lo para fora da União Europeia, exercício esse que criaria incerteza jurídica e vinha dificultar a sua aplicabilidade³⁴.

³³ São considerados de grande impacto os seguintes setores: fabrico de têxteis, couro e produtos afins e comércio por grosso de têxteis, vestuário e calçado; agricultura, silvicultura, pescas, indústrias alimentares e das bebidas, bem como comércio por grosso de matérias-primas agrícolas, animais vivos, madeira, alimentos e bebidas; a extração de recursos minerais, o fabrico de produtos metálicos de base, outros produtos minerais não metálicos e produtos metálicos transformados (exceto máquinas e equipamentos) e o comércio por grosso de recursos minerais, produtos minerais básicos e intermédios.

³⁴ Cfr. o considerando 24 da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022. Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/>.

2.3 O dever de diligência nos termos da presente diretiva

De acordo com a presente Proposta de Diretiva, o dever de diligência é instituído em conformidade com as seis etapas definidas no Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável, onde se incluem medidas relativas ao dever de diligência para as empresas identificarem e corrigirem os seus efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente³⁵.

Ao abrigo desta proposta, o dever de diligência consiste, então, na 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 pública³⁶. Este dever de diligência é, portanto, um mecanismo essencialmente preventivo³⁷.

A finalidade é clara: prevenir ou reduzir ao máximo os efeitos negativos, decorrentes das atividades das empresas abrangidas pela Proposta de Diretiva e/ou das empresas com quem estas se relacionam, nos direitos humanos e no ambiente, por meio do dever de diligência. Desta forma, às primeiras exige-se um esforço substancial, uma vez que têm de ter em conta toda a sua cadeia de atividades.

Em termos práticos, isto significa que as empresas abrangidas pela presente diretiva, ao exercer o dever de diligência, deverão considerar todas as atividades conducentes à produção dos seus bens e/ou à prestação dos seus serviços, como por exemplo as atividades de extração, fabricação ou transporte de matérias-primas realizadas pelos seus parceiros empresariais (cfr. art. 3.º, alínea g), da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de novembro de 2022).

Para atingir este objetivo, as empresas deverão integrar o dever de diligência nas suas políticas e nos seus sistemas de gestão de risco, dispor de uma política de dever de diligência³⁸ que inclua um código de conduta a seguir pelos trabalhadores, pelas filiais e

³⁵ *Ibid.*, o considerando 16.

³⁶ ABREU, J.M. Coutinho de (2022) - Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/03/2021). In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol. 27. P. 16.

³⁷ SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol. 27. P. 34.

³⁸ Esta política de dever de diligência deverá ser atualizada a cada 24 meses ou menos, no caso de ocorrer uma alteração significativa, entendida como uma alteração do *status quo* das próprias operações da empresa, das operações das suas filiais ou dos seus parceiros empresariais, do enquadramento jurídico ou empresarial, ou qualquer outra mudança substancial da situação da empresa relativamente à qual se possa esperar que a empresa reaja e atualize a sua política, como é o caso da circunstância de a empresa alterar a

pelos parceiros da empresa, assim como uma descrição dos processos instaurados para aplicar o dever de diligência³⁹.

Centrando o olhar nesta Diretiva, e no conceito de dever de diligência aí prescrito, identificam-se várias nuances, quando comparado com o conceito no âmbito societário.

No caso da presente diretiva, o dever de diligência empresarial incide diretamente sobre as sociedades (e outras empresas) e visa a satisfação de interesses externos (i.e., interesses das pessoas que sofrerem os efeitos negativos produzidos pelas sociedades). Pelo contrário, no direito das sociedades, o dever de diligência (ou de cuidado) consiste numa obrigação diretamente dirigida aos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, sendo realizado no interesse das respetivas sociedades⁴⁰.

Em ambos os casos, estará em causa uma obrigação de meios e não de resultado. Ou seja, a presente diretiva não deverá nunca exigir a garantia, da parte das empresas, de que, em todas e quaisquer circunstâncias, os efeitos negativos não ocorrerão ou serão sempre travados, por tal não se entender possível.

No campo da responsabilidade civil, o incumprimento do dever de diligência (ou de cuidado) consagrado no nosso direito societário, poderá conduzir à responsabilidade civil dos administradores e/ou fiscalizadores se existir dano para com a sociedade ou para com os sócios e terceiros, de acordo, respetivamente, com os artigos 72.º e 79.º do CSC.

Não obstante, se os administradores e/ou fiscalizadores cumprirem este dever não responderão civilmente para com a sociedade (ou para com os sócios e terceiros) mesmo que das suas ações resultem danos⁴¹.

Em sentido semelhante, e contrariamente ao que acontecia no projeto de Diretiva de 10/03/21, uma empresa que cumpra o dever de diligência empresarial em matéria de sustentabilidade, conforme estabelecido nos artigos 7.º e 8.º do texto de compromisso adotado atualmente, não poderá ser responsabilizada civilmente por danos causados, em virtude da violação de direitos humanos ou ambientais, a uma pessoa singular ou coletiva.

Assim, é, agora, possível verificar que, no domínio da responsabilidade civil, as consequências decorrentes do cumprimento ou incumprimento do dever de diligência

sua estrutura em virtude de um processo de fusão ou aquisição. Cfr., nomeadamente, o considerando 28 da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022.

³⁹ Cfr. o considerando 28 da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022.

⁴⁰ ABREU, J.M. Coutinho de (2022) - Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/03/2021). In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol. 27. P. 16.

⁴¹ *Ibid.* P.17.

previsto em cada um destes âmbitos são semelhantes, não sendo admissível que uma sociedade ou os seus administradores respondam civilmente quando tenham cumprido o dever de diligência que sobre eles impende.

2.3.1 O exercício deste dever pelas empresas

Para o cumprimento do dever de diligência estabelecido na Proposta de Diretiva, as empresas deverão colocar em prática todas as medidas adequadas para que se possa razoavelmente esperar que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, os efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente sejam identificados e, de seguida, prevenidos, cessados ou, pelo menos, minimizados⁴².

Mais ainda, no caso de uma empresa não se encontrar em condições de prevenir, atenuar ou fazer cessar os efeitos negativos identificados, os mesmos deverão ser priorizados com base na severidade e probabilidade do efeito negativo e resolvidos de forma gradual⁴³.

Por motivos económicos e de eficiência, as empresas poderão inclusivamente partilhar recursos e informações no âmbito dos respetivos grupos de empresas e até mesmo com outras entidades jurídicas. Uma empresa-mãe abrangida pelo âmbito de aplicação desta Proposta de Diretiva deverá ser autorizada a cumprir algumas obrigações em nome das suas filiais, desde que estas também se encontrem abrangidas⁴⁴.

Depois de identificados os eventuais efeitos negativos, uma empresa deverá tomar as medidas adequadas a prevenir ou atenuar razoavelmente os mesmos. Para o efeito, é recomendado que as empresas obtenham garantias contratuais, que assinalem o comprometimento dos seus parceiros empresariais diretos⁴⁵.

Ao aferir as medidas adequadas para prevenir ou atenuar estes efeitos negativos, deve ser tido em conta o designado “nível de envolvimento da empresa num efeito negativo”, segundo o qual uma empresa será considerada “causadora” sempre que causar ela própria o efeito negativo, ou “contribuinte” quando o causar em conjunto com as suas filiais ou parceiros empresariais. Em ambos os casos, a empresa encontra-se obrigada a prevenir ou atenuar os efeitos negativos causados⁴⁶.

