

DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS E RESPONSABILIDADE CIVIL

(A PROPÓSITO DO PROJETO DE DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU DE 10/3/2021)

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

J. M. COUTINHO DE ABREU*

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

1.1. Há no mundo «cerca de 25 milhões de vítimas de trabalho forçado, 152 milhões de vítimas de trabalho infantil, 2,78 milhões de mortes por ano devido a doenças relacionadas com o trabalho e 374 milhões de lesões profissionais não mortais por ano»¹. Em um número crescente de países verificam-se horários de trabalho excessivos, salários de miséria, disparidade salarial entre homens e mulheres e outras formas de discriminação².

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

* Professor Catedrático, Univ Coimbra, IJ, EDUC.

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

² *Ibid.*, considerando O.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ V. os considerandos 3 e 4 do Projeto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Para outros caminhos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

