



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESG E O DIREITO SOCIETÁRIO

Avanços, recuos e objetivos do processo legislativo

Ana Raquel Mendes Salgado

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESG E O DIREITO SOCIETÁRIO

Avanços, recuos e objetivos do processo legislativo

Ana Raquel Mendes Salgado

Sob a Orientação de

PROFESSORA DOUTORA MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2023

“Progredir na ciência, na arte, na filosofia, etc. não é propriamente acumular conhecimentos, é abrir novos caminhos, pensar as coisas, abrir novas ideias, pôr dúvidas. As dúvidas são mais importantes que as certezas.”

António Coimbra de Matos: O Olhar Nos Outros

AGRADECIMENTOS

Ao longo da vida, apercebemo-nos que mais do que qualquer conquista, aquilo que verdadeiramente importa no momento de ultrapassagem da meta é o caminho até aí percorrido, como tal importa agradecer a todos que me acompanharam até então e celebraram as minhas vitórias como se deles fossem.

Aos meus pais, por serem patrocinadores de todos os sonhos, por me apoiarem em todos os desafios e estarem sempre na fila da frente a aplaudir, o maior agradecimento é para eles.

À minha irmã, que me motiva a ser melhor.

À minha prima Isabel, por estar sempre pronta a ajudar-me, seja qual for a tarefa.

À Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, pela orientação e por todos os conhecimentos transmitidos.

Às minhas companheiras da dissertação: à Joaquina, por todo o apoio, pelas palavras que me motivaram e por todas as vezes que me acolheu e à Margarida, por ter tornado os domingos de escrita mais leves.

Por fim, a todos que comigo se cruzaram nos últimos anos curriculares, fizeram com que este caminho fosse mais fácil de percorrer.

O meu obrigada.

RESUMO

Encontra-se a correr na União Europeia um processo legislativo que visa estabelecer um dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, fazendo-lhe corresponder um regime de responsabilidade civil harmonizado no espaço comunitário.

Estando em causa um processo legislativo, foram claramente encontradas algumas dificuldades ao longo do presente trabalho, nomeadamente com a revisão do texto pelo Conselho da União Europeia, que veio alterar alguns dos pontos que já se pressupõem como adquiridos.

A presente dissertação analisará o processo legislativo no que concerne às políticas de *Environmental, Social and Governance*, explorando a proposta de Diretiva, e os eventuais efeitos que uma Diretiva Europeia acarretará para as diversas matérias do direito societário. Num breve capítulo refletir-se-á ainda sobre a forma como deverá ser abordada a transposição da (eventual) Diretiva.

Será de concluir que o processo legislativo é essencial à efetiva alteração da racionalidade empresarial, uma vez que, só desta forma, se poderá transitar para uma economia sustentável e neutra, minimizando as repercussões da atividade das empresas no mercado global.

Palavras-chave: deveres, Diretiva, *ESG*, remuneração, responsabilidade, sustentabilidade.

ABSTRACT

Currently, in the European Union, a legislative process is running. The main goal is to establish a corporate sustainability due diligence, that sets out a harmonized regime of corporate liability in the community space.

Having to deal with an ongoing legislative process, during the current essay, some clear struggles emerged, such as the revision of the text by the Council of the European Union, which changed some of the points that were previously accepted.

The current essay will therefore be of great use to analyse the legislative process concerning the ESG politics by analysing the Directive proposal and the eventual effects that a European directive may have for different matters of corporate law.

To conclude one must state that the legislative process is essential to the effective change of the corporate rationality, since that is the only way we can transit for a sustainable and neutral economy, minimizing the corporate's activities' repercussions in the global market.

Key-words: duties, Directive, *ESG*, liability, remuneration, sustainability.

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	1
INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO I - PROCESSO LEGISLATIVO	5
1. Âmbito de aplicação	5
2. Deveres das empresas	7
3. Papel dos Estados-Membros.....	9
4. Não cumprimento das obrigações.....	10
CAPÍTULO II - AS SOCIEDADES E O SEU FIM	11
1. O interesse social.....	12
CAPÍTULO III - OS DEVERES DOS ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO .	17
1. O Código das Sociedades Comerciais e os deveres dos órgãos de administração	18
2. A Opção Europeia	20
3. Um (eventual) novo dever dos órgãos de administração.....	21
CAPÍTULO IV - REMUNERAÇÃO	26
1. Políticas de remuneração e a sua função. A remuneração variável.....	26
2. O papel que assume a remuneração na adoção de políticas ESG.....	28
CAPÍTULO V – A RESPONSABILIDADE CIVIL	31
1. Responsabilidade Extracontratual e Responsabilidade Subjetiva	31
2. Responsabilidade na cadeia de atividades	33
3. Ónus da prova, obrigação de meios, e eventual impacto na concorrência	35
CAPÍTULO VI - O FUTURO LEGISLATIVO	39
1. Decreto-lei ou alteração do código das sociedades comerciais?	39
2. <i>Comply or Explain</i>	40
CONCLUSÃO	42
BIBLIOGRAFIA	44

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Al. - Alínea

Art. - Artigo

BJR - *Business Judgement Rule*

CC - Código Civil

CEO - *Chief Executive Officer*

CFO - *Chief Financial Officer*

CSC - Código das Sociedades Comerciais

Disp. - Disponível

DL- Decreto-Lei

EM - Estado-Membro

ESG - Environmental, Social and Governance

Idem, ibidem- Mesma obra, mesmo autor, mesma página

IDET- Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho

N.º - Número

Ob. cit. - Obra citada

ONU - Organização das Nações Unidas

UE - União Europeia

Vd. - Vide

INTRODUÇÃO

Em Março de 2021 o Parlamento Europeu, através de Resolução, recomendou a criação de um regime harmonizado de responsabilidade civil das empresas. Surgiu daí uma proposta de Diretiva que foi aprovada em Fevereiro de 2022 ¹, ainda que com algumas alterações significativas, em comparação com os primeiros passos dados em 2020 com o início da iniciativa de *corporate due dilligence* ². A proposta de Diretiva aprovada refere-se ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e terá influência no modo de atuação e posicionamento no mercado das empresas, tanto europeias como externas à União Europeia, dependendo das suas dimensões.

Surge, no entanto, no final de 2022, a Orientação Geral do Conselho da União Europeia ³, que contém o texto revisto da proposta de Diretiva em Fevereiro aprovada, e que vem fazer algumas alterações relevantes. Estas alterações têm como propósito atingir a segurança jurídica necessária para o sucesso do processo legislativo que se encontra a ser percorrido.

Começamos, desde já, por realçar a importância desta iniciativa europeia, iniciativa esta que se espera que termine com a aprovação de uma Diretiva que deverá ser transposta por todos os Estados Membros. Este processo permitirá uma transição da União para a sustentabilidade, sendo que esta apenas será possível com a intervenção de todas as entidades, sejam públicas ou privadas, e só uma iniciativa europeia poderá prosseguir e garantir esta transição para a sustentabilidade ambiental e social.

Com os objetivos de sustentabilidade estipulados, bem se percebe o porquê de as empresas terem um papel crucial na prossecução dos mesmos. Principalmente, a nível ambiental, mas também a nível social, são as empresas que têm o maior impacto nestes setores, comparadas com pessoas singulares, devido à sua atuação nos mercados, às políticas por si adotadas, às suas formas de governação, bem como pela legislação que se vêm incumbidas de cumprir.

Sabemos que na maioria das vezes as empresas podem escolher o ordenamento jurídico em que se constituem e têm a sua sede de forma a aproveitarem a legislação que

¹ Disp. em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071&from=PT>

² Disp. em https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance_en

³ Disp. em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/pt/pdf>

mais lhes convém, é o chamado *forum shopping* ⁴. Uma eventual Diretiva que seja aprovada assumirá um papel importante para a harmonização das legislações, quanto aos objetivos de sustentabilidade delimitados. Para além do mais, tendo em conta os interesses em causa, a ação individual dos Estados nunca conseguiria, de forma aproveitável, salvaguardar os objetivos determinados, tendo em conta a ordem mundial dos problemas ambientais e sociais que se pretendem acautelar.

Pretende-se assegurar que as empresas ativas no mercado interno não se circunscrevem apenas às empresas dos Estados-Membros, mas sim a todas que desenvolvam atividades num volume que possa impactar no seio da União Europeia, contribuam para o desenvolvimento sustentável e “transição das economias e sociedades para a sustentabilidade, através da identificação, prevenção, atenuação, cessação e minimização dos efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente associados às próprias operações, às operações das suas filiais e dos seus parceiros empresariais nas cadeias de atividades das empresas” ⁵.

Os critérios de sustentabilidade *ESG* são cada vez mais tidos em conta por investidores e consumidores, e como tal, é do interesse das empresas terem as suas práticas alinhadas para o desenvolvimento de produtos e serviços mais sustentáveis, conciliando assim a sua prática com investidores, consumidores e com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável definidos pela Organização das Nações Unidas na Agenda 2030 ⁶.

O objetivo é que as políticas das empresas se coadunem mais com os direitos humanos, sociais e com a proteção do ambiente. Estes são, nos dias de hoje, e na sociedade desenvolvida e informada em que vivemos, pontos fulcrais que devem ser tidos em conta para o sucesso das empresas. Para isto é necessário o reforço dos sistemas de governação e gestão das empresas tendo em conta, por um lado, o interesse de todas as

⁴ “Forum shopping is a dirty word; but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdictions, he will naturally choose the one which he thinks his case can be most favourably presented: this should be a matter neither for surprise nor for indignation” Vide Lowenfeld, A. F. (1997). Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations, and Related Tools of International Litigation. *The American Journal of International Law*, 91(2), 314–324. <https://doi.org/10.2307/2954213>

⁵ Cfr. Considerando nº14 da Proposta de Diretiva, na versão adoptada pelo Conselho, a 1 de Dezembro de 2022. Na proposta de Diretiva aprovada em Março de 2022 falava-se em relações empresariais estabelecidas, sendo o conceito definido na alínea f) do artigo 3º. No desenrolar de todo o processo, foram sendo levantadas preocupações quanto ao sentido que poderia assumir este conceito, o que levou a que o mesmo fosse excluído no texto revisto apresentado na Orientação Geral do Conselho da EU, *vd.* proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da EU pp. 6.

⁶ A consultar em: <https://globalcompact.pt/index.php/pt/agenda-2030>

partes interessadas, surgindo assim a figura dos *stakeholders*, por outro, obstar à inércia das empresas quanto ao impacto que as suas atividades têm nas sociedades. A otimização destes pontos passará, de forma inevitável, pela reformulação dos deveres das empresas, dos seus administradores e da remuneração dos mesmos ⁷.

Este dever de diligência das empresas, com a harmonização pretendida por todo o processo legislativo, deverá promover condições de concorrência equitativas e a segurança jurídica de atuação das empresas no mercado comum.

Será, no entanto, um erro considerarmos que as sociedades passarão a existir como entidades filantrópicas na sociedade, haverá este esforço adicional de trazer benefício económico para as mesmas ⁸, não podendo esta obrigação de alteração do *business as usual* ser visto como um encargo que não se repercutirá nos resultados económicos positivos das empresas.

No fundo, os motivos adjacentes para as empresas serão sempre egoísticos. Reforçando os objetivos a longo prazo, considerando interesses que não o dos seus *shareholders*, tendo em consideração políticas ambientais e sociais, otimizando as cadeias de atividades, tudo isto impactará positivamente nas empresas, gerando o objetivo sempre prosseguido por estas: o lucro.

⁷ Cfr. proposta de Diretiva apresentada em Março de 2022, pp. 23. Pese embora, a proposta apresentada pelo Conselho da UE tenha suprido o artigo n.º3 do artigo 15.º, o 25.º e 26.º da proposta apresentada em Março, artigos estes que abordavam pontos cruciais como o dever dos administradores e a sua remuneração, cremos que continuam estes a ser pontos essenciais para a alteração da forma de atuação das empresas.

⁸ Matos, I. S. (2022). ESG and Executive Remuneration. In P. Câmara & F. Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance* (p. 290). Springer Nature Switzerland AG.

CAPÍTULO I

PROCESSO LEGISLATIVO

Começamos com uma análise à proposta de Diretiva de Março de 2022, tendo em conta a Orientação do Conselho da União Europeia, o que posteriormente nos permitirá densificar os pontos que causam mais incertezas e os que potencialmente poderão impactar mais no direito societário e na governação das sociedades.

Estabelecem-se aqui obrigações para as empresas quanto aos efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente, no que diz respeito às suas próprias operações, das suas filiais e às operações efetuadas pelos seus parceiros empresariais nas cadeias de atividades das empresas.

1. Âmbito de aplicação

Com a Orientação Geral do Conselho da UE, embora o enquadramento geral das empresas a quem se aplicará o dever de diligência se tenha mantido, foi aditada uma cláusula de introdução progressiva, acompanhada de um período de *vacatio legis* gradual, a fim de se assegurar a proporcionalidade das normas. Para indagar o âmbito de aplicação pessoal da proposta de Diretiva temos então de analisar não apenas o artigo 2º, mas também mobilizar o artigo 30º relativo à transposição.