⁴² Cfr., nomeadamente, os considerandos 29 e 33 da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022.

⁴³ Para o efeito, deve ser utilizado o quadro internacional pertinente, sendo a severidade de um efeito negativo avaliada com base na sua gravidade (escalada do efeito negativo), no número de pessoas ou na extensão do ambiente afetados (âmbito do efeito negativo) e na dificuldade em restabelecer a situação prevalecente antes do efeito (caráter irremediável do efeito negativo). Cfr. o considerando 32 da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022.

⁴⁴ *Ibid.*, o considerando 16-A.

⁴⁵ *Ibid.*, o considerando 34.

⁴⁶ *Ibid.*, o considerando 33.

Em sentido contrário, quando as próprias empresas não são causadoras destes efeitos, que ainda assim ocorrem nas suas cadeias de atividades, mas sim os seus parceiros empresariais, as mesmas deverão ser obrigadas a utilizar a sua influência para prevenir ou atenuar o efeito negativo criado. Neste caso, as empresas são consideradas “diretamente associadas” a esse efeito⁴⁷.

Neste âmbito, é expectável que as empresas consigam fazer cessar os efeitos negativos reais identificados nas suas próprias operações e nas operações das suas filiais. No que diz respeito aos seus parceiros empresariais, se tal não se revelar possível, as empresas deverão minimizar a sua extensão⁴⁸.

Se não for possível neutralizar os efeitos negativos identificados, uma empresa deverá redigir um plano de medidas corretivas com prazos de atuação razoáveis e claramente definidos, bem como um conjunto de indicadores qualitativos e quantitativos para aferir as melhorias⁴⁹.

Adicionalmente, as empresas abrangidas pela presente Proposta de Diretiva deverão acompanhar a aplicação e a eficácia das medidas de dever de diligência implementadas. Para o efeito, deverão ser realizadas avaliações periódicas das suas operações, das operações das suas filiais e das operações dos seus parceiros empresariais (cfr. art. 10.º, n.º1, da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022).

Por fim, o dever de diligência aqui consagrado prevê a obrigatoriedade de as empresas divulgarem informações sobre as políticas, os processos e as atividades colocadas em prática para identificar e corrigir os efeitos negativos identificados⁵⁰, complementando, desta forma, a Diretiva CISE com a qual a Proposta de Diretiva se encontra intimamente relacionada.

⁴⁷ *Idem Ibidem.*

⁴⁸ *Ibid.*, o considerando 38.

⁴⁹ *Ibid.*, o considerando 39.

⁵⁰ *Ibid.*, o considerando 44.

2.3.2 O conceito de efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente

Os efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e/ou no ambiente, são determinados no anexo I da presente Proposta de Diretiva, em linha com o estabelecido em instrumentos internacionais ratificados por todos os Estados-Membros.

Assim, o efeito negativo, potencial ou real, nos direitos humanos deve ser entendido como qualquer efeito negativo suscetível de prejudicar o pleno usufruto dos direitos humanos por pessoas ou grupos de pessoas⁵¹. Neste âmbito, incluem-se direitos sociais, laborais e sindicais.

É o caso do direito à vida, conforme o determinado no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, em particular, no artigo 6.º, n.º1, do direito à segurança, em conformidade com o disposto no artigo 7.º do mesmo, ou do direito de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, tal como consagrado no artigo 7.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

Também a proibição de determinadas atividades, como o trabalho infantil, o trabalho forçado ou obrigatório, a discriminação em função da origem nacional ou social, da raça, da cor, do sexo, da religião ou das opiniões políticas, são consideradas aquando da aplicação da presente Proposta de Diretiva. Esta enumeração não é, no entanto, exaustiva⁵².

Por outro lado, o efeito negativo, potencial ou real, no ambiente significa qualquer violação das normas ambientais internacionalmente reconhecidas e das normas ambientais da União, tal como definidas no anexo I, parte II, da Proposta de Diretiva⁵³.

Entre as várias obrigações, destaca-se a obrigação de evitar ou minimizar os impactos adversos na diversidade biológica, em conformidade com o art. 10.º, alínea b), da Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992 ou a proibição de produção e utilização de determinados produtos químicos.

⁵¹ SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. P. 35.

⁵² É possível que a violação, por uma empresa, de um direito humano não previsto no anexo I, parte I, seção 1 da presente diretiva venha a ser abrangido pela mesma, desde que a empresa em causa pudesse ter identificado razoavelmente a violação desse direito nas suas próprias operações, nas operações das suas filiais e/ou ainda nas operações dos seus parceiros empresariais, tendo em conta as circunstâncias do caso específico. Cfr. o considerando 25 da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022.

⁵³ SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. P. 35.

Para a determinação destes efeitos negativos, tanto nos direitos humanos como no ambiente, através da realização da *due diligence*, as empresas deverão utilizar as orientações dispostas em *standards* internacionalmente reconhecidos para o efeito, tais como o Guia Interpretativo dos Princípios Orientadores⁵⁴ ou o Guia de Referência para empresas em Matéria de Direitos Humanos, versão 2.0.⁵⁵, desenvolvidos pela ONU⁵⁶.

A fim de realizar uma correta determinação dos mesmos, deverão ser consultadas, ao longo deste processo, as partes interessadas da empresa, nomeadamente os seus trabalhadores, bem como as suas filiais, os sindicatos e representantes destes últimos, os consumidores e outros indivíduos, grupos, comunidades ou entidades cujos direitos ou interesses possam ser afetados pelos produtos, serviços e operações da empresa⁵⁷.

Adicionalmente, as empresas aqui abrangidas, as suas filiais e/ou parceiros comerciais, deverão incorporar, nas suas estruturas, canais de reclamação aos quais os eventuais lesados dos efeitos negativos resultantes da violação dos direitos humanos e do ambiente possam recorrer (cfr. art. 9.º da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022).

Em concreto, a correta identificação destes efeitos negativos, à luz da presente Proposta de Diretiva, obriga a uma identificação baseada em informações quantitativas e qualitativas⁵⁸. Esta análise deverá ser realizada de forma dinâmica e em intervalos regulares.

⁵⁴ Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/>.

⁵⁵ Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/>.

⁵⁶ Cfr. o considerando 26 da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022.

⁵⁷ *Ibid.*, o considerando 26-A.

⁵⁸ De modo a aferir os efeitos negativos provados no ambiente, uma empresa poderá fazer “um levantamento de todas as áreas das suas próprias operações, das operações das suas filiais e, quando relacionadas com as suas cadeias de atividades, das dos seus parceiros empresariais”, para posteriormente avaliar onde é mais provável e significativo verificarem-se os efeitos negativos identificados. Cfr.o considerando 30 da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022.

2.4 Consequências da sua transposição

2.4.1 A responsabilidade das empresas e (eventualmente) dos administradores

A presente Proposta de Diretiva admite a responsabilização civil das empresas, em face do incumprimento das obrigações de *due diligence* em si prescritas. Este é, aliás, um dos traços identitários da mesma, considerando-se inclusivamente que esta modalidade de responsabilidade extravasa a designada responsabilidade social empresarial (RSE), assumindo-se como um novo caso de responsabilidade jurídica⁵⁹.

