

CSDD (CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE)

PRIMEIRAS OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE DIRETIVA DE 23 DE FEVEREIRO DE 2022

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

RUI PEREIRA DIAS*

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

1.1. Introdução

Em 23 de fevereiro de 2022, foi publicada a *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937*¹. Em particular, trata-se aí da sustentabilidade com respeito à *proteção de direitos humanos* e à *proteção do ambiente*. Se em relação aos direitos humanos era já corrente a expressão *Human Rights Due Diligence* (ou HRDD), vai agora sendo correntemente usada, neste domínio, a designação mais abrangente de *Corporate Sustainability Due Diligence* (ou CSDD) à qual, por facilidade de escrita, doravante faremos apelo.

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

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

¹ PARLAMENTO EUROPEU, *Proposta de DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE 2019/1937 - COM(2022) 71 final*, disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52022PC0071>>.

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

1.2. Objeto

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

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

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

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

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

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

1.3. Âmbito de aplicação

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

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

Ainda assim, estas últimas empresas não estarão sujeitas a regras tão exigentes como as primeiras: de acordo com o disposto no artigo 15.º, respeitante ao *combate às alterações climáticas*, apenas as empresas que ultrapassam os limiares mais elevados (as da alínea *a*), portanto) ficam obrigadas à adoção de um *plano* «com vista a assegurar que o seu modelo de negócio e a sua estratégia sejam compatíveis com a transição para uma economia sustentável e com a limitação do aquecimento global a 1,5º C, em conformidade com o Acordo de Paris» (artigo 15.º, n.º 1).

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

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

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

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

1.4. Dever de diligência: obrigações e responsabilidade

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

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

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

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

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

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

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

2. Aspetos internacionalprivatísticos

2.1. Introdução

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

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

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

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

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

⁷ Cfr. p. 46-51 do Relatório.

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

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

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

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

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

⁸ P. 46-47 do Relatório.

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

¹⁰ P. 48 do Relatório.

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

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

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

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

¹² P. 48-49 do Relatório.

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

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

2.3. A resolução do Parlamento Europeu de 10.3.2021

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

Com efeito, a *Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial*¹⁶ recomendava a

¹³ P. 50 do Relatório.

¹⁴ P. 50 do Relatório.

¹⁵ P. 51 do Relatório.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4. A recomendação do GEDIP de 8.10.2021

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

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

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

Quais são elas? Há quatro conjuntos de propostas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.5. O DIP da CSDD na Proposta de Diretiva

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

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

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

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

²⁵ COM(2022) 71 final.

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

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

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

²⁷ Duvidando da bondade da utilização deste critério de *lex incorporationis*, Geert VON CALSTER, «The European Commission's Corporate Sustainability Due Diligence proposal. Some thoughts on the conflict of laws», *GAVC Law - Geert van Calster (blog)*, 25 Mar. 2022, disponível em <<https://gavclaw.com/2022/03/25/the-european-commissions-corporate-sustainability-due-diligence-proposal-some-thoughts-on-the-conflict-of-laws/>>, que veria com bons olhos uma conexão em termos semelhantes aos do artigo 63.º B1a, porquanto mesmo as sociedades com *sede estatutária* extraeuropeia, mas *administração central* ou *estabelecimento principal* na União, se veriam abrangidas. Mais em geral, em defesa de uma adoção mais generalizada, mesmo em países de Common Law, do critério da sede real, que tem recuado nas últimas décadas mas serviria melhor os interesses da comunidade em geral, Horst EIDENMÜLLER, «Shell Shock: In Defence of the 'Real Seat Theory' in International Company Law», *Oxford Business Law Blog*, 25 Mar. 2022, disponível em <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/03/shell-shock-defence-real-seat-theory-international-company-law>>.

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

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

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

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

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

³⁰ P. 24 da proposta de Diretiva.

³¹ V. proposta de Diretiva, 18.

³² Proposta de Diretiva, 18.

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

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

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

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

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

³³ Proposta de Diretiva, 24.

³⁴ Proposta de Diretiva, 24.

³⁵ *Infra*, 3.2.

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

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

3. Algumas primeiras observações

3.1. Direito material

3.1.1. Sustentabilidade e «due diligence»

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.1.2. Disposições mais diretamente jurídico-societárias

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Direito internacional privado

3.2.1. Introdução

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

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

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

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

⁵⁵ *Supra*, 2.4.

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

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

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

3.2.2. Competência internacional

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.3. Lei aplicável e imperatividade internacional

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

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

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

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

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

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

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

3.2.4. Extraterritorialidade

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Conclusão

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

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

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

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