Da leitura destas, conseguimos extrair que as obrigações estabelecidas na Diretiva aplicar-se-ão em fases distintas tendo em conta a nacionalidade das empresas e o seu volume de negócios ⁹:

- (i) Três anos após a entrada em vigor da Diretiva aplicar-se-á a empresas constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro que tenham mais de 1000 trabalhadores e mais de 300 milhões de euros de volume de negócios líquido a nível mundial ¹⁰ e ainda a empresas de países terceiros

⁹ A forma de cálculo do volume de negócios para efeitos da Diretiva deve basear-se na Diretiva 2013/34/EU, isto é assim pois só desta forma podemos trazer certeza jurídica, tanto para as empresas dos países terceiros, como para as empresas europeias que com elas atuam. Razão pela qual, no que diz respeito a empresas não europeias se deixou de fora o número de trabalhadores, visto que, este é um conceito europeu o que acabaria por causar alguma incerteza jurídica, cfr. considerando n.º 24 proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

¹⁰ Surgiu aqui o conceito de “Empresas de muito grande dimensão” cfr. ponto 14 “Principais Elementos do Compromisso” da Proposta apresentada pelo Conselho da UE.

com volume de negócios líquido superior a 300 milhões de euros gerados na União Europeia.

- (ii) Quatro anos após a entrada em vigor da Diretiva terão as empresas dos EM com mais de 500 trabalhadores e um volume de negócios líquido superior a 150 milhões de euros a nível mundial no último ano financeiro e as empresas de países terceiros que tenham gerado um volume de negócios líquido superior a 150 milhões de euros de euros na UE no último ano financeiro, de cumprir os deveres de diligência estabelecidos.
- (iii) A última fase, será a que diz respeito às empresas com atuação em setores de alto risco, e aplicar-se-á cinco anos após a entrada em vigor da Diretiva, a empresas dos EM com mais de 250 trabalhadores e um volume de negócios líquido superior a 40 milhões de euros a nível mundial no último ano financeiro, desde que pelo menos 20 milhões tenham sido gerados num dos setores classificados como de alto risco ¹¹ e a empresas de países terceiros que tenham gerado um volume de negócios líquido superior a 40 milhões de euros na União Europeia no último ano financeiro, desde que 50% provenha das mencionadas atividades em setores de alto risco.

Foi então elencado que empresas com maior dimensão, tanto a nível de recursos humanos como a nível de volume de negócios, terão de seguir estas obrigações, uma vez que, os seus efeitos negativos potenciais ou reais se apresentam em maior escala. Com os interesses que se pretendem salvaguardar, não se poderia deixar de parte certos setores, mesmo que as empresas pelas quais atuam não atingissem os recursos humanos e volume de negócios estabelecidos. Foi assim que surgiu, então, além do critério da dimensão, o critério do setor de atividade.

Na proposta apresentada pela Comissão, o setor financeiro, mesmo que abrangido pelos guias setoriais da OCDE, não era classificado como um setor de grande impacto no âmbito de aplicação da proposta de diretiva. A inclusão da prestação de serviços financeiros por empresas financeiras reguladas era um dos pontos que levantava preocupações, o que acabou por se refletir no texto revisto pelo Conselho da UE. O artigo

¹¹ Com a Orientação Geral do Conselho da UE foi completado o texto com a lista anexa II, de forma a clarificar o âmbito de aplicação, que contém os códigos NACE correspondentes aos setores de alto risco.

2º, n. 8º permite que cada EM decida se pretende aplicar a diretiva às empresas financeiras reguladas aquando da transposição da diretiva ¹².

O âmbito de aplicação é um ponto muito importante da proposta de diretiva, e sem o mesmo não seria possível alcançar os objetivos que a mesma visa. Questões como sustentabilidade ambiental e até social jamais poderão ser atingidas se isso não envolver um compromisso global. A verdade é que as empresas podem escapar das regulações governamentais, uma vez que podem escolher a jurisdição que mais conveniente, considerando as diversas linhas empresariais, optando, desde logo, pela ordem jurídica que mais vantagens lhes trazer ¹³. Esta Diretiva surgirá aqui como uma forma de colmatar a discricionariedade das empresas de optarem, conforme os seus interesses, qual o país em que se vão sediar. A harmonização e o âmbito de aplicação mais alargado da legislação poderá, então, prosseguir convenientemente os objetivos de sustentabilidade que a proposta de diretiva atesta.

Não obstante, este âmbito de aplicação não será estanque, uma vez que, o mais tardar sete anos depois da entrada em vigor da Diretiva deverá ser apresentado um relatório que analise os efeitos produzidos pela mesma, sendo um dos pontos a avaliar os limiares relativos ao número de trabalhadores e volume de negócios líquido ¹⁴.

2. Deveres das empresas

Prosseguindo na análise, os artigos 4º a 8º referem aquelas que são as orientações principais a ser tidas em conta pelas empresas, e que devem ser promovidas pelos EM, referindo-se ao dever de diligência e à sua integração nas políticas das empresas, a identificação dos efeitos negativos potenciais ou reais prevenindo-os e fazendo-os cessar.

¹² Faça-se apenas uma nota para sublinhar a importância deste setor no que diz respeito à sustentabilidade. Como se sabe as empresas funcionam a crédito, o que faz com que o setor financeiro possa ter um impacto muito relevante em questões ambientais e sociais. Pense-se, desde já, em algumas medidas como abertura de linhas de crédito específicas e com taxas de juro mais baixas para projetos e investimentos sustentáveis, fazer depender a remuneração de depósitos de critérios de sustentabilidade cumpridos pelas empresas, criar linhas de crédito específicas para cidadãos em situação de desemprego criarem as suas próprias empresas, *vd.* in Matos, I. (2022). *ob. cit.* pp. 289 a 290.

¹³ Paces, A. M. (2022, Abril). *Supply Chain Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal*. [Publicação em Blog] Disp. <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/supply-chain-liability-corporate-sustainability-due-diligence>

¹⁴ *Vd.* art. 29.º da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

Quanto ao dever de diligência, este deve abranger matéria de direitos humanos e do ambiente, integrando-o nas políticas empresariais, sendo que estas políticas terão sempre de incluir a abordagem a longo prazo, códigos de condutas a aplicar a todas as funções e operações empresariais pertinentes, tendo ainda de ser assegurada uma descrição dos processos que permitam instaurar este dever de diligência, uma vez que, se assim não fosse, resultaria facilmente um *lip service*¹⁵ deste dever de diligência. As políticas em matéria de dever de diligência devem ser atualizadas anualmente, pois só desta forma se garante a adequação das mesmas ao propósito por si prosseguido.

Ponto mais difícil de se densificar será o da identificação, prevenção e cessação de efeitos negativos potenciais e reais uma vez que se refere que devem ser tomadas “medidas adequadas”, para a prossecução desta obrigação. O artigo 3º, alínea q) define medida adequada como: “uma medida capaz de alcançar os objetivos do dever de diligência, proporcional ao grau de severidade e à probabilidade do efeito negativo, e de que a empresa possa razoavelmente dispor, tendo em conta as circunstâncias do caso específico, incluindo a natureza e a extensão das operações comerciais da empresa e as características do setor económico e do parceiro empresarial específico”.

Por muito que nos seja dada uma definição do que é uma medida adequada, a verdade é que só poderemos fazer uma correta avaliação de adequação de medidas adotadas casuisticamente, envolvendo isto uma avaliação discricionária da parte de quem adota tais medidas.

No que diz respeito aos grupos de empresas, é introduzido pela Orientação Geral do Conselho o artigo 4º-A, que promove um cumprimento mais eficaz do dever de diligência nos grupos de empresas, permitindo que a empresa-mãe¹⁶ cumpra as obrigações estabelecidas na diretiva que incumbam às suas filiais, se estas estiverem abrangidas pelo âmbito de aplicação da mesma, pese embora a responsabilidade das filiais não possa ser afastada. Isto só será assim, se tanto a empresa-mãe como a filial forem abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva, se a filial, por sua vez, não for abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva a empresa-mãe deverá abranger as

¹⁵ Serra, C. (Março 2022). Empresas e Human Rights Due Diligence - Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 14, Vol. 27, Semestral, Coimbra, Almedina, p. 42.

¹⁶ Definido no artigo 3º, alínea r) como “uma empresa que controla uma ou mais filiais na aceção da alínea d)”.

operações da filial no âmbito das suas próprias obrigações no que ao dever de diligência diga respeito.

Todas as medidas adotadas relativas ao dever de diligência das empresas devem concertar-se com as partes interessadas ¹⁷. A audição das partes interessadas é essencial para o cumprimento dos objetivos que se visam alcançar, o abandono da prática empresarial usual só será possível tendo em consideração todos os interesses relacionados com as atividades desenvolvidas por cada empresa.

3. Papel dos Estados-Membros

A par das obrigações das empresas surge uma necessidade de supervisão de cumprimento das mesmas, assim como sanções associadas ao não cumprimento.

Cada EM terá então de designar uma ou mais autoridades nacionais de supervisão para garantir o cumprimento das obrigações das empresas. Quando se trate de uma empresa de um país terceiro, a autoridade competente é a do país onde a empresa tem sucursal, e no caso de a empresa ter sucursais em mais que um EM, deve ser responsável a autoridade de supervisão do EM onde gerou maior parte do seu volume de negócios líquidos na União Europeia ¹⁸.

Nos termos do artigo 18.º e 19.º da proposta de Diretiva, as investigações promovidas por estas autoridades podem dar-se por iniciativa própria ou na sequência de preocupações fundamentadas apresentadas por pessoa singular ou coletiva.

Da verificação do não cumprimento deve ser concedido um prazo para adoção de medidas corretivas ¹⁹, não obstante, no entanto, que se imponham sanções ou se ative a responsabilidade civil se preenchidos os seus pressupostos.

No caso de ser apresentada uma preocupação fundamentada por pessoa singular ou coletiva com interesse legítimo na questão tem o EM de garantir, nos termos do direito nacional, acesso a um tribunal ou organismo público independente e imparcial competente para a fiscalização da legalidade processual e material da atuação da autoridade de supervisão responsável (19.º, n.º5).

¹⁷ Cfr. considerando n.º 26-A da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

¹⁸ Cfr. considerando n.º 24 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

¹⁹ Cfr. considerando n.º 39 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

É ainda criada uma rede europeia de autoridades de supervisão de forma a facilitar a cooperação, coordenação, práticas de regulação, de investigação, de sanções e de supervisão das autoridades de supervisão, e até partilha de informações entre as mesmas²⁰.

4. Não cumprimento das obrigações

O não cumprimento das obrigações acarretará para as empresas a aplicação de sanções e a ativação de responsabilidade civil²¹.

As sanções pela violação das normas de direito nacional adotadas nos termos da Diretiva deverão ser efetivas, proporcionas e dissuasivas, balizadas pelo esforço demonstrado pela empresa em cumprir as medidas corretivas que possam ter sido aplicadas.

Só associando consequências ao não cumprimento das obrigações estabelecidas se conseguirá o efetivo cumprimento das mesmas. Mais se poderá dizer ainda, só a fixação de consequências que afetem patrimonialmente as empresas poderá garantir o efetivo cumprimento das obrigações e a consequente prossecução da sustentabilidade, por essa razão as sanções devem ser pecuniárias e proporcionais ao volume de negócios líquido da empresa a nível mundial²².

²⁰ Cfr. considerando n.º 55 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

²¹ Ver capítulo V.

²² Cfr. considerando n.º 54 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

CAPÍTULO II

AS SOCIEDADES E O SEU FIM

A transição para uma economia sustentável implica uma transformação fundamental dos nossos mercados. A proposta de Diretiva é uma tentativa de ultrapassar este desafio, regulamentando a forma como as empresas devem gerir os seus impactos ambientais, sociais e de governação ²³.

Os atos das sociedades estão limitados à prossecução do seu fim como é afirmado no artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais. Este artigo remete-nos, inevitavelmente para o art.980.º do Código Civil, onde é estabelecido o escopo lucrativo das sociedades. Ora, parece claro que os custos empresariais aumentarão com a transformação fundamental exigida para a transição para a economia sustentável. Para a obtenção de iguais resultados, terão de ser adotados meios mais dispendiosos alinhados com os critérios de sustentabilidade, deixando assim de lado o princípio da economia de meios ²⁴. No entanto, não se pense que isto subverterá o art. 980.º do CC, a verdade é que as empresas podem usar mecanismos mais sustentáveis como forma de autopromoção, melhorando a sua competitividade e consequentemente obtendo melhores resultados económicos.