Ora, de forma a assegurar que as medidas reiteradas na Proposta de Diretiva que apreciamos são efetivamente aplicadas, os Estados-Membros deverão prever sanções dissuasivas, proporcionadas e eficazes aplicáveis às infrações a essas medidas (cfr. art. 20.º da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022), além de mecanismos de responsabilização.

Neste sentido, é necessário que os Estados-Membros estabeleçam regras que visem a responsabilidade civil das empresas, no caso de estas causarem danos⁶⁰ a uma pessoa singular ou coletiva.

Para tal, a última versão da presente Proposta de Diretiva, 30 de novembro de 2022, vem determinar, no respetivo artigo 22.º, que, para uma empresa ser considerada responsável, têm de cumprir-se quatro pressupostos: 1) um dano causado a uma pessoa singular ou coletiva, 2) a violação de um dever, 3) o nexo de causalidade entre o dano e a violação do dever e 4) um incumprimento (com dolo ou negligência).

De acordo com a Proposta de Diretiva, para a responsabilização de uma empresa, é condição que os danos tenham sido causados a uma pessoa em virtude do não cumprimento da obrigação de prevenir ou sanar o efeito negativo (arts. 7.º e 8.º da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022), quando o direito, a proibição ou a obrigação enumerados no anexo I, de cujo atropelo resulte no efeito negativo que deveria ter sido sanado, se destine a proteger a pessoa singular ou coletiva a quem os danos são causados⁶¹.

⁵⁹ ANTUNES, Ana Filipa Morais (2022) - ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos. *Revista de Direito Comercial*. P. 7. Disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/>.

⁶⁰ Saliente-se que estes danos devem ser entendidos em conformidade com o direito nacional. Por exemplo, morte, lesões físicas ou psicológicas, privação da liberdade, perda da dignidade humana ou danos aos bens de uma pessoa.

⁶¹ Cfr. o considerando 56 da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022.

Mais ainda, é exigido que a empresa, deliberadamente ou por negligência, não tenha cumprido essa mesma obrigação de prevenir e atenuar os efeitos negativos potenciais ou de fazer cessar os efeitos reais e minimizar a sua extensão, tendo, em resultado disso, lesado os interesses jurídicos (protegidos) de uma pessoa singular ou coletiva.

Em comparação com a versão anterior da Proposta de Diretiva, foi incluído o elemento de culpa, não sendo agora concebível que “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”⁶². Pois, em princípio, a empresa que respeitar o dever de diligência não estará a violar um dever e a agir ilicitamente.

Desta forma, não há dúvidas de que nos movemos nos quadros de uma responsabilidade por culpa, assente num desvalor de conduta, que pressupõe uma atuação ou omissão censurável juridicamente. Pelo contrário, não estará em causa uma hipótese de responsabilidade objetiva e, portanto, independente de culpa⁶³.

Se estes pressupostos se verificarem, a pessoa (singular ou coletiva) lesada tem direito à reparação integral pelos danos ocorridos, em conformidade com o direito nacional. Esta sanção pecuniária, imposta pelas autoridades nacionais de supervisão, será determinada em função do volume de negócios líquido da empresa a nível mundial e não deverá admitir reparações excessivas, por exemplo através de indemnizações punitivas (art. 22.º, n.º2, da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022).

Notem-se, no entanto, algumas questões pertinentes. Desde logo, a última versão da Proposta de Diretiva não regula a causalidade, com a exceção de que as empresas não deverão ser responsabilizadas se os atos forem causados apenas pelos parceiros empresariais nas suas cadeias de atividades⁶⁴.

Por outro lado, uma empresa não será responsabilizada pelos danos que teriam ocorrido na mesma proporção mesmo que tivesse tomado as medidas aconselhadas pela

⁶² Cfr. o artigo 19.º, n.º1, da Resolução do Parlamento Europeu de 10 de março de 2021.

⁶³ MARTINS, Maria Inês de Oliveira (2022) - Proposta de Diretiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial – Os pressupostos da responsabilidade civil. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. P. 51.

⁶⁴ Por exemplo, se o trabalhador de uma empresa sofreu danos por esta ter violado normas de segurança no local de trabalho, o senhorio desse trabalhador não deverá ser autorizado a apresentar queixa contra a empresa pelo prejuízo económico causado pelo facto de o trabalhador não pagar a renda. Cfr. o considerando 56 da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de novembro de 2022.

presente Diretiva. Esta possibilidade encontra-se, aliás, excluída desde a versão inicial da Proposta de Diretiva que apreciamos, datada de 10/03/2021.

Deve ser tido igualmente em consideração que a responsabilidade civil de uma empresa por estes danos não deverá prejudicar a responsabilidade civil das suas filiais, tão pouco a respetiva responsabilidade civil dos seus parceiros empresariais (diretos e indiretos).

Assim, se 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 (art. 22.º, n.º3, da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022).

Em face da eventualidade de uma empresa-mãe cumprir as obrigações impostas por esta Proposta de Diretiva em nome das suas filiais, cumpre sublinhar que tal circunstância não prejudica a responsabilidade civil das filiais em relação às pessoas lesadas. Por consequência, se estiverem reunidos os pressupostos da responsabilidade civil, a filial poderá ser responsabilizada pelos danos causados, independentemente de ter sido a própria ou a empresa-mãe a cumprir tais obrigações⁶⁵.

Em simultâneo, tendo em conta que os efeitos negativos deverão ser priorizados de acordo com os critérios da severidade e probabilidade e combatidos de forma gradual, se não for possível sanar plena e simultaneamente todos os efeitos negativos identificados, a empresa não deverá ser responsável por quaisquer danos decorrentes de efeitos negativos menos significativos que não tenham sido sanados⁶⁶.

Pertinente será também a questão de saber a quem compete intentar uma ação nos tribunais nacionais e em que condições. Uma vez que esta questão é deixada ao critério nacional, aguarda-se então para saber se a legitimidade processual estará, por exemplo, ao dispor exclusivo da vítima ou de uma organização da sociedade civil⁶⁷.

Em sentido semelhante, a presente Proposta de Diretiva não determina a quem caberá provar que a ação da empresa era razoavelmente adequada, a atenuar ou cessar os efeitos negativos causados, nas circunstâncias do caso concreto. Mais uma vez, tal determinação é deixada ao critério do direito pátrio⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. o considerando 16-B da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022

⁶⁶ *Ibid.*, o considerando 57.

⁶⁷ *Ibid.*, o considerando 58.

⁶⁸ *Idem Ibidem.*

2.4.1.1 Comparação com a anterior versão da proposta de diretiva

Em comparação com a anterior versão da Proposta de Diretiva, de 23 de maio de 2022, releva, na atual versão, uma densificação dos pressupostos da responsabilidade civil das empresas (cfr. art.º 22) e um aparente retrocesso no regime de responsabilização direta dos administradores⁶⁹.

Além da eliminação dos artigos 25.º e 26.º, referentes, respetivamente, ao dever de diligência dos administradores e à criação e supervisão do mesmo, o artigo 22.º, agora com a epígrafe “responsabilidade civil das empresas e direito a reparação integral”, sofreu alterações significativas. O objetivo terá sido “garantir clareza jurídica e segurança para as empresas e de evitar interferências irrazoáveis nos sistemas de direito da responsabilidade civil dos Estados-Membros”⁷⁰.

