

PROPOSTA DE DIRECTIVA RELATIVA AO DEVER DE DILIGÊNCIA DAS EMPRESAS E À RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL: OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

https://doi.org/10.47907/livro/2023/dever_diligencia_empresas/cap06

MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS*

Resumo: O presente texto analisa a proposta de Directiva sobre dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial, recomendada pelo Parlamento Europeu em Resolução de 10 de Março 2021, na parte tocante à criação de um regime harmonizado de responsabilidade civil das empresas (artigo 19.º). Apesar da proclamada intenção de harmonização máxima (Considerando 59), tendo em conta o carácter vago e lacunoso das normas propostas, tal regime será em qualquer caso fortemente dependente dos quadros nacionais de responsabilidade civil. Contra este pano de fundo, debatem-se alguns aspectos do regime que resultaria desta combinação das normas da Directiva com o Direito português, quanto aos requisitos da ilicitude e da causalidade.

Palavras-chave: dever de diligência, responsabilidade social das empresas, responsabilidade civil, ilicitude, causalidade

Abstract: This text analyses the proposal for a Directive on corporate due diligence and corporate accountability, as recommended by the

* IJ, Univ Coimbra. A apresentação oral original foi feita em língua inglesa, sob o título “Establishing civil liability for breach of the duty of care”. Além das abreviaturas de uso corrente, serão utilizadas em especial as seguintes: PETL: Principles of European Tort Law; PONU: Princípios Orientadores das Nações Unidas relativos às Empresas e aos Direitos Humanos, adoptados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas na sua resolução 17/4 de 16 de Junho de 2011.

European Parliament by resolution of 10 March 2021, where it sets out a harmonised regime of corporate liability (Article 19). Despite the Directive's announced purpose of maximum harmonisation (Recital 59), its provisions on civil liability are vague and fragmentary, which makes the harmonised regime heavily reliant on the domestic systems of civil liability. The text focuses on the outcome of embedding the provisions of the Directive in Portuguese civil liability law, specifically in regard of the requirements of unlawfulness and causation.

Keywords: corporate due diligence, corporate accountability, corporate social responsibility, civil liability, unlawfulness, causation

I. Introdução

1. A 10 de Março de 2021, o Parlamento Europeu aprovou uma resolução, recomendando à Comissão Europeia a adopção de uma Directiva sobre dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial, e, em antecipação dos poderes de iniciativa legislativa da Comissão, propondo inclusivamente o respectivo articulado (que adiante referiremos em geral simplesmente como a “Directiva”)¹⁻².

A resolução do Parlamento Europeu tinha sido precedida de um Projecto de Relatório, contendo recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial, e compreendendo um primeiro articulado de Directiva³.

¹ Recomendações sobre proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial, anexas à 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 (2020/2129(INL)). Todos os artigos citados de que não se indique outra fonte pertencem a esta proposta.

² Cfr. os arts 289.º, n.º 1, do TFUE, e 17, n.º 2, do TUE, quanto aos poderes de iniciativa legislativa da Comissão. É, porém, frequente que o impulso surja do Parlamento ou do Conselho (Paul-John LOEWENTHAL, «Article 289 TFEU», in Manuel KELLERBAUER / Marcus KLAMERT / Jonathan TOMKIN, *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2019, 1912-1915, 1916, nm. 18).

³ Recomendações sobre proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial, anexas ao Relatório do Parlamento Europeu de 11 de Setembro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial (2020/2129 (INL)).

A primeira versão da proposta continha já uma norma sobre responsabilidade civil, se bem que de conteúdo particularmente limitado. Tratava-se do artigo 20.º, prevendo, sob a epígrafe “responsabilidade civil” que “[o] facto de uma empresa ter cumprido o dever de diligência em conformidade com os requisitos estabelecidos na presente diretiva não exonera a empresa da eventual responsabilidade civil em que incorre nos termos do direito nacional”. Se a norma não obrigava os Estados-membros à criação de uma fonte de imputação de responsabilidade civil, tão-pouco podia ser considerada totalmente inócua. Sempre clarificava que o cumprimento dos deveres impostos pelo Direito europeu não era fundamento de exoneração face a regimes domésticos de responsabilidade. Ao lado desta previsão, viviam regimes de índole sancionatória, e não já ressarcitória. Assim, o artigo 19.º vinculava os Estados-membros à cominação de sanções, mesmo penais, uma vez ultrapassados certos limiares de gravidade da conduta.

Com a versão definitiva da resolução do Parlamento, e a apresentação da proposta de Directiva, a previsão do anterior artigo 20.º foi completada com uma série de desenvolvimentos. Ao tempo que se aguçava a responsabilidade civil, recedia a responsabilidade penal, à qual a proposta de Directiva deixou de se referir.