Vivemos numa nova era, os consumidores e investidores são mais interessados, preocupados e têm mais conhecimento do que alguma vez tiveram, havendo inevitavelmente uma consciencialização das compras e das empresas com que “trabalham” e onde investem, sendo um dos fatores de pressão para a mudança do paradigma ²⁵, parece que efetivamente a fixação de objetivos a longo prazo, que promovam a sustentabilidade social e ambiental, podem, na verdade, ser benéficos para as empresas.

²³ Ringe, W. G. (2022, Setembro). Investor-led Sustainability in Corporate Governance. European Corporate Governance Institute - *Law Working Paper No. 615/2021*, *LawFin Working Paper No. 36*, *Annals of Corporate Governance*, pp-. 4 a 5. Disp. <https://ssrn.com/abstract=3958960>

²⁴ Este é um princípio que reflete a consecução de um determinado fim com o mínimo de dispêndio de meios possíveis. Cfr. Costa, R. (2022). Responsabilidade social na (ir) racionalidade das decisões dos administradores de sociedades. R. Costa (Coordenador). In *Direito das Empresas, Reflexões e Decisões*, Coimbra, Almedina, p.126.

²⁵ Câmara, P. & Morais, F. (2022). Conclusion: ESG and Challenges Ahead. In P. Câmara & F. Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG, p. 442 a 444.

Um exemplo da preocupação dos consumidores com as condições sociais e ambientais das empresas é o escopo da Lei Neerlandesa de 2019 quanto ao trabalho infantil, a ideia por de trás da mesma era permitir aos consumidores adquirir produtos e serviços em “paz de espírito” sabendo que não eram resultado de trabalho infantil ²⁶.

1. O interesse social

Todo o percurso a ser percorrido com o processo legislativo levar-nos-á a levantar questões que carecem da mobilização do conceito de interesse social.

Sabemos que as sociedades são entidades com personalidade jurídica, ou seja, são entidades com aptidão para serem titulares autónomas de relações jurídicas ²⁷, nas palavras de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO “constituem centros autónomos de relações jurídicas- autónomos mesmo em relação aos seus membros ou às pessoas que atuam como seus órgãos” ²⁸ o que nos pode levar a afirmar que o exercício da sua atividade se dá em volta do seu interesse social, de interesses sociais próprios.

O interesse social é, no entanto, um conceito muito discutido na doutrina, e embora a referência ao mesmo seja feita inúmeras vezes ao longo do Código das Sociedades Comerciais ²⁹, o conceito de interesse social não se encontra positivado na lei, sendo que a formulação mais completa do mesmo acaba por ser feita no artigo 64º do CSC que diz respeito aos deveres fundamentais de que estão encarregues os órgãos de administração das sociedades ³⁰.

As teorias institucionalistas e contratualistas ocupam-se da tentativa de densificação do conceito de interesse social.

Da teoria institucionalista podem distinguir-se duas correntes, por um lado a da empresa em si mesma (*Unternehmen*) e por outro da pessoa em si (*Person in sich*) ³¹. A

²⁶ Bright, C. & Sequeira, B. (2022). Rumo a uma obrigatoriedade de diligência ambiental e de direitos humanos. *Revista Direito Comercial*, pp. 1421 a 1422. Disp. <https://www.revistadedireitocomercial.com>

²⁷ Pinto Monteiro, A. & Mota Pinto, P. (2020). *Teoria Geral do Direito Civil* (5ª Edição). Coimbra, Coimbra Editora, pp.193. Neste sentido *vd.* Engrácia Antunes, J. (2020) *Direito das Sociedades* (9ª Edição), Demand Liberis.

²⁸ Pinto Monteiro, A. & Mota Pinto, P. (2020). *ob. cit.* p. 269.

²⁹ A título de exemplo artigos 328º, nº2, al. c), 410º/6, 460º, nº2 (...).

³⁰ Ribeiro, M. F. (2009). *Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*. Tese de Doutoramento em Direito, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, pp. 530.

³¹ Coutinho de Abreu, J. M. (2006). *Do Abuso de Direito*. Coimbra, Almedina. pp.108 a 109.

primeira, no essencial, faz derivar o interesse social do interesse comum, não apenas dos sócios, mas também de outros sujeitos, nomeadamente trabalhadores, credores sociais e até a coletividade nacional, reconhece-se um interesse próprio da empresa, não se identificando o mesmo com a consecução de maior lucro, mas sim com a eficiência produtiva da empresa em si ³². Por sua vez, na segunda corrente, o interesse social é o interesse da própria pessoa coletiva, pessoa jurídica, ou seja, um interesse diferente e superior ao dos sócios, reduz-se o mesmo à atividade da empresa, ao seu objeto social, tem em conta a própria pessoa jurídica ³³.

As teorias contratualistas fazem coincidir o interesse social com um interesse coletivo ou comum de todos os sócios, “os sócios enquanto tais (não enquanto vendedores, mutuantes, assalariados da sociedade)” ³⁴.

É ainda de considerar que, o próprio conceito de empresa não é consensual, o que invariavelmente faz com que a definição de interesse social, seja ainda menos pacífica.

Para o estudo do dever de diligência das empresas, a proposta de diretiva, no artigo 3.º, alínea a) delimita o sentido de empresa.

A verdade é que, tradicionalmente, o interesse social é visto de uma perspetiva económica, definido como o interesse da coletividade dos sócios ³⁵ em que a sociedade obtenha o maior lucro possível (lucro objetivo) para se distribuir pelos mesmos (lucro subjetivo) ³⁶. Claro está que este interesse dos sócios é satisfeito através da distribuição dos lucros, sendo que para isso, e conforme as regras de distribuição constantes no CSC, importará o interesse social da sociedade enquanto sociedade, isto porque, só gerando a própria sociedade valores, poderão os sócios ver os mesmos serem repartidos.

Daqui sempre poderemos concluir que o dever geral dos administradores ³⁷ é a gestão da sociedade, tendo em vista a satisfação dos interesses comuns dos sócios, criando

³² Coutinho de Abreu, J. M. (2007). Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social. In *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, nº3, Coimbra, Almedina, p. 31.

³³ Coutinho de Abreu, J. M. (2006). *Do Abuso de Direito*. Coimbra, Almedina, pp. 111 a 112.

³⁴ Coutinho de Abreu, J. M. (2007). Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social. In *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, nº3, Coimbra, Almedina, pp. 31.

³⁵ Ribeiro, M. F. (2009). Ob. cit. pp. 509 a 510. Revelam-se aqui as teorias shareholderistas, em que se sustenta que os interesses da sociedade acabam sempre por coincidir com os interesses dos titulares das participações sociais.

³⁶ Cfr. Lobo Xavier, V. (1998). Anulação da Deliberação Social e Deliberações Conexas. In *Teses de Doutoramento*. Coimbra, Almedina, pp. 242, nota 116.

³⁷ Questão esta desenvolvida em capítulo próprio, *vd.* Capítulo III.

riqueza para os mesmos (*shareholder value*)³⁸. Extraímos daqui a afinidade existente entre a prossecução do interesse social e a criação de riqueza para os *shareholders*, não obstante a prossecução do bom desempenho económico da sociedade em si mesma, dado que, só assim, se poderão distribuir os lucros, fazendo-se corresponder o bom desempenho financeiro da sociedade à satisfação económica sócios.

A questão que importa verdadeiramente destrinçar aqui é se este conceito tradicional/conservador de interesse social se poderá manter tendo em conta os objetivos da proposta de Diretiva.

Nos dias de hoje, os investidores institucionais são uma realidade muito presente no meio económico, isto é, empresas profissionais que gerem o capital de terceiros para realização de investimentos. Nestes casos em específico, e em virtude de uma grande maioria de empresas ser detida por investidores institucionais³⁹, é importante percebermos se há aqui espaço para os investidores institucionais assumirem deveres de responsabilidade social nas decisões de investimento⁴⁰. Há autores que negam, à partida, esta possibilidade⁴¹, considerando que o objetivo será sempre o de gerar os maiores retornos monetários possíveis. JAPP WINTER refere no seu trabalho⁴² que este pensamento de FRIEDMAN, se tornou a prática das empresas, referindo que o direito societário e o *corporate governance* são construídos como forma de assegurar a primazia dos interesses dos seus acionistas, concluindo que interesses externos nomeadamente dos trabalhadores, clientes, ou mesmo preocupações ambientais e sociais não são fatores considerados pelos órgãos de administração das empresas, privilegiando-se os interesses dos *shareholders* em detrimento dos valores humanos, e ambientais⁴³.

Como parece natural de se concluir, os objetivos dos investidores serão necessariamente económicos e nada nos pode estranhar que assim o seja. O que importa

³⁸ Coutinho de Abreu, J.M. (2022). Dever de Diligência das Empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021). *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 14, Vol. 27, Semestral, pp. 14 a 15.

³⁹ Enriques, L. (2022). ESG and Shareholder Primacy: Why They Can Go Together. In P. Câmara & F. Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG. pp. 134, nota 14.

⁴⁰ *Idem, idibem*.

⁴¹ *Idem, ibidem*. Cfr. Friedman, M. (1970, Setembro,13). A Friedman doctrine- The Social Responsibility of Business Is to Increase It Profits. *The New York Times*. Disp. <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>

⁴² Winter, J. (2020, Abril). *Addressing the Crisis of the Modern Corporation: The Duty of Societal Responsibility of the Board*. <https://ssrn.com/abstract=3574681>

⁴³ Winter, J. (2020). Ob. cit. pp. 2 a 3.

verdadeiramente refletir é se este objetivo de gerar rendimento para os titulares das participações sociais será compatível com a sustentabilidade ambiental e social que se pretende alcançar.

A reflexão deve ser feita em torno do interesse social que reflete os interesses dos sócios como um todo olhando para os possíveis efeitos que cada decisão pode trazer a longo prazo, ou seja, o interesse que deve ser tido em conta é o interesse a longo prazo dos sócios ⁴⁴. A única forma de realização destes interesses é aumentando o valor global da empresa, mesmo quando isto não signifique um impacto direto e imediato na esfera dos sócios. Por outras palavras, as relações que a empresa estabelece, a forma como se posiciona no mercado, as políticas que a mesma adota, terão invariavelmente impacto no desempenho da mesma, e desta feita, no chamado *decision-making process*. Para realização do “interesse social iluminado”, quem atua pela sociedade deve promover relações estáveis com os trabalhadores, credores, clientes e fornecedores, melhor dizendo, devem também ser ponderados os interesses dos *stakeholders* ⁴⁵.

A verdade é que os investidores institucionais olham os critérios *ESG* ⁴⁶ e seguem os mesmos considerando que estes têm uma influência positiva nas empresas, e sendo assim, podemos olhar para a aplicação destes critérios numa perspetiva ética, isto é, ‘*doing well by doing good*’, tentando resolver problemas atuais; podemos ainda ter em vista uma perspetiva financeira, uma vez que a sintonização das empresas com estes fatores contribui para o crescimento a longo prazo das mesmas ⁴⁷; também é necessário olhar para a consideração destes fatores de um ponto de vista reputacional atendendo às preocupações, principalmente das gerações mais novas, com questões ambientais e

⁴⁴ Serra, C. (2011). Entre Corporate Governance e Corporate Responsibility: Deveres Fiduciários e ‘interesse social iluminado’. In I Congresso Direito das Sociedades em Revista. Coimbra, Almedina, pp. 247.

⁴⁵ Serra, C. (2011). Entre Corporate Governance e Corporate Responsibility: Deveres Fiduciários e ‘interesse social iluminado’. In I Congresso Direito das Sociedades em Revista. Coimbra, Almedina, 247 a 251.

⁴⁶ Estes critérios embora não harmonizados devem ter em consideração a mitigação dos efeitos das alterações climáticas, prevenção e controlo da poluição, proteção e restauração da biodiversidade e ecossistemas, direitos humanos, condições de trabalho ao longo das cadeias de fornecimento, trabalho infantil e escravo, a segurança no local de trabalho, o acesso a cuidados médicos, proteção dos consumidores, a estrutura dos conselhos de administração, diversidade, informação disponível, ética empresarial, corrupção, controlo interno, etc. Cfr. Câmara, P. (2022). The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG, pp. 13 a 14.

⁴⁷ Fink, L. (2017). Letter to Ceo’s. *INSIDER*. Disp. <https://www.businessinsider.com/blackrock-ceo-larry-fink-letter-to-ceos-2017-1>

sociais ⁴⁸. A adoção de políticas *ESG* nos últimos anos tem mostrado um enorme crescimento e nas palavras de GUIDO FERRARINI constituem um “*game changer*” ⁴⁹, até pelo fluxo de investimento direcionado para o *ESG* e políticas *ESG*.

Em suma, e face ao exposto facilmente percebemos que quanto mais sustentável for a empresa, mais frutíferos serão os resultados económicos da mesma. Se as empresas não atenderem a interesses sociais, criando por exemplo boas condições de trabalho, segurança, estabilidade, sofrerão inevitavelmente com falta de mão de obra, produtividade e até falta de competitividade. O mesmo se diga a nível ambiental, sabemos que a consciência dos consumidores e em consequência dos investidores é cada vez maior, transferindo as suas opções de consumo para empresas com perceção ambiental e social.