Neste contexto, convém sublinhar, desde logo, a incorporação expressa, neste artigo, da natureza jurídica do lesado (i.e., pessoa singular ou coletiva) e a clarificação das regras que determinam a responsabilidade civil das empresas, no caso de estas causarem danos ao primeiro.

Em paralelo, acrescentou-se explicitamente o direito do lesado à reparação integral pelos danos causados e foi esclarecida a operacionalidade da responsabilidade solidária, suscetível de ser acionada sempre que exista uma pluralidade de responsáveis.

Por outro lado, a anterior versão relacionava as obrigações das empresas em matéria de dever de diligência e as obrigações dos seus administradores, desde que, naturalmente, associadas a esse dever. Neste sentido, colocava-se a questão de saber se, na presença de uma violação do dever de diligência, seria possível demandar não só as empresas, mas também os seus administradores⁷¹.

O artigo 26.º da anterior versão da Proposta de Diretiva mencionava claramente que “os administradores das empresas (...) são responsáveis pela aplicação e supervisão das medidas relativas ao dever de diligência”. Ora, ao desrespeitar este dever, encontrar-se-ia fundamento para demandar diretamente os administradores em virtude da violação de uma obrigação efetivamente expressa na lei (nesse caso, o preceito do artigo 22.º)⁷².

⁶⁹ ANTUNES, Ana Filipa Morais (2022) - ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos. *Revista de Direito Comercial*. P. 4. Disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/>.

⁷⁰ Cfr. ponto E, n.º 27, p. 9, da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022. P. 9.

⁷¹ ANTUNES, Ana Filipa Morais (2022) - ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos. *Revista de Direito Comercial*. P. 14. Disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/>.

⁷² *Ibid.* P. 16.

Porém, o texto de compromisso consolidado da Proposta de Diretiva suprimiu este artigo, em prejuízo do anterior entendimento, expresso nos considerandos n.º 63 e 64 da versão da Proposta de Diretiva de 23 de fevereiro de 2022.

Não obstante, o ordenamento jurídico português - tal como outros, é certo - consagra expressamente os deveres (fundamentais) dos administradores (artigo 64º do CSC), bem como a responsabilidade decorrente dessa circunstância, tornando-se possível, desta forma, a responsabilização civil dos mesmos.

Mediante o exposto, será relevante aprofundar o nexos entre o dever de diligência empresarial e o dever de diligência (ou de cuidado) dos administradores relativamente à empresa, no âmbito do nosso ordenamento jurídico, de forma a tentar acomodar esta última possibilidade.

2.4.2 Os deveres dos administradores

A grande reforma do Direito das Sociedades, imposta pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, veio introduzir uma distinção, no dizer da lei, entre deveres de cuidado e deveres de lealdade, que, desde então, constituem os deveres fundamentais dos administradores e, conseqüentemente, o padrão de aferição da (i)licitude das suas condutas.

Nesse momento, o ordenamento jurídico português principiou a responsabilidade social das empresas, em concreto através do disposto na alínea b) do artigo 64.º, n.º1, do Código das Sociedades Comerciais, segundo a qual os administradores devem conduzir a sociedade tendo em conta não apenas o interesse dos sócios, mas também o interesse de outros sujeitos considerados relevantes para a sustentabilidade da sociedade, como os seus trabalhadores e clientes.

Desta forma, é possível retirar da norma em apreço que os administradores, no exercício das suas funções, e por respeito a este dever de lealdade, deverão abster-se de agir quando a sua ação, orientada, em regra, para a realização dos interesses de longo prazo dos sócios, é suscetível de causar um sacrifício desproporcionado dos interesses dos outros *stakeholders*⁷³.

A este respeito, convém salientar o conceito, explicitado no art. 3.º, alínea n), da Proposta de Diretiva de 30 de Novembro de 2022, de “partes interessadas”, que exige a consideração de interesses de diversos grupos de indivíduos – como trabalhadores, consumidores ou comunidades – para o exercício deste dever de diligência empresarial.

No entanto, não se tratando a alínea b) do artigo 64.º, n.º1, do CSC, de uma norma que consagra um dever de responsabilidade social empresarial em sentido próprio, a jurisprudência tem mantido a sua aplicabilidade à margem das decisões judiciais. Este facto explica-se igualmente em virtude da relação existente entre a gestão de uma empresa e o ânimo de lucro da mesma.

Mais ainda, esta conceção de lealdade tem sido, desde a sua introdução na lei portuguesa, alvo de várias críticas por parte da doutrina, reduzindo-se ainda mais a probabilidade de ser tida em conta pela jurisprudência.

Entre as críticas, escolhe-se aqui transcrever a perspetiva de António Menezes Cordeiro:

⁷³ SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. P. 33.

*exigir 'lealdade' no interesse da sociedade e, ainda, atendendo aos interesses (a longo prazo) dos sócios, e ponderando os de outros sujeitos, entre os quais os trabalhadores, os clientes e os credores, é permitir deslealdades sucessivas. Quem é 'leal' a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente*⁷⁴.

Por outro lado, os administradores devem observar, no exercício das suas funções, “deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado”, conforme a alínea a) do artigo 64.º, n.º1, do CSC.

Ora, os deveres fundamentais dos administradores supracitados não admitem, portanto, a preclusão da hipótese de responsabilização dos administradores, pelo simples facto de, na última versão da Proposta de Diretiva em análise, não se encontrar (agora) expresso o dever de diligência dos mesmos.

Para este efeito, a jurisprudência deverá, antes, recorrer diretamente aos deveres de lealdade e/ou ao de cuidado exigidos pelo nosso ordenamento jurídico aos administradores, assim como às consequências previstas, nos artigos 72.º e 79.º do CSC, no caso de violação das obrigações aí impostas.

Desta forma, e tal como indica Ana Filipa Antunes, “a derrogação dos artigos 25.º e 26.º da Proposta de Diretiva não parece comprometer, por si só, o juízo quanto à existência de umnexo entre o dever de diligência empresarial e o dever de diligência dos administradores relativamente à empresa (nos termos autorizados pelo Direito nacional)”⁷⁵.

⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes (2007) - Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64.º/1 do CSC). In *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura – A Reforma do Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra : Almedina. P. 41.

⁷⁵ ANTUNES, Ana Filipa Morais (2022) - ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos. *Revista de Direito Comercial*. P. 19. Disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/>.

2.4.3 Os possíveis deveres futuros das empresas

Orientando, agora, a atenção para as obrigações que a Proposta de Diretiva em análise vem estabelecer às empresas, cumpre equacionar se o respetivo regime de responsabilidade poderá assentar em normas já existentes no nosso ordenamento jurídico ou se, pelo contrário, implica a introdução de legislação adicional.

Para Catarina Serra, a eventual responsabilidade de uma empresa por danos causados a uma pessoa singular ou coletiva, decorrentes de efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente, vem convocar mudanças na lei portuguesa. Segundo a autora, esta responsabilidade poderá ser operacionalizada na lei portuguesa através da imposição às empresas de dever(es) de cuidado com os direitos das pessoas⁷⁶.