A matéria da responsabilidade civil consta agora do artigo 19.º, que mantém a epígrafe do antecessor. Nos seus termos:

1. O facto de uma empresa respeitar as suas obrigações em matéria de dever de diligência não a exonera da eventual responsabilidade em que pode incorrer nos termos do Direito nacional.
2. Os Estados-Membros devem assegurar que dispõem de um regime de responsabilidade ao abrigo do qual as empresas podem, nos termos do Direito nacional, 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 que tenham causado ou para os quais tenham contribuído por atos ou omissões.
3. Os Estados-Membros devem assegurar que o seu regime de responsabilidade a que se refere o n.º 2 seja de molde a que as empresas que provem que tomaram todas as precauções necessárias, em conformidade com a presente diretiva, para evitar os danos em questão, ou que o dano teria ocorrido mesmo que tivessem sido tomadas todas as precauções necessárias, não sejam responsabilizadas por esses danos.

4. Os Estados-Membros devem assegurar que o prazo de prescrição para intentar ações de responsabilidade civil relativas a danos resultantes de efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente seja razoável.

Antes de mais, deve alertar-se para que o cotejo entre as diferentes versões linguísticas da proposta revela um lapso na versão portuguesa do artigo 19.º, n.º 2. Com efeito, onde esta apenas prevê a responsabilidade por danos que as empresas “*tenham causado ou para os quais tenham contribuído por atos ou omissões*”, as demais versões agregam a responsabilidade também por danos que outras *empresas sob o seu controlo* (artigo 3.º, 9)) tenham causado⁴. Olhemos agora a norma no seu todo.

O n.º 1 do artigo 19.º retoma em boa medida o anterior artigo 20.º. Porém, os n.ºs seguintes chegam exactamente onde este não chegava, obrigando os Estados-membros à *introdução de um novo fundamento de responsabilidade, e à sua introdução em certos termos*.

É sobre este novo regime de responsabilidade civil que se debruça o presente escrito.

2. Nos termos do respectivo Considerando 59, a Directiva visa a uma harmonização máxima⁵. Ou seja, não só se impõe um patamar mínimo, como se fixa um *alcance máximo* aos regimes nacionais que estabeleçam regras de responsabilidade civil por violação de direitos humanos, ou de deveres em relação ao ambiente ou à boa governação.

Um tal escopo de harmonização máxima quadra mal com a chancela dada ao funcionamento das normas de responsabilidade dos Estados-membros logo no n.º 1 do artigo 19.º. Do funcionamento das normas internas pode resultar, por exemplo, a responsabilização de outros sujeitos para além das empresas que são o sujeito central da regulação proposta, ou das que se define como sendo por elas controladas. Basta pensar que toda esta matéria se enxerta nos temas da responsabilidade por violação de deveres de prevenção do perigo, ou por omissão em termos mais amplos, que dependem fortemente não só

⁴ Pelo menos, no que nos é possível verificar, em língua alemã, espanhola, francesa, inglesa, ou italiana.

⁵ No referido Considerando 59, lê-se que “[a] presente diretiva deverá ter por objetivo a plena harmonização das normas entre os Estados-Membros”. Cotejando a versão inglesa, confirma-se que “[t]his Directive should aim for full harmonization of standards among Member States”.

de direito legislado, mas de construções dogmáticas e jurisprudenciais quanto às regras vigentes.

Uma tal referência à harmonização máxima poderá, porém, ter sentido útil face às defesas invocáveis pela empresa accionada, nos termos do artigo 19.º, n.º 3. Do escopo de harmonização máxima decorrerá então que o Estado-membro não poderá deixar de exonerar a empresa que logre provar que actuou com o cuidado devido, ou que o dano sempre se teria produzido ainda que tivesse actuado. Não obstante, o sentido destas cláusulas abertas sempre dependerá criticamente dos quadros gerais do ordenamento em matéria de culpa e causalidade.

Em todo o caso, torna-se manifesto que as regras propostas, quando vertidas num ordenamento nacional, estão longe de viver por si. Integram-se, sim, no sistema de responsabilidade civil do Estado-membro em causa. Como tal, os seus efeitos variarão significativamente em função dos diferentes ordenamentos.

Olharemos, pois, a particular simbiose entre as regras da Directiva e o sistema português de responsabilidade civil, focando dois âmbitos em particular: o da ilicitude e o da causalidade. Não nos deteremos especialmente sobre o requisito do dano, que não deixará, porém, de surgir associado ao funcionamento dos requisitos focados. Sublinhe-se, todavia, que a Directiva configura os danos como resultado de efeitos negativos reais ou meramente potenciais, nos direitos humanos, ambiente ou governação (artigo 19.º, n.º 2). Abrem-se, assim, as portas à *reparação de danos com escopo preventivo*, como é conhecida do direito do ambiente, e tem sido especialmente testada no Direito francês⁶.