Daqui só podemos concluir que o interesse social, como tradicionalmente conhecido, e ao contrário do que se poderia pensar tendo em conta o possível carácter revolucionário da proposta de Diretiva, não tem necessariamente de ser alterado, mas sim articulado com as novas exigências dos mercados.

⁴⁸ Câmara, P. (2022). The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG, p. 13.

⁴⁹ Ferrarini, G. (2022). Sustainable Governance and Corporate Due Diligence. In P, Câmara & F. Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG, pp. 41 a 43.

CAPÍTULO III

OS DEVERES DOS ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO

Como já foi referido, o projeto europeu sobre a governação empresarial sustentável iniciou-se em 2020, tendo sido sustentado por um relatório da Ernest & Young ⁵⁰ sobre os deveres dos diretores na governação empresarial sustentável.

Neste relatório foram identificados alguns fatores que contribuem para a prossecução de objetivos a curto-prazo e que impedem a sustentabilidade das empresas. Estes objetivos a curto prazo não são compatíveis com a almejada sustentabilidade ambiental e social, desde logo, porque os mesmos não conseguem evitar violações de direitos e condições de trabalho ao longo de toda a cadeia de abastecimento, nem tampouco a nível ambiental o *short-termism* poderá articular-se com os objetivos europeus, uma vez que são necessários investimentos iniciais elevados, mudanças organizacionais, que empresas focadas na maximização do lucro imediata não estão dispostas a prosseguir ⁵¹.

Ora, um dos fatores que foi identificado como contributo do *short-termism* foi o facto dos deveres dos órgãos de administração e o interesse das empresas ser muitas vezes interpretado restritamente e tenderem a favorecer a maximização de valores para os titulares das participações sociais ⁵².

O que vamos agora analisar é qual o papel dos órgãos de administração na prossecução da sustentabilidade das empresas das quais são titulares dos poderes de gestão.

⁵⁰ European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, (2020). *Study on directors' duties and sustainable corporate governance: final report*, Publications Office. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/472901>

⁵¹ European Commission, Directorate-General ... ob. cit. pp. 31.

⁵² European Commission, Directorate-General ... ob. cit. pp. 40 a 42.

1. O Código das Sociedades Comerciais e os deveres dos órgãos de administração

Estritamente ligado à realização do interesse social está o dever dos administradores das sociedades, uma vez que são estes que têm de gerir as atividades da sociedade, tendo de orientar a sua conduta de forma a não colocar em causa a realização do interesse social.

Aos administradores/gerentes incumbe a tarefa de gestão e administração das empresas, sendo que as decisões que os mesmos tomam no processo de decisão são essenciais para a sustentabilidade das empresas.

Analisaremos o ordenamento jurídico português no que diz respeito aos deveres a que os gestores/administradores estão adstritos, sendo que, se de um lado, há deveres que derivam da lei, configurando-se como deveres legais, por outro, há deveres que acabam por ser subtraídos das regras que dizem respeito à responsabilidade dos administradores⁵³.

O artigo fundamental do Código das Sociedades Comerciais relativo aos deveres dos administradores é, inatacavelmente, o artigo 64º que tem como epígrafe “Deveres fundamentais”. A alínea a) estabelece o dever que reconhecemos como dever de cuidado, e a alínea b) o intitulado dever de lealdade. Primeiramente, é necessário esclarecer que estes deveres são tendencialmente classificados como deveres fiduciários, porquanto que, a gestão da sociedade que lhes é incumbida diz respeito a bens alheios, ou seja, os deveres que lhes incumbem são guiados pelos interesses de quem lhes incumbe a gestão⁵⁴. É, neste ponto, que inevitavelmente percebemos que os órgãos de administração terão sempre como horizonte os interesses dos *shareholders*, dado que são os titulares das participações sociais que nomeiam os órgãos de administração das sociedades, conforme os artigos 295º e 391º do CSC.

Começemos por analisar sucintamente os deveres expressos no artigo 64º CSC. Quanto ao dever de cuidado, o mesmo reflete a necessidade de o gestor/administrador ter disponibilidade, competência técnica e conhecimentos da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando no exercício destas a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Destrinçando melhor, exige-se que os órgãos de administração

⁵³ Pinto Duarte, R. (2018). Os deveres dos administradores das sociedades comerciais. *Católica Law Review*, 2(2), p. 2. <https://doi.org/10.34632/catolicallawreview.2018.2004>

⁵⁴ Pinto Duarte, R. (2018). Ob. cit. p. 3.

detenham no cumprimento das suas funções a disponibilidade necessária à prossecução das finalidades da sociedade, nomeadamente a realização do seu escopo lucrativo, assim como conhecimentos necessários relativamente à gestão da empresa, e ainda a última referência, no que concerne ao conhecimentos da atividade da sociedade, só pode ser de se concluir que os mesmos devem procurar informar-se sobre os assuntos da sociedade, nomeadamente tendo em conta a atividade desenvolvida pela empresa ⁵⁵. Em suma os gestores/administradores devem ser capazes de conhecer os assuntos que lhe são entregues, perceber se têm conhecimentos sobre os mesmos, e quando não os tenham procurar saber sobre os mesmos ⁵⁶. A isto acresce a necessidade de no desempenho da sua atividade profissional de gestão atuar com diligência de um gestor criterioso e ordenado, ou seja, deve ter em conta as exigências da empresa que gere, conseguindo responder às necessidades da empresa a curto, médio e longo prazo, assegurando uma conduta compatível com a complexidade da atividade pela sociedade desenvolvida ⁵⁷.

Passemos agora para a destrição do dever de lealdade previsto na alínea b) do artigo 64º do CSC. Esta refere que os administradores devem observar na sua atividade deveres de lealdade, tendo em conta o interesse da sociedade e atendendo ainda aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando também os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores. Surge aqui o conceito de *stakeholders*.

Começemos já por referir que nas palavras de COUTINHO DE ABREU “*formulações como a que aquela alínea contém são em grande medida, quanto aos interesses dos não sócios, expressão de retórica normativa balofa e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores*” ⁵⁸. É verdade que o dever de lealdade parece unilateral, não parece ser possível ser-se leal à sociedade e também aos *stakeholders*. Desta reflexão, parece ser possível retirar algumas conclusões, nomeadamente que o dever de lealdade deve ser definido primacialmente como o interesse da sociedade, devendo deslocar-se a referência aos interesses a longo prazo dos sócios e demais *stakeholders* referidos no artigo 64º,

⁵⁵ Nunes Pinto, F. (2015). A responsabilidade civil dos administradores das sociedades- A concretização dos administradores das sociedades. In *Revista Direito Societário*, Ano VII, N.º1, Coimbra, Almedina, pp. 91 a 92.

⁵⁶ Nunes Pinto, F. (2015). Ob. cit. pp.92.

⁵⁷ Cunha, P. O. (2019). *Direito das Sociedades Comerciais*, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, pp. 566 a 567.

⁵⁸ Coutinho de Abreu, J. M. (2021). *Direito das Sociedades Comerciais*, Vol. II, 7ª Edição, Coimbra, Almedina, p. 287.

alínea b) para o dever de cuidado ⁵⁹, uma vez que nada se estranharia que um gestor criterioso e ordenado considerasse o interesse dos vários *stakeholders* nas suas decisões de gestão, não se incompatibilizando assim esta ponderação com a prossecução do interesse da sociedade.

Importará agora perceber, qual será o papel dos órgãos de administração das sociedades em matéria de dever de diligência, nomeadamente na identificação, prevenção, cessação de efeitos negativos e adoção de políticas ESG.

2. A Opção Europeia

Na proposta apresentada pela Comissão regulava-se nos artigos 25.º e 26.º o dever dos administradores, relativos à criação e supervisão de ações em matéria de dever de diligência e à adaptação da estratégia empresarial de forma a terem em conta os efeitos negativos identificados e as medidas adotadas em matéria de dever de diligência ⁶⁰.

O artigo 25.º referia que os EM deviam assegurar que os administradores, no cumprimento do seu dever de agir no interesse da empresa, tinham em conta as consequências das suas decisões em matéria de sustentabilidade incluindo aqui os impactos nos direitos humanos, nas alterações climáticas e no ambiente, ao passo que o artigo 26.º pretendia assegurar que os próprios administradores eram responsáveis pela aplicação e supervisão das medidas adoptadas relativas ao dever de diligência, devendo assegurar-se que eram tomadas medidas de adaptação da estratégia das empresas como forma de obstar aos efeitos negativos reais ou potenciais que as mesmas refletem.

O texto revisto da proposta de Diretiva que surgiu da Orientação Geral do Conselho da União Europeia, supriu, no entanto, estes artigos, porquanto, as preocupações que os EM manifestaram quanto à configuração destes deveres, considerando que os mesmos interferiam em demasia com as disposições internas e poderiam ingerir com atuação dos administradores na prossecução dos interesses das empresas ⁶¹.

⁵⁹ Pinto Duarte, R. (2018). Ob. cit. pp. 12 a 13.

⁶⁰ Orientação Geral do Conselho da União Europeia, III, ponto F, nº30.

⁶¹ Orientação Geral do Conselho da União Europeia, III, ponto F, nº31.

Embora as preocupações pareçam legítimas, tendo em conta que são os administradores responsáveis pelo *decision-making process*, é necessário refletir sobre a necessidade ou dispensabilidade destas normas.

É utópico falar-se de uma empresa sustentável, alinhada com os interesses dos *stakeholders* com más políticas governação, deduzindo-se que empresas “mal governadas”, isto é, com fracas políticas de *corporate governance* jamais poderão ser empresas sustentáveis ⁶², ou seja, se o processo de tomada de decisão é incumbido aos administradores das sociedades, estes terão indubitavelmente, um papel fundamental na prossecução da sustentabilidade das empresas.

3. Um (eventual) novo dever dos órgãos de administração

Chegamos já à conclusão de que os órgãos de administração terão um papel fundamental na prossecução da sustentabilidade das empresas. Teremos agora de perceber como deve ser guiada a atuação dos mesmos de forma a não comprometer os objetivos de sustentabilidade traçados.

A proposta de Diretiva agora apresentada afastou os artigos que previam especificamente o dever de diligência dos administradores, todavia, sendo inegável o papel dos mesmos só podemos tentar compatibilizar esta nova realidade com os deveres que cada EM impõe aos órgãos de gestão das sociedades.

À luz do direito português, percebemos logo que teremos de integrar estas obrigações de prossecução da sustentabilidade empresarial, num dos deveres fundamentais previstos no artigo 64º do CSC, isto porque os administradores terão de considerar as questões de sustentabilidade nas suas decisões.

Tendo em conta a redação das alíneas do 64º CSC pode parecer que o mais adequado seria incluir esta nova obrigação no que concerne ao dever de lealdade, até porque nessa alínea é já feita uma referência a *stakeholders*. Pode, no entanto, não ser a opção mais ajuizada. Começemos por referir que, embora a configuração que o dever de lealdade assume nos leve a considerar que são ponderados os interesses dos *stakeholders*, esta não

⁶² Câmara, P., (2022). The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG, cit. 17 a 18.

parece ser uma opção viável, uma vez que é impossível dever lealdade a mais que uma entidade/pessoa simultaneamente.

Assim, o mais razoável será deslocar a ponderação dos interesses dos *stakeholders* para a esfera do dever de cuidado, até porque é aqui que pode funcionar a *Business Judgement Rule*, prevista no artigo 72.º, n.º 2 do CSC ⁶³.

A BJR é uma causa de exclusão de responsabilidade perante a sociedade, que protege os administradores e gerentes por atos ou omissões que no exercício das suas funções tenham causado dano à sociedade se for demonstrado que a sua opção foi livre de qualquer interesse pessoal, procedimentalmente informada e ainda se tomada tendo em conta os critérios de racionalidade empresarial.

Ou seja, não podemos de forma alguma negar que estarão em causa decisões complicadas para os administradores e gerentes das sociedades, desde logo, porque terão de romper com o costume. Essas mesmas opções podem acabar por não surtir os efeitos esperados, até porque o que está em causa com a proposta de Diretiva são obrigações de meios e não de resultados ⁶⁴, e sendo esse o caso a BJR poderá balançar conflitos que poderão urgir ⁶⁵.

A verdade é que, com a configuração atual dos deveres dos administradores, não é vinculativo que sejam ponderados os interesses dos *stakeholders* ⁶⁶, havendo discricionariedade por parte dos mesmos na ponderação dos interesses a considerar nas decisões de gestão tomadas ⁶⁷.

Há autores que referem a necessidade de surgir um novo dever dos administradores que possa completar o dever de cuidado e de lealdade, nomeadamente JAPP WINTER, que refere a necessidade de surgir um dever de responsabilidade social dos conselhos de

⁶³ Ferreira, B & Sequeira, M.(2022). Business Judgement Rule as a Safeguard for ESG Minded Directors and Warning for Others. In P, Câmara & F. Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG, pp. 277 a 280.