O legislador alemão, por exemplo, seguiu esta via ao estabelecer, em 2021, a obrigatoriedade de determinadas empresas realizarem a *due diligence* na sua cadeia de fornecimento⁷⁷. Foi, assim, imposto, pela primeira vez, às empresas um dever jurídico em matéria de direitos humanos - o dever de as empresas que têm a sua administração central, o seu estabelecimento principal, a sede estatutária ou a sede do seu órgão de administração no território alemão, respeitarem os direitos humanos na sua cadeia de fornecimento⁷⁸.

Com efeito, um número considerável de empresas germânicas⁷⁹ tem, à data ou muito em breve, de realizar processos de devida diligência em matéria de direitos humanos, conforme o enunciado pela OCDE, sendo de salientar que estes processos abrangem todas as fases conducentes à produção de bens ou à prestação de serviços.

Neste âmbito, é, muitas vezes, assumido o pressuposto de que são os direitos humanos que oferecem proteção contra as alterações climáticas perigosas e que os mesmos devem ser respeitados pelas empresas. No entanto, é discutível se imposição de

⁷⁶ SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. PP. 40-41.

⁷⁷ Através da Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG). Por sua vez, em França, o legislador introduziu a “Loi relative au devoir de vigilance, 2017”, enquanto, nos Países Baixos, foi introduzida uma lei específica sobre o trabalho infantil, a “Wet zorgplicht kinderarbeidm, 2019”. Cfr. a nota de rodapé n.º3 da Proposta de Diretiva de 30 de novembro de 2022.

⁷⁸ SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra - Almedina, ano 14, vol.27. P. 37.

⁷⁹ Para melhor compreensão, convém sublinhar que esta lei se aplica, a partir de 1 de janeiro de 2023, às empresas alemãs que tenham, no mínimo, três mil trabalhadores e, a partir de 1 de janeiro de 2024, às empresas que tenham, pelo menos, mil trabalhadores.

deveres às empresas em matéria de direitos humanos será suficiente para que elas assumam a conduta devida em matéria ambiental⁸⁰.

Caberá, então, saber sobre que fundamento jurídico poderá vir a ser sustentada a responsabilidade empresarial, à luz da presente Proposta de Diretiva, no nosso ordenamento jurídico, sendo certo que, se alguma coisa tiver de mudar no direito pátrio, a técnica e o conteúdo da política legislativa a adotar serão fundamentais⁸¹.

Com efeito, deverá ser solicitada uma intervenção mais incisiva do legislador, de maneira a consagrar e, conseqüentemente, promover a responsabilidade social das empresas. Ora, se este é o caminho, como parece apontar o dever de diligência em análise, a Proposta de Diretiva poderá mesmo ser a causa determinante para esta evolução legislativa.

⁸⁰ *Ibid.* P. 29.

⁸¹ *Ibid.* P. 41.

2.4.4 O caso *Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell*

Por estes caminhos desbravou o Tribunal de Haia (Juízo de Comércio), que, chamado a pronunciar-se sobre o impacto ambiental causado pelo Grupo *Shell*, proferiu, em 26 de maio de 2021, uma decisão (de condenação) considerada um marco fundamental na jurisprudência ambiental⁸². Para muitos autores internacionais, uma “*groundbreaking ruling*” ou “*landmark judgement*”⁸³.

A iniciativa nasceu de um conjunto de entidades, lideradas por uma organização ambiental da sociedade civil holandesa - intitulada *Milieudéfensie* –, que, em conjunto, propuseram o equivalente, no nosso ordenamento jurídico, a uma ação popular (artigo 52.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa). Por sua vez, na lei holandesa o respetivo instrumento legal é designado *class action*.

Ponderadas várias circunstâncias, nomeadamente os interessados dos cerca de dezassete mil indivíduos representados por esta organização, o Tribunal de Haia condenou a *Royal Dutch Shell* (RDS), a empresa *holding* Grupo Shell, numa obrigação de reduzir as emissões de CO2 em 45% até 2030, por referência às emissões de 2019.

Note-se, ainda, que esta obrigação (de resultado) tem aplicabilidade para todas as empresas do Grupo Shell, sendo a RDS *shareholder* de mais de 1110 empresas estabelecidas em 160 países⁸⁴. Além desta, foi também imposta uma obrigação de meios relativamente a todas as entidades da cadeia de fornecimento com quem o grupo mantém relações empresariais, incluindo os destinatários finais⁸⁵.

Naturalmente que, enquanto membro preponderante do mercado petrolífero mundial, o Grupo Shell é associado à emissão de centenas de milhares de toneladas de

⁸² REDINHA, Maria Regina; GUIMARÃES, Maria Raquel (2021) - Clima estável: a urgência de um direito, a propósito do caso *Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell* – Editorial. *Revista Eletrónica de Direito*, vol. 26. P.3. Disponível em <https://cij.up.pt/client/files/>.

⁸³ MACCHI, Chiara; ZEBEN, Josephine Van - Business and human rights implications of climate change litigation: *Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell*. *Apud* SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. P. 27.

⁸⁴ PACHECO, Sara (2022) – Julgamento histórico: *Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell*. *Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog*, Disponível em <https://testes.novabhre.novalaw.unl.pt/julgamento-historico-milieudéfensie-et-al-v-royal-dutch-shell/>.

⁸⁵ SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. P. 28.

dióxido de carbono, assumindo a RDS, enquanto “empresa-mãe”, a política comercial a implementar pelas várias empresas que constituem o Grupo⁸⁶.

Dentro deste contexto, o Tribunal fundamentou a sua decisão de condenação no dever não escrito de cuidado, decorrente do artigo 6.2, nº2, do Código Civil holandês. Desta norma, é possível retirar a seguinte máxima: “qualquer conduta que contrarie uma regra que geralmente se aceita como não escrita contraria a lei”, que permite sustentar que, ao definir a estratégia do Grupo Shell, a RDS deve ter em conta o cuidado tal como é entendido, em geral, pela sociedade⁸⁷.

Este (dever de) cuidado foi interpretado de acordo com catorze fatores, nomeadamente as consequências das emissões de CO2 para toda a Holanda e para a região de Wadden em particular (local onde o Grupo Shell desenvolve atividades), tendo sido reiterado que o aquecimento global, para o qual a RDS contribuiu, provocou danos a nível da saúde destes habitantes, devido, por exemplo, à deterioração da qualidade do ar e ao aumento do número de doenças infecciosas.

Por outro lado, o Tribunal ponderou o direito à vida e o direito ao respeito pela vida privada e familiar dos residentes na Holanda e dos habitantes da região de Wadden, consagrados, respetivamente, nos artigos 2.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁸⁸ e nos artigos 6.º e 17.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos⁸⁹.

Sublinhe-se, ainda, que, para esta decisão, foram tidos em conta os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas e os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, que as empresas devem (voluntariamente) respeitar.

Mais, o amplo recurso à *soft law* na interpretação do dever (não escrito) de cuidado terá sido decisivo para a condenação no caso *Milieudéfensie et al. V. Royal Dutch Shell*,

⁸⁶ PACHECO, Sara (2022) – Julgamento histórico: Milieudéfensie et al. v Royal Dutch Shell. *Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog*, Disponível em <https://testes.novabhre.novalaw.unl.pt/julgamento-historico-milieudéfensie-et-al-v-royal-dutch-shell/>.