II. Construção

A. Ilicitude: a conduta devida

1. Abertura do preceito e enunciação de possibilidades interpretativas

3. Uma questão basilar é a de saber qual a *conduta devida, cuja violação configura ilícito*. A referência a uma conduta devida é aqui ci-

⁶ 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», *Rec. Dall.*, Paris: Dalloz, 28 (2017) 610-1618, 1614-1615; em geral, Geneviève VINEY / Patrice JOURDAIN / Suzanne CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4 Ed., Paris: LGDJ, 2013, 6-10.

meira, já que não há dúvida de que nos movemos nos quadros de uma responsabilidade por culpa, assente num desvalor de conduta. Diferentes seriam as coisas se a Directiva previsse uma hipótese de responsabilidade objectiva; aí, o dano a reparar não teria sequer que ter por causa um facto, menos ainda um facto desvalioso, do agente.

Desde logo, abrir-se-iam duas grandes possibilidades para sua concretização: ser devido (apenas) *estabelecer ex ante e implementar uma estratégia em matéria de dever de diligência* (artigo 1.º, n.º 2, artigo 4.º); ou serem devidas as *acções necessárias a prevenir do dano em concreto*.

Destriçaremos abaixo o alcance de cada uma destas fórmulas. Para já, adiantamos que não é claro qual o parâmetro adoptado pela Directiva. Assim, se alguns autores criticam a regra sobre responsabilidade nela prevista, considerando-a demasiado incisiva⁷, outros duvidam mesmo de que se tenha criado uma efectiva norma de responsabilidade pela violação de direitos humanos, ou standards ambientais ou de *governance*⁸.

Esta última perspectiva mobiliza, como termo de comparação para apurar o alcance da Directiva, um outro texto internacional. Trata-se do Instrumento juridicamente vinculativo da ONU para regulamentar, no que diz respeito aos direitos humanos, as atividades das empresas transnacionais e de outro tipo (*Legally Binding Instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*). Preparado sob a égide da Organização das Nações Unidas, encontra-se actualmente na sua terceira versão⁹. O contraponto directo do artigo 19.º

⁷ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, Bruxelles: ECGI, 2021, disponível em <<https://ecgi.global/news/commentary-european-parliament's-draft-directive-corporate-due-diligence-and-corporate>> propondo a sua eliminação no n.º 35.

⁸ Assim, em manifestação oral, Radu MARESH, «Oral communication», *On the new EU Directive on Human Rights Due Diligence*, Lund: Raoul Wallenberg Institute, 2021, disponível em <<https://rwi.lu.se/2021/06/15/webinar-iii-iii-recording-on-the-new-eu-directive-on-human-rights-due-diligence/>>. Cfr. também Anna BECKERS, «Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten», *ZfPW*, Munich: C. H. Beck (2021), 220-251, 235 e 237-238.

⁹ Em concreto, pelo *Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* (OWIG), que funciona junto do Conselho de Direitos Humanos da ONU. A terceira versão é de 17 de Agosto de 2021.

da Directiva seriam os artigos 8.6 e 8.7. Em tradução livre do original em inglês¹⁰:

8.6. Os Estados-parte asseguram que a sua lei interna prevê a responsabilidade de pessoas jurídicas ou físicas que levem a cabo actividades económicas, incluindo as de carácter transnacional, por não prevenir que outra pessoa jurídica ou física com que tenham uma relação de negócios cause ou contribua para violações de direitos humanos, nos casos em que as primeiras controlem, administrem, ou supervisionem a pessoa em causa, ou a actividade relevante que tenha causado ou contribuído para a violação de direitos humanos, bem como por, *sendo-lhes cognoscível o risco de violação de direitos humanos na condução das suas actividades económicas*, incluindo as de carácter transnacional, ou então nas suas relações de negócios, não terem *adoptado medidas adequadas para prevenir a violação*.

8.7. O cumprimento com as medidas de “due diligence” de direitos humanos não exonera automaticamente da responsabilidade uma pessoa jurídica ou física que leve a cabo actividades económicas e que cause ou contribua para a violação de direitos humanos, ou que não previna tal violação por parte de uma pessoa física ou jurídica, nos termos previstos no artigo 8.6. O tribunal ou outra entidade competente decidirá sobre a responsabilidade dessa pessoa jurídica ou física após examinar o seu cumprimento com os standards aplicáveis em matéria de “due diligence” de direitos humanos (*realce nosso*).

Logo de uma primeira leitura do artigo 8.6, resulta claro que o regime de responsabilidade assenta num dever de prevenção de danos-

¹⁰ 8.6. States Parties shall ensure that their domestic law provides for the liability of legal and/or natural persons conducting business activities, including those of transnational character, for their failure to prevent another legal or natural person with whom they have had a business relationship, from causing or contributing to human rights abuses, when the former controls, manages or supervises such person or the relevant activity that caused or contributed to the human rights abuse, or should have foreseen risks of human rights abuses in the conduct of their business activities, including those of transnational character, or in their business relationships, but failed to take adequate measures to prevent the abuse.