⁶⁴ Orientação Geral do Conselho da União Europeia, ponto 20, pp. 20.

⁶⁵ Ferreira, B. Sequeira, M. (2022). Ob. cit. pp. 284 a 285.

⁶⁶ É preciso antes de mais ter em conta que apesar de os stakeholders referidos no artigo 64º/1/b sejam apenas trabalhadores, clientes e credores, este conceito não é taxativo e na questão que estamos a analisar, devem ser tidos em conta não só os stakeholders referidos como também os demais, nomeadamente as comunidades que envolvem as atividades desenvolvidas pelas empresas, os reguladores, as próprias cadeias de fornecimento, etc. Cfr. Câmara, P. (2022). The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG., pp. 21 a 23.

⁶⁷ Costa, R. (2022). Ob. cit. 126 a 127.

administração⁶⁸. Um dos princípios deste novo dever seria a avaliação da conduta dos administradores tendo em conta a conduta que seria expectável por parte de outros administradores nas mesmas circunstâncias, percebendo se são ou não razoáveis as decisões tomadas. A segunda orientação deste novo dever de responsabilidade social seria a premissa de que interesses não poderiam ser prejudicados de forma desproporcionada. A terceira premissa reflete a necessidade de os órgãos de administração terem em conta a equidade processual, tendo sempre presente os conceitos de razoabilidade, proporcionalidade e equidade. A inserção de um novo dever dos administradores teria sempre como horizonte a realização do bem social, da sustentabilidade ambiental, procurando resolver problemas como as alterações climáticas, o trabalho precário, desigualdade económica ...⁶⁹

Há ainda quem refira o dever de salvaguarda do planeta para as gerações futuras ou o dever de cuidado ambiental⁷⁰.

Acontece que, a ponderação dos interesses dos *stakeholders*, independentemente da norma onde se encontra prevista ou da discricionariedade gestória da mesma, já é possível. Os administradores têm já onde sustentar as suas decisões quando as mesmas envolvam a ponderação dos interesses dos *stakeholders*⁷¹, dado que, a verdadeira lealdade que os administradores devem é à sociedade, com o dever de prosseguir a maximização do valor da empresa⁷². Ao passo que, no dever de cuidado, um gestor criterioso e ordenado, poderá tomar inúmeras decisões com a devida racionalidade empresarial que podem ir de encontro aos interesses dos *stakeholders*, nomeadamente privilegiar a saúde e segurança no trabalho, considerar a posição de parceiros empresariais de forma a diminuir o prejuízo ambiental, interagir com as populações e comunidades de onde se inserem as empresas exploradas⁷³. Todas estas medidas podem, no nosso ordenamento jurídico serem adotadas sem daqui resultar consequências para os órgãos de administração, visto que, tudo isto são medidas que importam à realização do interesse social, todas estas medidas teriam repercussões positivas nas empresas, seja pela

⁶⁸ Winter, J. (2020). Ob. cit. pp. 11 a 16.

⁶⁹ *Idem, ibidem*.

⁷⁰ Câmara, P. (2022). The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG, p. 20.

⁷¹ Costa, R. (2022). Ob. cit. pp. 140.

⁷² Serra, C. (2011). Entre Corporate Governance e Corporate Responsibility: Deveres Fiduciários e ‘interesse social iluminado’. In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*. Coimbra, Almedina. p. 250.

⁷³ Costa, R. (2022). Ob. cit. pp. 135 a 140.

promoção do valor social das mesmas, ou até mesmo pela lógica concorrencial ⁷⁴. Esta “coligação de interesses plurais” realizará convenientemente o interesse social ⁷⁵.

Mais importante que tentarmos perceber em que dever podemos incluir o dever de diligência dos órgãos de administração em matéria de sustentabilidade será, indiscutivelmente, perceber como podemos instruir estes órgãos de forma a consciencializá-los para a importância da alteração da forma de gerir as empresas. Um dos pontos que terá de ser incontestavelmente desenvolvido será o da composição dos órgãos de administração e as competências técnicas e conhecimentos que os mesmos detêm ⁷⁶. É sem dúvida fundamental ter o conhecimentos na área da atividade desenvolvida pela empresa, no entanto, neste momento, e para garantir a existência de uma verdadeira transição para uma economia sustentável através da atividade das empresas, precisamos de capacitar os órgãos de administração, de forma a estes integrarem nos processos de decisão interesses mais amplos ⁷⁷, é necessário garantir que existe conhecimento destes em determinadas matérias, nomeadamente literacia climática, literacia *ESG*, *ESG skills* ⁷⁸.

Esta qualificação dos órgãos de administração poderá passar pela substituição dos mesmos, pela criação de programas de formação, grupos de trabalho *ESG*, a *Chief ESG Officer* ⁷⁹.

Em suma, os gerentes/administradores têm um papel crucial naquela que será a conduta das empresas quanto à alteração da forma como as mesmas se comportam nos mercados, de forma a identificarem, reduzirem e cessarem os seus impactos negativos a nível ambiental e social. Não significa isto que seja impreterível a previsão de novos deveres que incumbam aos administradores. Essencial para a alteração das políticas empresariais é garantir que os órgãos de administração conhecem e compreendem a necessidade de alteração das suas opções, consciencializando-os que seguindo critérios

⁷⁴ Costa, R.(2022)- ob. cit. pp. 135.

⁷⁵ Costa, R. (2022)- ob. cit. pp. 135-136.

⁷⁶ Câmara, P. (2022). The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG, pp. 21 a 23.

⁷⁷ Ringe, Wolf-Georg & Gözlügö, Alperen A. The EU Sustainable Corporate Governance Initiative: Where are We and Where are We Headed? (2022) *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*. Disp. <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/03/18/the-eu-sustainable-corporate-governance-initiative-where-are-we-and-where-are-we-headed/>

⁷⁸ Câmara, P. (2022). The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG, p. 22.

⁷⁹ *Idem, idibem.*

ESG, estão a realizar o interesse social, não desrespeitando de forma alguma os interesses dos sócios, nem os seus deveres para com a sociedade.

Abreviadamente, a realização do interesse social passará inevitavelmente por uma alteração da ponderação dos interesses a ter em conta ao longo do *decision-making process*, pressupondo uma “renovada racionalidade empresarial”⁸⁰.

⁸⁰ Antunes, A. F. (2022). ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos. *Revista Direito Comercial* pp. 2015 a 2016. Disp. <https://www.revistadedireitocomercial.com>

CAPÍTULO IV

REMUNERAÇÃO

1. Políticas de remuneração e a sua função. A remuneração variável

A política de remuneração dos órgãos de administração das sociedades comerciais tem de permitir à sociedade atrair profissionais qualificados, induzindo o alinhamento de interesses, tendo em consideração a riqueza efetivamente criada, devendo promover um fator de desenvolvimento de uma cultura de profissionalização, sustentabilidade, de promoção de mérito e de transparência da sociedade ⁸¹.

No fundo a remuneração dos órgãos de administração reveste um papel fundamental na sua atuação, dado que, a mesma deve ser apta a estimular os mesmos a gerirem as empresas de modo eficiente, captando e fidelizando os gerentes/administradores mais capazes ⁸².

Esta é, ainda assim, uma questão que causa muitas vezes discussão e indignação pública. A remuneração dos órgãos de administração das empresas tende a ser (muito) superior a qualquer outra remuneração de qualquer outra entidade ou trabalhador da mesma empresa ⁸³, o que acaba por se justificar, uma vez que, a remuneração destes órgãos é fundamental para o desenvolvimento da empresa. Só uma remuneração adequada poderá garantir que os gerentes e administradores se encontram devidamente estimulados para se dedicarem em absoluto à empresa societária ⁸⁴.

O artigo 399.º do CSC permite-nos verificar que a remuneração é constituída por um valor fixo e pode também consistir numa parte variável.

⁸¹ Instituto Português de Corporate Governance (2020). *Código de Governo das Sociedades*. pp. 26. Disp. em https://cam.cgov.pt/images/ficheiros/2020/revisao_codigo_pt_2018_ebook-05.11.2020.pdf

⁸² Ribeiro, M. F. (2015) Remunerações dos administradores e boa governação das sociedades: O Acórdão do STJ de 27 de Março de 2014. In R. Costa (Diretor). *Ab Instantia*, Ano III, N.º5, 2015, Coimbra, Almedina p. 18.

⁸³ Cunha, P. O. (2019). Ob. cit. pp. 615-616. Cfr. Ribeiro, M. F. (2018). Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações. In *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal, Volume Comemorativo do 10º Aniv. Do Instituto Português de Corporate Governance*, Coimbra, Almedina pp. 58.

⁸⁴ Ribeiro, M. F. (2015) Remunerações dos administradores e boa governação das sociedades: O Acórdão do STJ de 27 de Março de 2014. In R. Costa (Diretor). *Ab Instantia*, Ano III, N.º5, 2015, Coimbra, Almedina p. 18.

A parte variável deve ser estabelecida em função do desempenho e contributo dos membros dos órgãos de gestão para os resultados atingidos pela empresa, é o conhecido princípio *pay for performance*. Funciona, então, como um incentivo aos administradores, pelo seu trabalho, pela prossecução dos interesses societários e pelos bons resultados que a empresa apresente. A remuneração variável obsta à inércia dos administradores, que tenderiam a não tomar decisões de gestão importantes se corressem riscos, ou seja, não se sentiriam estimulados a tomar decisões mais ousadas, a dedicar-se inteiramente à gestão da empresa se soubessem que independentemente dos resultados que apresentariam a sua remuneração seria sempre a mesma ⁸⁵.

Como sabemos o risco é necessário à estratégia empresarial, ao avanço e ao sucesso das empresas, e cabe aos órgãos de administração, dadas as competências neles delegadas, as decisões de gestão das empresas, não obstante, deve a parte variável da remuneração dos órgãos de administração estar alinhada com os interesses da sociedade e dos próprios administradores/gerentes, ou seja, deve refletir o desempenho sustentado da sociedade não estimulando a assunção de riscos excessivos ⁸⁶.

É necessário para isso uma boa política de remuneração dos membros do conselho de administração, CEO's, CFO's, bem definida, delineada em traços palpáveis e transparente porque é através daí que os “trabalhadores” ⁸⁷ conseguem perceber quais as ações e resultados que são recompensados e quais serão penalizados, podendo desta forma o próprio “trabalhador” definir a sua metodologia de trabalho ⁸⁸.

Ou seja, definir claramente políticas de remuneração é essencial, pois a remuneração, principalmente na sua vertente variável, é um mecanismo utilizado para o demarcar o

⁸⁵ Ribeiro, M. F. (2018). Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações. In *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal, Volume Comemorativo do 10º Aniv. Do Instituto Português de Corporate Governance*, Coimbra, Almedina pp. 58.

⁸⁶ Instituto Português de Corporate Governance (2020). *Código de Governo das Sociedade*. pp. 27.

⁸⁷ Há autores que conseguem identificar os administradores das empresas como trabalhadores dos proprietários das empresas, isto é, dos seus shareholders, *Vd. Friedman, M. (1970, Setembro,13)*. Ob. cit. Não nos parece que se deva categorizar os administradores das empresas como trabalhadores, seja pela função decisória que ocupam, seja por não existir subordinação jurídica, como tipicamente é conhecida nas relações laborais. Podemos dizer, convictamente, que os administradores tendem a adotar políticas que vão de encontro aos interesses dos shareholders, isto é, a maximização dos lucros, conforme o princípio da economia de meios, desde logo, porque são os *shareholders* que nomeiam os órgãos executivos, o que faz com que inevitavelmente exista uma interdependência entre os mesmos.

⁸⁸ Jensen, M. & Murphy, J. & Wruck, E. G. (2004, Julho). Remuneration: Where We've Been, How We Got to Here, What are the Problems, and How to Fix Them . *Harvard NOM Working Paper No. 04-28; ECGI - Finance Working Paper No. 44/2004*. Disp. <https://ssrn.com/abstract=561305>

desempenho da empresa, em consequência da atividade de gestão desenvolvida pelos seus administradores.

2. O papel que assume a remuneração na adoção de políticas ESG

As práticas de remuneração têm já vindo a ser afetadas pelos objetivos ESG, visto que são uma componente fundamental na estratégia de sustentabilidade empresarial de cada empresa ⁸⁹.

O reforço da sustentabilidade nos sistemas de gestão e governação das empresas tem obrigatoriamente de passar pelo tema da remuneração. Principalmente nas sociedades europeias, há uma relação muito grande entre as administrações e os acionistas, visto que são estes últimos que podem nomear e substituir os órgãos de administração ⁹⁰, ou seja, para a transição para uma economia verde e um impacto neutro da atuação das empresas no clima, importa uma gestão diligente dos órgãos decisórios que deve ser independente dos seus *shareholders*. É, então, preciso perceber o caminho a trilhar no que diz respeito à remuneração dos órgãos executivos para estes objetivos serem alcançados.