⁸⁷ SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. P. 28.

⁸⁸ Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.

⁸⁹ Disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/>.

uma vez que permite aos tribunais holandeses interpretarem cláusulas gerais em função das normas de Direito Internacionais⁹⁰.

Ora, não estando as empresas diretamente vinculadas pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, a liberdade, neste caso entregue ao decisor, de interpretar normas não escritas em função do estabelecido nestes tratados, é determinante para a sua responsabilização⁹¹.

Para o caso nacional, esta decisão pode funcionar como exemplo do caminho a seguir. Primeiro, a condenação estabelece um precedente no que toca à litigância com multinacionais, demonstrando uma das formas possíveis de responsabilizar empresas por danos causados nos direitos humanos. Depois, deverá inspirar o legislador nacional a consagrar dever(es) dotado(s) de elasticidade, à imagem do caráter aberto do dever não escrito de cuidado previsto no Direito holandês.

⁹⁰ É a chamada tese do “efeito indireto” ou do “efeito reflexo”, a partir da qual as normas internas devem ser interpretadas em conformidade com as normas internacionais. Esta via é relevante sobretudo para a aplicabilidade de normas internacionais não vinculativas ou de *soft law*.

⁹¹ *Ibid.* P. 30.

3 A *due diligence* no âmbito societário português e a sua relação com a proposta de diretiva

3.1 Conceito

No ordenamento jurídico português, a importação do conceito *due diligence* tem originado diversas interpretações, havendo quem considere que o termo traduz, literalmente e com rigor, o conceito de diligência devida, enquanto outros autores invocam, por exemplo, a expressão auditoria societária, sempre que esteja em causa a compra e venda de participações sociais como forma de transmissão indireta de uma empresa.

De todo o modo, é consensualmente aceite na doutrina nacional que a terminologia anglo-saxónica nos remete para um padrão de diligência exigível⁹², a ter em consideração aquando da sua aplicação ao caso concreto, e consiste num processo minucioso de recolha de informação.

Este processo de recolha de informação visa, na maioria das vezes, conhecer com detalhe indicadores de uma sociedade, tais como as participações sociais, o património social, as relações entre a sociedade e os seus sócios e entre eles⁹³. Por outro lado, depende de fatores, que variam em função do caso concreto, como a dimensão da sociedade, a colaboração da sociedade-alvo ou os custos associados.

Neste sentido, a *due diligence* é frequentemente realizada antes da celebração de um contrato de aquisição de uma empresa e desencadeada, em regra, pelo potencial adquirente, que com esta ambiciona recolher todos os dados necessários à avaliação do objeto negocial e à determinação do seu preço, ficando assim cabalmente informado para decidir ou não adquirir.

Partindo de um ou de outro, com a realização da *due diligence*, é esperado colocar termo ao défice informativo ainda antes da celebração do contrato, sendo o combate à assimetria informativa entre comprador e vendedor comumente identificado como o desiderato a atingir⁹⁴.

⁹² RUSSO, Fábio Castro (2011) - Due diligence e responsabilidade. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina. P. 14.

⁹³ *Idem Ibidem*.

⁹⁴ *Ibid*. PP. 15-16.

3.2 Funções

Pelo que já foi afirmado, facilmente se depreende que a principal função da *due diligence* é, pois, a função informativa, não obstante identificarem-se outras a orbitar em seu torno, a saber, também, as funções garantística, valorativa e probatória⁹⁵.

Primeiramente, destaca-se a função informativa, dado que a realização da *due diligence* tem em vista a obtenção de informação completa e exaustiva, permitindo ao seu desencadeador, e consequentemente à contraparte, estabelecer a sua vontade negocial de forma livre e objetiva, identificando eventuais contingências no decurso do processo negocial.

Porém, mais do que informação em abstrato, pretende-se obter informação para um determinado efeito, e são estas (sub-)funções que devem agora ser evidenciadas⁹⁶.

É o caso da função garantística, que tem como objetivo, mediante a recolha da informação, atestar a inexistência de vícios materiais ou ocultos. Neste contexto, sucede-se, muitas vezes, a elaboração de cláusulas de garantia, também conhecidas como *representations and warranties*⁹⁷, de forma a tutelar o adquirente.

Intimamente relacionada com a determinação do preço contratual, encontra-se a função valorativa. Esta função permite não só determinar o montante em apreço, como também o seu eventual diferimento ao longo do tempo, mediante o recurso, por exemplo, a depósitos bancários fiduciários.

Por fim, a realização da *due diligence* assume uma importante função probatória, até para a tutela dos membros do órgão de administração da sociedade compradora. Neste caso, a relevância consiste em asseverar, mais facilmente, a prova das informações a que as partes tiveram acesso em sede pré-contratual, o que poderá ser conveniente no caso de existirem ónus ou vícios na coisa transmitida.

⁹⁵ ANTUNES, José Engrácia (2008) - A empresa como objeto de negócios “asset deals” versus “share deals”. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa : ROA, ano 68, vol. II/III, P. 753.

⁹⁶ RUSSO, Fábio Castro (2011) - Due Diligence e responsabilidade. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina. P. 16.

⁹⁷ Não obstante ambas as figuras configurarem meios de tutela do adquirente, destacam-se as *warranties*, que correspondem a uma promessa sobre a veracidade dos factos declarados, criando obrigações entre as partes.

3.3 Objeto de análise

O objeto de análise da *due diligence* não se encontra estritamente definido do ponto de vista teórico, sendo antes estabelecido em função de cada caso em particular, e sobretudo em função da concreta sociedade-alvo⁹⁸.

Não obstante, é, muitas vezes, referida a existência de um conteúdo mínimo da auditoria⁹⁹, que, podendo versar várias matérias, incide, nomeadamente, na análise da situação patrimonial, a chamada *financical due diligence*, ou na avaliação da sua estrutura jurídica, intitulada *legal due diligence*.

No primeiro caso, a análise inclui, por exemplo, a verificação das demonstrações financeiras da sociedade-alvo e implica o contributo de um especialista na área, como um ROC ou SROC. No segundo, a avaliação versa, desde logo, a estrutura jurídica da sociedade-alvo e exige, em regra, a colaboração de uma sociedade de advogados.

Simultaneamente, existem autores que autonomizam, desta última, a *tax due diligence*, suscetível de detetar eventuais riscos fiscais. Outros, como Hassel, consideram, antes, que a *legal due diligence* tem uma dimensão prospetiva, que permite detetar tais riscos e elaborar uma correta planificação fiscal¹⁰⁰.

Também é possível identificar a *commercial due diligence*, através da qual é estudada a envolvente empresarial da sociedade-alvo, incluindo aspetos como a organização comercial e a posição de mercado.

Outras vezes, o desencadeador da *due diligence* opta pela *human rights due diligence* e/ou pela *environmental due diligence*, que apreciam, respetivamente, o impacto das atividades de uma empresa nos direitos humanos e/ou no ambiente.

Independentemente do objeto, esta análise deve culminar com a elaboração de um *due diligence memorandum*, que reúne as conversações entre os peritos e consultores especializados das partes, bem como uma síntese dos resultados obtidos, expondo as vantagens e inconvenientes do negócio.

⁹⁸ *Ibid.* P. 19.

⁹⁹ *Idem Ibidem.*

¹⁰⁰ Hassel, Frank - Der Einfluss der Due Diligence auf die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Beteiligungskauf. *Apud* Russo, Fábio Castro (2011) - Due Diligence e responsabilidade. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina. P.20.

3.4 A (in)existência de um ónus de realização da *due diligence*

O recurso à *due diligence*, enquanto processo que antecede a celebração de um contrato com vista à aquisição de uma empresa, tem acelerado em face do aumento da disparidade informativa entre contraentes, consequência da crescente complexidade do tráfego jurídico.

Não obstante, e ainda que exista muita discussão sobre este processo na doutrina, a *due diligence* mantém-se um mecanismo facultativo, cabendo às partes a decisão sobre a sua realização e os termos em que é exercida – por exemplo, se o seu objeto de análise considera (ou não) o desempenho social e ambiental de uma sociedade.

De acordo com Catarina Monteiro Pires, não existe, na esfera jurídica do comprador, nenhum dever de realização da *due diligence*, sobretudo por aqui nos encontrarmos no domínio da autonomia privada. Como explica a autora, “a lei não sugere que o comprador que não realiza a *due diligence* viola um dever”¹⁰¹.

Também Eva Moreira da Silva alerta neste sentido, apelando à ideia de que a auto-informação não será propriamente um dever. Ainda assim, cada uma das partes deverá, pelo menos procurar, informar-se. Se não o fizer, arcará com as respetivas consequências¹⁰².

A *contratio sensu*, existem outros autores, como é o caso de José Engrácia Antunes, que identificam a existência de um “dever informativo pré-contratual” na esfera jurídica do alienante¹⁰³. Fábio Castro Russo segue a mesma ordem de ideias, chegando mesmo a afirmar que, sempre que estejam em causa informações relevantes para a decisão de contratar, o vendedor de participações sociais poderá ser mesmo considerado, sobre este prisma, “devedor de informação”¹⁰⁴.

De acordo com este último entendimento, para a determinação do conceito de informações relevantes, é fundamental a *due diligence checklist*, um pedido de documentação, enviado ao vendedor, onde o comprador assinala as informações

¹⁰¹ PIRES, Catarina Monteiro (2018) - *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas: Problemas e litígios*. Coimbra : Almedina. P. 26 e ss.

¹⁰² SILVA, Eva Sónia Moreira da (2010) - *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro*. Tese de Doutoramento em Direito Ciências Jurídicas-Civilísticas, Minho : Escola de Direito da Universidade do Minho, 2010. P. 26.

¹⁰³ ANTUNES, José Engrácia (2008) - A empresa como objeto de negócios “asset deals” versus “share deals”. In *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa : ROA, ano 68, vol II/III. P. 764.

¹⁰⁴ RUSSO, Fábio Castro (2011) - Due Diligence e responsabilidade. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almeida. P. 21.

essenciais para a sua decisão de contratar e, em sentido contrário, permite concluir que a sua decisão não depende das informações que não foram solicitadas¹⁰⁵.

Assim, a partir deste documento, poderão vir a ser determinadas as fronteiras do conteúdo do dever pré-contratual de informação. Logo, se o vendedor facultar a informação requerida na *due diligence checklist*, estará a cumprir o seu dever pré-contratual de informação.

Mais uma vez, Catarina Monteiro Pires discorda, ao considerar que o dever de informação não se delimita de acordo com a *due diligence checklist*, vigorando sempre o dever de informação do vendedor¹⁰⁶.

Concluimos, então, que não existe consenso quanto à existência de um ónus de realização da *due diligence* no direito societário português, o que contribuiu de sobremaneira para a indeterminação do regime de responsabilidade das partes.

Para os autores que defendem, no âmbito da *due diligence*, a existência de um dever pré-contratual de informação na esfera jurídica do alienante, o mesmo decorre do dever genérico de negociar de boa-fé, consagrado no art.º 227, n.º 1 do Código Civil.

Segundo esta corrente de opinião, se tal dever não for respeitado, incorrerá em responsabilidade a parte que, com culpa ou sem ter usado o padrão de diligência exigível, violou uma obrigação pré-contratual, provocando prejuízos à contraparte¹⁰⁷. Deste modo, a primeira (parte) poderá indemnizar a segunda pelos prejuízos causados.

¹⁰⁵ *Ibid.* PP. 21-22.

¹⁰⁶ PIRES, Catarina Monteiro (2018) - *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas: Problemas e litígios*. Coimbra : Almedina. P. 38.

¹⁰⁷ Para mais desenvolvimentos: SILVA, Eva Sónia Moreira da (2010) - *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro*. Tese de Doutoramento em Direito Ciências Jurídicas-Civilísticas, Minho : Escola de Direito da Universidade do Minho, 2010. P. 288 e ss.

3.5 A relevância do grau de cumprimento da proposta de diretiva no âmbito da *due diligence*

Como se retira da análise que tem vindo a ser realizada, o conceito de *due diligence* tem sentidos distintos, consoante nos encontramos no âmbito do direito societário nacional ou da 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.

Neste sentido, no âmbito do direito societário, o conceito de *due diligence* diz respeito a um processo de recolha de informação, que pode ser utilizado aquando da negociação de participações sociais de controlo. Assim, e tal como aprofundado anteriormente, num cenário de compra e venda de uma empresa, o potencial adquirente ou vendedor têm a faculdade de desencadear este processo¹⁰⁸.

Pelo contrário, a expressão *due diligence* apreciada à luz da Proposta de Diretiva assume um sentido distinto, remetendo para a obrigação de as empresas envidarem esforços no sentido de identificarem, avaliarem, prevenirem, mitigarem ou cessarem os efeitos negativos nos direitos humanos, no ambiente ou na governação pública, decorrentes das suas atividades e/ou das empresas com quem se relacionem¹⁰⁹.

Porém, é possível estabelecer uma relação entre as diferentes versões deste conceito. Desde logo, porque a circunstância de não existir uma obrigatoriedade de realização da *due diligence* configura um terreno fértil para a intervenção do legislador, de forma a estabelecer uma maior vinculatividade dos critérios *ESG*.

Porventura, o legislador poderá estabelecer a obrigação de as empresas participarem em processos de *environmental e human rights due diligence* no contexto da compra e venda de participações sociais, com o objetivo de reforçar o cuidado ambiental e social na governação e gestão empresariais. Por exemplo, ao impor ao vendedor o dever de divulgar informações sobre os direitos humanos e sociais em sede pré-contratual, nos termos previstos na Proposta de Diretiva.

Por certo, desse modo, as empresas estariam mais próximas de identificar e fazer cessar os impactos negativos, atuais e potenciais, nos direitos humanos e no ambiente em que possam estar envolvidas, exonerando-se, por essa via, da responsabilidade que vier a

¹⁰⁸ Para melhor contextualização, vide p. 44.

¹⁰⁹ ABREU, J.M. Coutinho de (2022) - Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/03/2021). In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27. P. 16.

ser estabelecida neste âmbito e contribuindo, assim, para a determinação do regime de responsabilidade das partes.

Além disso, o próprio grau de cumprimento das obrigações impostas em matéria de sustentabilidade pela Proposta de Diretiva poderá vir influenciar o valor das empresas. Ora, aquando da compra e venda de participações, perante empresas com características semelhantes, aquela que cumprir as obrigações impostas em matéria de sustentabilidade pela Proposta de Diretiva será, em princípio, mais valorizada do que aquela que não o fizer.