A verdade é que a proposta de Diretiva em março aprovada acabava por não se debruçar muito sobre o tema da remuneração, mesmo tendo-o identificado como essencial ⁹¹ para a resolução dos principais problemas que a Diretiva pretende colmatar. O artigo 15º da proposta de Diretiva apresentada em março de 2022 tinha como epígrafe “Combate às alterações climáticas”, e o seu número 3 referia que:

“Os Estados Membros devem assegurar que as empresas têm devidamente em conta o cumprimento das obrigações a que se referem os nº1 e 2 ao fixarem a remuneração variável, se esta estiver associada ao contributo de um administrador para a estratégia empresarial da empresa, bem como para os interesses e a sustentabilidade a longo prazo.”

⁸⁹ Câmara, P. (2022). The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In P, Câmara & F. Morais (Ed.). The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance. Springer Nature Switzerland AG, pp. 34 a 35.

⁹⁰ Ringe, W. G. & Gözliigö, A. (2022) The EU Sustainable Corporate Governance Initiative: Where are We and Where are We Headed? *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, p. 2 Disp. <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/03/18/the-eu-sustainable-corporate-governance-initiative-where-are-we-and-where-are-we-headed/>

⁹¹ Cfr. Proposta de Diretiva da Comissão Europeia 2022/0051, Avaliação de impacto, Ponto 51, p. 21.

Embora sucinta esta norma previa a fixação da parte variável da remuneração em função da contribuição dos órgãos de administração para a estratégia empresarial e para a promoção da sustentabilidade a longo prazo, acontece que esta foi eliminada com a orientação geral da UE. Foram, mais uma vez, lançadas preocupações por parte dos EM quanto a esta configuração, sendo realçado pelos mesmos que tal previsão poderia interferir com os diversos sistemas de governação das empresas da União Europeia, que refletem as diferentes perspetivas das empresas e dos seus órgãos na determinação da remuneração dos seus gerentes/administradores ⁹².

Isto terá inevitavelmente de se refletir na forma de avaliação da *performance* dos administradores para efeitos de remuneração. A Comissão Europeia, na sua Comunicação de 2018 “*Plano de Ação: Financiar um crescimento sustentável*”, refere que tanto as instituições públicas como as privadas têm de ter em conta a remuneração dos seus executivos, visto que esta terá um papel fundamental para garantir que considerações ambientais, sociais são incluídas nos processos de tomada de decisão ⁹³.

É certo que as políticas de remuneração, têm cada vez mais refletido as preocupações de “adequação social” considerando os interesses dos vários *stakeholders* ⁹⁴. Este assunto não é, portanto, uma novidade, ganha é maior relevo em função da iniciativa europeia.

Cada vez mais, os órgãos de administração são constituídos por profissionais, ou seja, a administração das sociedades é tendencialmente conduzida por pessoas altamente competentes e especializadas ⁹⁵. Atendendo ao âmbito de aplicação da proposta de Diretiva, e estando em causa empresas com maiores dimensões, os órgãos de administração deverão necessariamente ser profissionais capacitados para o exercício das suas funções. Esta profissionalização dos órgãos de administração é extremamente importante, dado que, tenderão a ser profissionais mais atentos às mudanças dos sistemas de gestão que deverão ser adotadas.

A verdade é que embora seja impreterível o alinhamento das políticas de remuneração com objetivos prosseguidos pelos órgãos de administração, os objetivos ESG privilegiam

⁹² Cfr. proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE, pp. 9.

⁹³ Consultado em 15/Jan/2023, pp, 2. Disp. em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2018:0097:FIN>

⁹⁴ Ribeiro, M. F. (2018). Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações. In *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal, Volume Comemorativo do 10º Aniv. Do Instituto Português de Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, p. 59.

⁹⁵ Cunha, P. O. (2019). Ob. cit. pp. 875.

especialmente a sustentabilidade a longo-prazo, ou seja, as medidas que os administradores devem adotar como forma de realização da sustentabilidade, repercutir-se-ão tendencialmente a longo-prazo, e isto significa que uma análise a curto-prazo do desempenho dos administradores poderá levar a conclusões imprecisas e precipitadas. É então necessário perceber que as métricas ESG adotadas poderão apenas surtir efeitos a longo prazo, devendo ainda assim, ser tidas em consideração nas políticas de remuneração ⁹⁶.

A proposta de Diretiva constitui uma mudança total do paradigma do *business as usual*, sendo que se prevê a consideração por interesses não financeiros no momento de tomada de decisões, o que faz com que seja imperativo uma alteração dos critérios de remuneração tidos em consideração, no que diz respeito à prossecução de objetivos ESG, uma vez que, sem a integração dos critérios ESG nas políticas de remuneração, nunca passaremos de um bom conjunto de princípios sem muita aplicação prática ⁹⁷.

Em forma de conclusão, aquilo que podemos com certeza afirmar é a necessidade de ponderação de interesses ambientais e sociais, uma redefinição de horizontes e prioridades ⁹⁸, nas decisões tomadas pelos órgãos de administração. Só desta forma conseguiremos reduzir o impacto das atividades das empresas, proporcionando a transição para uma economia verde e neutra.

Não podemos exigir a todos os órgãos executivos os mesmos princípios éticos e morais, nem tampouco as mesmas preocupações ambientais, contudo, podemos sempre concluir que a remuneração dos administradores funciona como forma de colocar a remuneração ao serviço de um fim global - uma maior prossecução de interesses não financeiros ⁹⁹ - motivo pelo qual podemos afirmar convictamente a necessidade de articulação das políticas remuneratórias com os critérios ESG.

⁹⁶ Na Alemanha existe já uma norma que manda alinhar as políticas de remuneração com o desenvolvimento a longo-prazo, Cfr. Câmara, P. (2022). The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In P, Câmara & F. Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG. pp. 36-37.

⁹⁷ Matos, I. S. (2022). Ob. cit. p. 289.

⁹⁸ Matos, I. S. (2022). Ob. cit. p. 289.

⁹⁹ *Idem, ibidem*.

CAPÍTULO V

A RESPONSABILIDADE CIVIL

Entre os artigos 4º e 11º da proposta de Diretiva, agora revista pelo Conselho da União Europeia, estabelece-se o dever de diligência em matéria de direitos humanos e do ambiente das empresas abrangidas no âmbito de aplicação, onde se estabelece que as empresas devem adotar comportamentos necessários, implementarem medidas, estratégias e procedimentos que previnam e façam cessar os efeitos negativos das suas operações nos direitos humanos e no ambiente, não podendo, para este efeito, a iniciativa europeia não tutelar a responsabilidade civil das empresas que não cumpram esse dever de diligência ¹⁰⁰.

A responsabilidade civil é o conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofrido por outrem ¹⁰¹, sendo tradicional a dicotomia entre responsabilidade contratual, e responsabilidade extracontratual, surgindo das mesmas a obrigação de indemnizar ¹⁰².

1. Responsabilidade Extracontratual e Responsabilidade Subjetiva

O artigo 22º com a epígrafe “Responsabilidade Civil” refere-se ao regime de responsabilidade civil a que as empresas ficam sujeitas no caso de não cumprirem o seu dever de diligência, normas estas devem ser asseguradas pelos EM. Este foi um artigo alterado significativamente com a Orientação do Conselho da UE, como forma de garantir clareza jurídica e segurança para as empresas, evitando ingerências irrazoáveis nos sistemas nacionais de responsabilidade civil ¹⁰³. Com esta alteração foi esclarecido que para se considerar a empresa responsável é necessário o preenchimento de quatro pressupostos ¹⁰⁴:

- i) Verificação de um dano causado a uma pessoa singular ou coletiva (“...

¹⁰⁰ Antunes, A. F. M. (2022). Ob. cit. 2001 a 2002.

¹⁰¹ Menezes de Leitão, L. M. (2017). *Direito das obrigações*. Vol. I, 14ª edição, Coimbra, Almedina, p. 275.

¹⁰² Pinto Monteiro, A. & Mota Pinto, P. (2020). Ob. cit. 128 a 137.

¹⁰³ Cfr. proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da EU, pp. 9.

¹⁰⁴ Cfr. proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da EU, pp. 9. *Vd.* 22.º da Proposta de Diretiva.

tenham sido lesados os interesses jurídicos protegidos da pessoa singular ou coletiva ...”);

- ii) Violação dos deveres impostos (“Em resultado do incumprimento a que se refere a alínea a) ...”);
- iii) Nexo de causalidade entre o dano e a violação do dever (“Em resultado do incumprimento tenham sido lesados ...”);
- iv) Um incumprimento, com dolo ou negligência (“A empresa, deliberadamente ou por negligência...”).

Com esta configuração foram clarificados os pressupostos necessários para responsabilização das empresas, confirmando os traços que identificam a responsabilidade extracontratual e evidenciando o elemento da culpa, sendo que, desta feita tornou-se claro que estamos perante responsabilidade subjetiva, isto é, é exigida uma atuação ou omissão que implique a culpa da empresa ¹⁰⁵. Esta configuração teria sempre de acontecer, uma vez que, “o primado da culpa no nosso sistema de responsabilidade civil é estabelecer assim uma ligação com o conceito de responsabilidade moral. No núcleo da responsabilidade jurídica estará assim a ideia da responsabilidade moral” ¹⁰⁶.

Considerando os valores em causa, não há como negar que alinhado à culpa, surgirá sempre a questão da responsabilidade moral, isto é, a consciencialização “*prescindindo da consideração das consequências externas da conduta e estando sujeita apenas às sanções do ordenamento ético*” ¹⁰⁷. Sabemos também que, no que diz respeito à responsabilidade extracontratual e conforme as regras nosso CC, nomeadamente o 487º “É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa”. Na responsabilidade extracontratual, a culpa não é presumida, e como tal, caberá ao lesado a prova da culpa da empresa na ação ou omissão dos deveres de diligência. Inevitavelmente, este ónus constituirá um entrave à mobilização do mecanismo da responsabilidade civil, desde logo, em função da assimetria informativa entre as empresas e os lesados.

Continuando a análise do pressuposto da culpa, existe um outro ponto que deve ser levantado. O Conselho da UE na sua Orientação Geral esclareceu que, no âmbito da proposta de Diretiva apresentada, estamos perante uma responsabilidade subjetiva,

¹⁰⁵ Pinto Monteiro, A. & Mota Pinto, P. (2020). Ob. cit. p. 132.

¹⁰⁶ Pinto Monteiro, A. & Mota Pinto, P. (2020). Ob. cit. 133.

¹⁰⁷ *Idem, ibidem.*

contudo, não podemos ignorar o facto de os EM consagrarem nas legislações nacionais o instituto da responsabilidade objetiva, isto é, a responsabilidade pelo risco, que não envolve culpa. Analisando o artigo 22.º, n.º4 da proposta de Diretiva, pode acontecer que o direito nacional dos EM consagre responsabilidade objetiva para as empresas em função dos efeitos negativos que as mesmas causem nos direitos humanos ou ambientais, ainda que as mesmas tenham cumprido o seu dever de diligência ¹⁰⁸.

Esta dicotomia pode perpetuar a insegurança jurídica, retraindo as empresas, isto é, os seus administradores e “tornando inabarcáveis os riscos associados às atividades económicas” ¹⁰⁹.

2. Responsabilidade na cadeia de atividades ¹¹⁰

Na proposta de diretiva apresentada pela Comissão em março de 2022, tornavam-se as empresas abrangidas, pelo âmbito de aplicação, responsáveis pelo não cumprimento das obrigações de diligência devida, sendo que a inovação trazida era a responsabilização das empresas pelos danos causados pelas suas filiais e pelas empresas com quem tivessem relações comerciais estabelecidas ¹¹¹, fosse qual fosse a parte do mundo em que estas se encontrassem, resultando isto claramente da configuração do 22.º, n.º2:

“Não obstante o disposto no n.º 1, os Estados-Membros devem assegurar que, se uma empresa tiver tomado as medidas referidas no artigo 7.º, n.º 2, alínea b), no artigo 7.º, n.º 4, ou no artigo 8.º, n.º 3, alínea c), e no artigo 8.º, n.º 5, não é responsável pelos danos causados por um efeito negativo resultante das atividades de um parceiro indireto com o qual tenha uma relação empresarial estabelecida, a menos que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não seja razoável esperar que as medidas efetivamente tomadas,

¹⁰⁸ Coutinho de Abreu, J.M. (2022). Dever de Diligência das Empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021). *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 14, Vol. 27, Semestral, pp. 19.

¹⁰⁹ Oliveira Martins, M. I. (2022). “Proposta de Diretiva relativa ao dever de diligencia das empresas e à responsabilidade empresarial- Os pressupostos da responsabilidade civil” *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 14, Vol. 27, Semestral, p. 67.

¹¹⁰ Importa esclarecer que este não é um conceito jurídico, sendo o mesmo definido no artigo 3º, alínea g), tendo substituído o conceito “cadeia de valor” que suscitava dúvidas e problemas uma vez que havia divergência se se deveria englobar toda a “cadeia de valor” ou cingir-se apenas à “cadeia de abastecimento”.

¹¹¹ Conceito abandonado com a Orientação do Conselho da UE, sendo substituído pelo conceito de “parceiro empresarial” definido no art. 3º, al. e).

nomeadamente no que diz respeito à verificação do cumprimento, sejam adequadas para prevenir, atenuar, fazer cessar ou minimizar a extensão do efeito negativo.”

Este era um dos pontos importantes da proposta de Diretiva, a responsabilização ao longo das suas cadeias de valores, isto é, a empresa podia também ser responsável pelo incumprimento das suas filiais ou com quem tivesse relações comerciais estabelecidas ¹¹², isto teria como efeito, pelo menos teórico, que a empresa tivesse em conta as empresas com quem estabelecia relações comerciais, e até impulsionaria uma maior fiscalização das políticas das suas filiais, fomentando o comportamento diligente por parte de todos os intervenientes nas relações comerciais. Evitava-se assim, que concentrassem determinadas atividades em empresas descapitalizadas, e em virtude da responsabilidade limitada, se impedisse assim a responsabilização, configurando essas empresas aquilo a que se chama “*judgmente-proof subsidiaries*” ¹¹³.

Pese embora as boas intenções da norma, a verdade é que problemas derivariam daqui, nomeadamente do conceito de relações comerciais estabelecidas. O facto de as empresas serem responsáveis também pelos danos que as empresas com quem tivessem relações comerciais estabelecidas causassem, e para além da falta de precisão do termo, poderia facilmente encorajar as empresas a predefinir um grupo restrito de empresas com que trabalhavam ou até a dispersar as relações de forma a não caberem as mesmas no conceito de “relação comercial estabelecida” ¹¹⁴, ou ainda reorganizarem as suas cadeias de abastecimento de forma a minimizar os impactos da responsabilidade das cadeias de abastecimento ¹¹⁵. Veja-se ainda a seguinte hipótese, uma empresa-mãe com sede num país terceiro, que não se integra no âmbito de aplicação da Diretiva, mesmo tendo filiais e cadeias de abastecimento europeus com os volumes necessários para se aplicar a Diretiva, não estaria em causa aqui a responsabilização, estaríamos perante uma lacuna, e uma forma fácil de contornar o regime da responsabilidade estatuído ¹¹⁶.

¹¹² Este conceito foi também abandonado, sendo agora estabelecido apenas o conceito de parceiro empresarial no art. 3º, al. e).

¹¹³ Paccès, A. M. (2022, Abril). Ob. cit. p. 2.

¹¹⁴ Roessingh, D. (2022, Abril). The Proposed CSDD Won't End Our Societal Sustainability Stalemate. [Publicação em Blog] <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/07/proposed-csdd-wont-end-our-societal-sustainability-stalemate>

¹¹⁵ Paccès, A. M. (2022, Abril). Ob. cit. p. 2.

¹¹⁶ *Idem, ibidem.*

No entanto, como vimos, este foi um dos artigos alterados, sendo que a configuração atual da proposta com o texto revisto apresentado pelo Conselho da UE acaba por ser diferente, merecendo uma análise distinta, quanto ao assunto sub judice.

O art. 22º estabelece, na sua versão mais recente alterada e alinhada com os novos conceitos do artigo 3.º ¹¹⁷ que “A empresa não pode ser responsabilizada se os danos forem causados apenas pelos seus parceiros empresariais na sua cadeia de atividade”. Esta solução pode resolver algumas das questões em cima apresentadas, mas ao mesmo tempo, poderá levar a uma inércia das empresas quando saibam que empresas com quem trabalham não respeitam as obrigações estabelecidas no artigo 7.º e 8.º.

É ainda esclarecido outro ponto essencial, no atual n.º3 do art. 22.º, esclarece-se que casos os danos tenham sido causados em conjunto com as filiais e parceiros empresariais, deverá a empresa ser solidariamente responsável, embora isto não prejudique o direito de regresso nos termos da legislação nacional ¹¹⁸.

3. Ónus da prova, obrigação de meios, e eventual impacto na concorrência

Existe ainda assim, um ponto de extrema importância que não foi resolvido com Orientação do Conselho da UE, a questão do ónus da prova.

“As empresas deverão tomar as medidas adequadas para instituir e aplicar medidas relativas ao dever de diligência, no que diz respeito às suas próprias operações, às suas filiais, bem como aos seus parceiros empresariais diretos e indiretos ao longo das suas cadeias de atividades, em conformidade com o disposto na presente diretiva. (...) Por conseguinte, as principais obrigações previstas na presente diretiva deverão ser "obrigações de meios". A empresa deverá tomar as medidas adequadas que se possa razoavelmente esperar que resultem na prevenção ou minimização do efeito negativo nas circunstâncias do caso específico” ¹¹⁹. Desta leitura, podemos retirar algumas duas ilações:

- i) Estamos perante uma obrigação de meios;

¹¹⁷ Morais Antunes, A. F. (2022). Ob. cit. p. 2009.

¹¹⁸ Cfr. considerando n.º 60 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

¹¹⁹ Cfr. considerando n.º 15 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

- ii) O mecanismo da responsabilização apenas será mobilizado se razoavelmente não se poder esperar que das medidas adotadas pelas empresas resulte prevenção ou mitigação dos seus efeitos negativos.

Este preceito trará certamente alguns problemas. Começemos por referir que embora seja concedido um conceito de “medida adequada” no art. 3º, al. q), só através de uma análise casuística se poderá perceber a efetiva adequação da mesma. Esta análise poderá gerar alguma insegurança jurídica e até decisões que poderão contrariar-se, uma vez que serão avaliadas por diferentes EM.

Isto significa que as empresas só serão responsabilizadas se não fosse razoável considerar-se as medidas adequadas nas circunstâncias do caso em apreço.

Levar-nos-á o exposto à questão: a quem caberá provar que as medidas eram razoavelmente adequadas ao caso concreto?

O ponto 58 ¹²⁰ esclarece que cabe a cada Estado Membro determinar a quem cabe provar que a ação da empresa era razoavelmente adequada às circunstâncias do caso em concreto. Vimos já que, em função das regras relativas à responsabilidade extracontratual, e se não for estabelecida uma regra especial, será o lesado que terá de fazer prova da culpa da empresa e, neste caso, será cada EM a definir a quem cabe provar o ilícito, isto é, cada EM definirá a quem cabe provar que foi violado o dever de adotar medidas que razoavelmente se esperassem adequadas ao caso concreto. Parece que é este o “erro fatal” do processo legislativo, se colocassem o ónus da parte do lesado, invariavelmente seria prejudicada a eficácia da aplicação do mecanismo da responsabilidade, por outro lado, as regras nacionais serão diferentes entre si, ou seja, arbitrárias o que fará com que se reorganizem as empresas de forma a minimizar a exposição à responsabilidade ¹²¹.

Destriçada a questão do ónus da prova, falta refletir sobre a obrigação de meios e a influência que poderá ter na confiança das empresas.

A obrigação de meios segundo ALMEIDA DA COSTA “existe quando o devedor apenas se compromete a desenvolver, prudente e diligentemente, certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza” ¹²², reflete-se no facto de os obrigados, neste caso as empresas, se comprometerem a um

¹²⁰ Cfr. considerando n.º 58 da proposta de Diretiva apresentada pelo Conselho da UE.

¹²¹ Paccès, A. M. (2022, Abril). Ob. cit. p. 2.

¹²² Almeida Costa, M. J. (2010). *Direito das Obrigações*, 5.ª Ed. Coimbra, Almedina, p. 733.

comportamento cuidadoso para alcançar determinados objetivos, mas não assegurando que os mesmos serão conseguidos ¹²³.

A verdade é que o facto de estarmos perante uma obrigação de meios pode trazer alguma insegurança jurídica e até alguma assimetria na aplicação das normas de responsabilidade civil. Sendo uma obrigação de meios, não estão as empresas obrigadas a conseguir cessar os eventuais efeitos negativos que as mesmas produzam com a sua atividade, tendo apenas de ter um comportamento diligente.

Como reflete COUTINHO DE ABREU, no campo da responsabilidade civil as consequências podem ser diferentes em função do cumprimento ou não cumprimento das obrigações a que estão adstritas ¹²⁴. Equacionemos que uma empresa não cumpre o seu dever de diligência, no entanto, a sua inércia não causa qualquer dano. Tendo em conta os pressupostos da responsabilidade civil, não existindo dano não poderemos aplicar o artigo 22.º. Se, por sua vez, uma empresa diligente cumprir as suas obrigações, e não sobrando a responsabilidade para os órgãos de administração porque os mesmos agiram conforme os seus deveres, ainda assim, poderá a empresa ser responsabilizada por danos causados, desde logo, porque o cumprimento do dever de diligência não a exonera de eventual responsabilidade nos termos do direito nacional ¹²⁵.

De tudo o que foi exposto, podemos concluir que a proposta de Diretiva constitui de modo inegável um avanço considerável na responsabilização das empresas, obrigando as mesmas a diligenciarem por uma melhor atuação, tendo em consideração todos os efeitos que as suas atividades podem acarretar, e mesmo estando perante uma obrigação de meios, sempre as obrigará a adotar uma conduta que as permita identificar, prevenir e fazer cessar os seus efeitos negativos reais ou potenciais.

Não poderá, ainda assim, negar-se os eventuais impactos negativos, em termos de segurança jurídica, que estas obrigações podem gerar para a atividade empresarial na UE, nomeadamente no que diz respeito à concorrência entre empresas, já que empresas que não são abrangidas pelo âmbito de aplicação da diretiva poderão continuar a atuar nos mesmos mercados, em concorrência com empresas que terão de cumprir as obrigações

¹²³ Coutinho de Abreu, J.M. (2022). Dever de Diligência das Empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021). *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 14, Vol. 27, Semestral, p. 17.

¹²⁴ *Idem, ibidem.*

¹²⁵ *Idem, ibidem.*

estabelecidas pela Diretiva, o que poderá colocar as mesmas em desigualdade concorrencial ¹²⁶.

¹²⁶ Roessingh, D. (2022, Abril). Ob. cit. p.3.

CAPÍTULO VI

O FUTURO LEGISLATIVO

1. Decreto-lei ou alteração do código das sociedades comerciais?

É importante perceber qual será a opção do legislador português. Deverá ficar a lei das sociedades comerciais manter-se inalterada? Será mais adequado um DL no momento de transposição da (eventual) Diretiva?

Ainda que sem prescindir das reflexões apresentadas preteritamente não deverá pelo menos o Código das Sociedades Comerciais definir claramente o *corporate purpose* e enunciar princípios base de orientação para os administradores ¹²⁷ ?

A proposta de Diretiva traz-nos indubitavelmente algumas soluções inovadoras, como, por exemplo, a integração do dever de diligência nas políticas e nos sistemas de gestão de risco das empresas, a obrigação dos EM assegurarem que as empresas tomam medidas adequadas para identificar os efeitos negativos potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente causados das suas próprias operações ou das operações das suas filiais e, quando relacionadas com as suas cadeias de atividades, das operações dos seus parceiros empresariais ¹²⁸, sendo que as empresas que não cumpram os seus deveres de diligência ficam sujeitas a sanções e responsabilidade civil, conforme o estabelecido nos artigos 20.º e 22.º respetivamente.

Acarretará a transposição da diretiva a alteração do CSC ou será opção a aprovação de um DL que transponha a Diretiva? Sem considerar a questão das competências processuais, que claramente se desviariam para a transposição através de DL própria, parece-nos que fará mais sentido uma alteração do próprio CSC. Uma Diretiva introduzirá uma nova forma de posicionamento das empresas na sociedade, no que diz respeito aos objetivos a prosseguir, o interesse social, os deveres da sociedade e a responsabilidade social. Há, portanto, uma nova configuração daquilo que deve ser a atuação das

¹²⁷ Sjaafjell, B; Mahonen, J. (2022, February). Corporate Purpose and the EU Corporate Sustainability Due Diligence Proposal. [Publicação em Blog]

<https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/02/corporate-purpose-and-eu-corporate-sustainability-due-diligence>

¹²⁸ Conceito este definido no artigo 3º, alínea e).

sociedades na sociedade e como tal, esta nova forma de ver as empresas na sociedade acarretará necessariamente uma alteração daquele que é o diploma legislativo pelo qual as mesmas se regem, o Código das Sociedades Comerciais.

2. *Comply or Explain*

Será o *comply or explain* uma solução a apresentar? Reforçará o mesmo o impacto positivo dos acionistas/administradores no cumprimento das medidas que apelam à sustentabilidade ¹²⁹?