4 Considerações finais

Primeiramente, constatamos, no seio da União Europeia, a ineficácia prática da maioria dos instrumentos existentes em matéria de conduta empresarial responsável, bem como a inexistência, à data, de uma regulamentação horizontal da *due diligence* em matéria de sustentabilidade.

Por essas circunstâncias, a Proposta de Diretiva que apreciamos, ao promover a governação responsável das empresas – em particular, o respeito pelos direitos humanos e o cumprimento das normas ambientais – através da *due diligence*, assume uma importância capital e visa colmatar uma lacuna existente no quadro legal da maioria dos EM da União Europeia.

Para o efeito, a Proposta de Diretiva estabelece um regime de responsabilidade civil para as empresas, em caso de violação das obrigações impostas pela Proposta de Diretiva, que consideramos não vir precluir a responsabilização direta dos administradores, ao abrigo, nomeadamente, dos arts. 64.º, 72.º e 79.º do CSC.

A concretização da possibilidade mencionada no último parágrafo será, certamente, um dos principais desafios decorrentes da transposição da Proposta de Diretiva para o nosso ordenamento jurídico, assim como a – acredita-se, futura - necessidade de o legislador impor expressamente um dever, possivelmente de cuidado, às empresas em matéria de direitos humanos e ambientais.

Vários países, presumivelmente na vanguarda legislativa desta matéria, fizeram-no e o legislador português deverá seguir-lhes o caminho. Agora, a questão essencial será determinar a forma mais adequada de consagrar este dever de responsabilidade social das empresas na nossa lei, sendo nossa recomendação a consagração de normas dotadas de elasticidade e menos rígidas, suscetíveis de trazer à colação normas de direito internacional que permitam fundamentar a RSE.

Por outro lado, consideramos que, apesar de Portugal não ser um país onde se instalam as sedes dos maiores grupos empresariais (i.e., aqueles abrangidos pelo âmbito de aplicação), o impacto da Proposta de Diretiva não deve ser minimizado, uma vez que vem afetar, num segundo nível, as empresas portuguesas que participam na cadeia de atividades das primeiras.

Por fim, concluímos que o grau de cumprimento das obrigações impostas na Proposta de Diretiva poderá assumir relevância na compra e venda de participações sociais. Quanto maior o cumprimento, maior o preço do objeto negocial e vice-versa.

5 Referências Bibliográficas

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (2022) – Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/03/21). In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27.

ALVES, Cristina (2019) – *A pertinência da due diligence – questões subjacentes no processo negocial*. Tese de mestrado em Direito e Gestão, Porto : Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

ANTUNES, Ana Filipa Morais (2022) - ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos. *Revista de Direito Comercial*. (Consultado a 06/05/2023). Disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/>.

CÂMARA, Paulo; MORAIS, Filipe (2022) - The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In *The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance*. Switzerland : Springer Nature Switzerland AG.

COMISSÃO EUROPEIA (2018) – Comunicação Plano de Ação: Financiar um crescimento sustentável. (Consultado a 31/03/2023). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>.

COMISSÃO EUROPEIA (2019) – Comunicação Pacto Ecológico Europeu. (Consultado a 31/03/2023). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/resource>.

CORDEIRO, António Menezes (2007) - Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64.º/1 do CSC). In *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura – A Reforma do Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra : Almedina.

COSTA, Ricardo (2011) – Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina.

FERREIRA, Bruno (2022) – Dever de diligência em matéria de sustentabilidade: aqui vamos nós!. *Nota Informativa PLMJ*. (Consultado a 30/04/23). Disponível em <https://www.plmj.com/pt/conhecimento/notas-informativas/>.

MARTINS, Maria Inês de Oliveira (2022) - Proposta de Diretiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial – Os pressupostos da responsabilidade civil. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol.27.

NEVES, Inês; SEQUEIRA, Benedita (2022) – Sobre o dever de diligências das empresas em matéria de sustentabilidade – Quo vadis?. *Observatório Almedina*. (Consultado a 30/04/2023) Disponível em <https://observatorio.almedina.net/>

OCDE (2018) – Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável. (Consultada a 30/04/2023). Disponível em <https://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia>.

ONU (2012) - Guia Interpretativo dos Princípios Orientadores (Consultado a 30/04/2023). Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/>.

ONU (2017) - Guia de Referência para empresas em Matéria de Direitos Humanos, versão 2.0. (Consultado a 30/04/2023). Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/>.

PACHECO, Sara (2022) – Julgamento histórico: Milieudéfensie et al. v Royal Dutch Shell. *Nova Centre on Business, Human Rights and the Environment Blog*. (Consultado a 06/05/2023). Disponível em <https://testes.novabhre.novalaw.unl.pt/julgamento-historico-milieudéfensie-et-al-v-royal-dutch-shell/>.

PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO (2014) – Diretiva 2014/95/UE, de 22 de outubro de 2014, que altera a Diretiva 2013/34/UE no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos. (Consultado a 31/03/2023). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>.

PARLAMENTO EUROPEU (2021) – 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. (Consultado a 06/05/2023). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>.

PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO (2021) – Regulamento (UE) 2021/1119, de 30 de junho de 2021, que cria o regime para alcançar a neutralidade climática e que altera os Regulamentos (CE) n.º 401/2009 e (UE) 2018/1999. (Consultado a 31/03/2023). Disponível em [Publications Office \(europa.eu\)](https://publications-office.europa.eu/).

PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO (2022) – Diretiva (UE) 2022/2464, de 14 de dezembro de 2022, que altera o regulamento (UE) n.º 537/2014, a Diretiva 2004/109/CE, a Diretiva 2006/43/CE e a Diretiva 2013/34/UE no que diz respeito ao relato de sustentabilidade das empresas. (Consultado a 31/03/2023). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>.

PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO (2022) – Proposta de Diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937. (Consultado a 06/05/2023). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/>.

PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO (2022) – Proposta de Diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937 – Orientação Geral. (Consultado a 06/05/2023). Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/>.

PARLAMENTO EUROPEU, CONSELHO e COMISSÃO EUROPEIA (2022) – Prioridades Legislativas da UE para 2023 e 2024. (Consultado a 30/04/2023). Disponível em <https://www.consilium.europa.eu/>

PIRES, Catarina Monteiro (2018) - *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas: Problemas e litígios*. Coimbra : Almedina.

REDINHA, Maria Regina; Guimarães, Maria Raquel (2021) - Clima estável: a urgência de um direito, a propósito do caso Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell – Editorial. (Consultado a 06/05/2023). *Revista Eletrónica de Direito*, vol. 26. Disponível em <https://cij.up.pt/client/files/>.

RUSSO, Fábio Castro (2011) - Due Diligence e responsabilidade. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina.

SERRA, Catarina (2022) - Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina, ano 14, vol. 27.

SERRA, Catarina (2011) – Entre *corporate governance* e *corporate responsibility*: deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra : Almedina.

SILVA, Eva Sónia Moreira da (2010) - *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro*. Tese de Doutoramento em Direito Ciências Jurídicas-Civilísticas, Minho : Escola de Direito da Universidade do Minho, 2010.