É preciso perceber antes de mais em que consiste o *comply or explain*. Podemos, desde já, adiantar que é uma técnica muito usada em matéria de *corporate governance*, constituindo *soft law* ¹³⁰ e permitindo uma atuação mais flexível das sociedades, obrigando a dar notícia do grau de cumprimento das normas e ficando obrigadas a fundamentarem a omissão dos deveres estabelecidos, o que está verdadeiramente em causa é um dever de prestar informação quanto ao grau de cumprimento das normas, ou seja, devem as empresas declarar quais os preceitos que cumprem e justificar o não cumprimentos dos demais.

É importante compreender o porquê de esta ser uma questão levantada. Desde logo o paradigma adotado pretende que a questão da sustentabilidade empresarial “deixe de repousar apenas em normas internacionais voluntárias” ¹³¹. Partir-se-á do princípio de que o objetivo é efetivamente uma alteração do direito das sociedades, da responsabilização das empresas de forma a entrelaçar-se melhor a atuação das mesmas com as questões sociais e ambientais, e como já foi enunciado uma redefinição dos horizontes e prioridades.

É aqui que surge a ponderação entre as normas mais permeáveis ou imposições rígidas, de conteúdo fechado que poderão conduzir mais facilmente à existência de

¹²⁹ Och, M. (2022, Março). The Case of the Missing Shareholders in the Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive. [Publicação em Blog] <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/case-missing-shareholders-proposed-corporate-sustainability-due>

¹³⁰ Falcão Mestre Efigénia, A. S. (2015, N°1). O princípio “*comply or explain*” e a “*soft law*”. *Revista Eletrónica de Direito*, pp. 4 a 5. <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2015-nordm-1/o-principio-ldquocomply-or-explainrdquo-e-a-ldquosoft-lawrdquo/>

¹³¹ Morais Antunes, A. F. (2022). Ob. cit. p.2000.

brechas legais, o que daria margem de manobra aos operadores do mercado a agirem conforme os trâmites legais, mas contrariamente ao cerne dos mesmos.

Não fará, então, sentido implementar esta técnica mais flexível que permite que quando não sejam cumpridas determinadas normas possa o não cumprimento das mesmas, ser justificado, evitando assim o mero cumprimento formal das regras?

Nas palavras de CATARINA SERRA:

*“O ideal seria mesmo constituir um sistema em que as empresas fossem simultaneamente persuadidas da desejabilidade das condutas e dissuadidas de se desviarem delas, o que implica simultaneamente, uma certa firmeza (monitorização, comunicação, instrumentos de alerta, fiscalização, prestação de contas, responsabilização e sanções pecuniárias) e uma certa flexibilidade (aconselhamento e assistência e admissibilidade de condutas alternativas do tipo *comply or explain*)”*¹³².

A proposta de Diretiva constitui um importante avanço naquele que é o *corporate purpose* das sociedades e, como tal, devem ser criados e fomentados todos os mecanismos que permitam o efetivo cumprimento material das novas medidas, sendo que, é sabido que medidas demasiado rígidas fomentam o *lip service* e esse não é, de todo, o fim a que se propõe o projeto europeu.

¹³²Serra, C. (Março 2022). Empresas e Human Rights Due Diligence - Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 14, Vol. 27, Semestral, Coimbra, Almedina” p. 41.

CONCLUSÃO

Depois de todas as matérias a abordadas ao longo dos últimos capítulos chegou o momento de retirarmos algumas conclusões.

O processo legislativo em curso constitui um ponto de partida necessário e imprescindível para a transição para uma economia sustentável e neutra, transição esta que só feita à escala global poderá surtir os efeitos pretendidos, tendo em conta que uma efetiva proteção dos direitos humanos e do ambiente apenas poderá ser atingida se prosseguida através de um compromisso universal. Só através de uma harmonização legislativa, como a que a proposta de Diretiva ambiciona, poderemos atingir os objetivos estabelecidos, obstando assim ao mecanismo do *forum shopping* que poderia ser mobilizado pelas empresas para fugirem às obrigações que o processo legislativo pretende estatuir.

Os avanços e recuos ao longo do processo legislativo pretendem alcançar a clareza e segurança jurídica necessária à efetiva mudança do paradigma empresarial, sendo que a Orientação Geral permite que se avance para o início das negociações com o Parlamento Europeu.

Questões como o dever dos órgãos de administração e a remuneração dos mesmos têm de ser esclarecidas, como forma de alinhar a atuação dos administradores/gerentes à sustentabilidade ambicionada.

Para se atingir a segurança jurídica essencial ao cabal cumprimento das obrigações agora propostas, é crucial que, nos próximos passos, se esclareçam as dúvidas que ainda subsistem, nomeadamente no que concerne ao ónus da prova relativo ao ilícito, ponto que considero ser capital para se atingir a estabilidade necessária para o impulso das empresas se coadunar com os objetivos ambientais e sociais.

Por fim, cumpre-nos apenas concluir, que não basta esta (tentativa de) mudança legislativa, já que, aquilo que mais vemos são alterações em que tudo termina da forma que começou.

Aquilo em que precisamos de investir é na qualificação dos órgãos de administração no que diz respeito a temas ambientais e sociais, é colocar na ordem do dia a discussão

do tema da sustentabilidade. Só desta forma os titulares de participações sociais e os órgãos de administração interiorizarão a importância do alinhamento das políticas de governação empresariais com a sustentabilidade almejada, deixando de olhar para políticas empresariais alinhadas com critérios *ESG* como um mero gasto económico, mas visualizando as mesmas como estas devem ser vistas: um verdadeiro investimento.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (2010). *Direito das Obrigações*, 5.^a Edição. Coimbra, Almedina
- BRIGHT, Claire & SEQUEIRA, Benedita (2022). Rumo a uma obrigatoriedade de diligência ambiental e de direitos humanos. *Revista Direito Comercial*. Consultado em <https://www.revistadedireitocomercial.com>
- CÂMARA, Paulo & MORAIS, Filipe (2022). Conclusion: ESG and Challenges Ahead. In Paulo Câmara & Filipe Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG
- CÂMARA, Paulo (2022). The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG. In Paulo Câmara & Filipe Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG
- COSTA, Ricardo (2022). Responsabilidade social na (ir) racionalidade das decisões dos administradores de sociedades. Ricardo Costa (Coordenador). In *Direito das Empresas, Reflexões e Decisões*. Coimbra, Almedina
- COUTINHO de ABREU, Jorge Manuel (2021). *Direito das Sociedades Comerciais*, Vol. II, 7^o Edição. Coimbra, Almedina
- COUTINHO de ABREU, Jorge Manuel. (2006). *Do Abuso de Direito*. Coimbra, Almedina.
- COUTINHO de ABREU, Jorge Manuel (2007). Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social. In *Reformas do Código das Sociedades*, *IDET*, n.º 3. Coimbra, Almedina
- COUTINHO de ABREU, Jorge Manuel (2022). Dever de Diligência das Empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento

- Europeu de 10/3/2021). *In Direito das Sociedades em Revista*, Ano 14, Vol. 27, Semestral. Coimbra, Almedina
- CUNHA, Paulo Olavo (2019). *Direito das Sociedades Comerciais*, 7º Edição. Coimbra, Almedina
 - PINTO DUARTE, Rui (2018). Os deveres dos administradores das sociedades comerciais. *Católica Law Review* 2(2). Consultado em <https://doi.org/10.34632/catolicalawreview.2018.2004>
 - ENGRÁCIA ANTUNES, José (2020). *Direito das Sociedades*, 9º Edição. Demand Liberis
 - ENRIQUES, Luca, (2022). ESG and Shareholder Primacy: Why They Can Go Together. In Paulo Câmara & Filipe Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG
 - European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, (2020). *Study on directors' duties and sustainable corporate governance: final report*, Publications Office. Consultado em <https://data.europa.eu/doi/10.2838/472901>
 - FALCÃO MESTRE EFIGÉNIA, Ana Sílvia (2015). O princípio “*comply or explain*” e a “*soft law*”. In *Revista Eletrónica de Direito*, N.º 1. Consultado em <https://cije.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2015-nordm-1/o-principio-ldquocomply-or-explainrdquo-e-a-ldquosoft-lawrdquo/>
 - FERRARINI, Guido (2022). Sustainable Governance and Corporate Due Diligence. In Paulo Câmara & Filipe Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG

- FERREIRA, Bruno & SEQUEIRA, Manuel (2022). Business Judgement Rule as a Safeguard for ESG Minded Directors and Warning for Others. In Paulo Câmara & Filipe Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG
- FRIEDMAN, Milton (1970). A Friedman doctrine- The Social Responsibility of Business Is to Increase It Profits. *The New York Times*. Consultado em <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>
- Instituto Português de Corporate Governance (2020). *Código de Governo das Sociedade*. Consultado em https://cam.cgov.pt/images/ficheiros/2020/revisao_codigo_pt_2018_ebook-05.11.2020.pdf
- JENSEN, Michael. & MURPHY, Kevin & WRUCK, Eric (2004). Remuneration: Where We've Been, How We Got to Here, What are the Problems, and How to Fix Them . *Harvard NOM Working Paper No. 04-28; ECGI – Finance Working Paper No. 44/2004*. Consultado em <https://ssrn.com/abstract=561305>
- LOBO XAXIER, Vasco (1999). Anulação da Deliberação Social e Deliberações Conexas. Teses de Doutoramento. Coimbra, Almedina
- LOWENFELD (1997). Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations, and Related Tools of International Litigation. *The American Journal of International Law*. Consultado em <https://doi.org/10.2307/2954213>
- MATOS SERRANO, Inês (2022). ESG and Executive Remuneration. In Paulo Câmara & Filipe Morais (Ed.). *The Palgrave handbook of ESG and Corporate Governance*. Springer Nature Switzerland AG
- MENESES DE LEITÃO, Luís (2017). *Direito das obrigações*. Vol. I, 14ª edição. Coimbra, Almedina

- MORAIS ANTUNES, Ana Filipa (2022). ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos. In *Revista Direito Comercial*. Consultado em <https://www.revistadedireitocomercial.com>
- OCH, Marleen (2022). *The Case of the Missing Shareholders in the Proposed Corporate Sustainability Due Diligence Directive* [Publicação em Blog] <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/case-missing-shareholders-proposed-corporate-sustainability-due>
- OLIVEIRA MARTINS, Maria Inês (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*, Ano 14, Vol. 27. Coimbra, Almedina
- PACCES, Alessio (2022). *Supply Chain Liability in the Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal*. [Publicação em Blog]. Consultado em <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/04/supply-chain-liability-corporate-sustainability-due-diligence>
- PINTO MONTEIRO, António & MOTA PINTO, Paulo (2020). *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª Edição. Coimbra, Coimbra Editora
- NUNES PINTO, Filipa, (2015). A responsabilidade civil dos administradores das sociedades- A concretização dos administradores das sociedades. In *Revista Direito Societário*, Ano VII, N.º1. Coimbra, Almedina
- RIBEIRO , Maria de Fátima (2009). Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”. *Tese de Doutoramento em Direito*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
- RIBEIRO, Maria de Fátima, (2014). Remunerações dos administradores e boa governação das sociedades: O Acórdão do STJ de 27 de Março de 2014. In R. Costa (Diretor). *Ab Instantia*, Ano III, N.º5, 2015. Coimbra, Almedina

- RIBEIRO , Maria de Fátima (2018). Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações. In *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal, Volume Comemorativo do 10º Aniv. Do Instituto Português de Corporate Governance*. Coimbra, Almedina
- RINGE, Wolf-Georg & GÖZLÜGÖ, Alperen, (2022). The EU Sustainable Corporate Governance Initiative: Where are We and Where are We Headed? *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*. Consultado em <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/03/18/the-eu-sustainable-corporate-governance-initiative-where-are-we-and-where-are-we-headed/>
- RINGE, Wolf-Georg, (2021). Investor-led Sustainability in Corporate Governance European Corporate Governance Institute. In *Law Working Paper No. 615/2021, LawFin Working Paper No. 36, Annals of Corporate Governance*. Consultado em <https://ssrn.com/abstract=3958960>
- ROESSINGH, Davine, (2022). *The Proposed CSDD Won't End Our Societal Sustainability Stalemate* [Publicação em Blog] <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/07/proposed-csdd-wont-end-our-societal-sustainability-stalemate>
- SERRA, Catarina, (Março). Empresas e Human Rights Due Diligence - Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes. In *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 14, Vol. 27, Semestral. Coimbra, Almedina
- 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
- SJÅFJELL, Beate, MÄHÖNEN, Jukka, (2022). *Corporate Purpose and the EU Corporate Sustainability Due Diligence Proposal* [Publicação em Blog] <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/02/corporate-purpose-and-eu-corporate-sustainability-due-diligence>

- WINTER, Japp, (2020). *Addressing the Crisis of the Modern Corporation: The Duty of Societal Responsibility of the Board*. Consultado em <https://ssrn.com/abstract=3574681>