8.7. Human rights due diligence shall not automatically absolve a legal or natural person conducting business activities from liability for causing or contributing to human rights abuses or failing to prevent such abuses by a natural or legal person as laid down in Article 8.6. The court or other competent authority will decide the liability of such legal or natural persons after an examination of compliance with applicable human rights due diligence standards.

-lesão (violações de direitos humanos), que existe desde o risco da sua ocorrência seja cognoscível ao sujeito. O artigo 8.7 confirma a este respeito que o cumprimento das medidas de *due diligence* de direitos humanos não tem por efeito exonerar automaticamente o sujeito de responsabilidade.

4. Para que possamos devidamente destrinçar e explorar diferentes possibilidades interpretativas, devemos retirar do caminho algumas fontes de confusão. Estas surgem a propósito da convocação, com sentidos nem sempre constantes ou concordantes com os que geralmente cabem às categorias, de expressões como “dever de diligência”, “dever de adopção de melhores esforços”, “dever de adopção de uma estratégia de boa fé”, de um lado, e “dever de resultado”, ou “dever de garantir” que nenhum direitos ou interesses protegidos pelos standards aplicáveis é violado¹¹. Na verdade, esta ambiguidade já rodeia desde a sua origem, no Direito das Nações Unidas, a construção de um dever de diligência a cargo das empresas¹²; e o próprio Alto-Comissariado para

¹¹ Assim, Anna BECKERS, «Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten», 235, contrapõe um dever de adopção de melhores esforços, que corresponderia ao desenvolvimento de medidas de cuidado (que descreve como *due diligence*) – e que encontra ilustrado no dever de adoptar um plano de diligência previsto no ordenamento francês, ou no que ao tempo era o projecto de lei alemã – a um dever de resultado, obrigando as empresas à protecção de certos interesses, sendo a adopção de medidas de cuidado um mero indicador do seu cumprimento – e que encontra ilustrado no Instrumento juridicamente vinculativo da ONU. Também Eva-Maria KIENINGER / Markus KRAJEWSKI / Franziska WOHLTMANN, *Rechtsgutachten und Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten. Im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/ Die Grünen*, Boca Raton: FAU University Press, 2022, 19, disponível em <<https://opus4.kobv.de/opus4-fau/home>>, consideram que a referência, no projecto de lei apresentado a 24 de Março de 2021, a um dever de cuidado (*Sorgfaltspflicht*) identifica um dever de conduta, por contraposição a um dever de resultado; Nicolas BUENO/ Claire BRIGHT, «Implementing human rights due diligence through corporate liability», *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge: Cambridge Core, 2020, 1-30, 15, a propósito da lei francesa, consideram que a obrigação de previsão e implementação de um *plan de vigilance* é uma obrigação de meios, cabendo ao lesado provar que não foram adoptadas as medidas necessárias para sua implementação – e contrapõem a este regime a um regime de *strict liability* com possibilidade de exoneração por prova do cumprimento do dever de prever e implementar um *plan de vigilance*.

¹² Cfr., por todos, apontando a ambiguidade da referência a uma *due diligence*, que tanto significa um standard de conduta, como um processo de gestão de riscos

os Direitos Humanos reconhece abertamente que a *due diligence* de direitos humanos pode corresponder a desenhos variados, inclusivamente quanto à identificação das obrigações que dão lugar a responsabilidade civil¹³.

Com efeito, as fontes de ruído são pelo menos duas. De um lado, o facto de o dever de adoptar uma estratégia de mapeamento de riscos e actuação face a eles ser designado um dever de *due diligence*, ou dever de diligência. Surge daí desde logo uma potencial amálgama entre o *referente do dever* e o *critério de cumprimento desse ou de outro dever*. Assim, a menção a um “dever de diligência” ou de “cuidado” seria, no seu sentido mais imediato, referente à *adopção do cuidado* devido no cumprimento do dever que se impusesse ao sujeito – o de adopção da estratégia de *due diligence*, ou qualquer outro. Todavia, acaba por ser usada, de modo nem sempre claro, para referir o dever de previsão e adopção de uma estratégia de *due diligence* – separando-a de um dever de prevenção de lesões nos direitos e interesses protegidos. Esta convergência impede que se descortine com clareza qual é, afinal, o dever a cargo da empresa.

Outra fonte de ruído diz respeito à distinção entre *obrigações de meios e obrigações de resultado*. A distinção instalou-se no ordenamento

empresariais, Jonathan BONNITCHA / Robert MCCORQUODALE, «The concept of “due diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights», EJIL, Oxford: Oxford Academic, 3 (2017) 899-919, *passim*; em resposta, levando o significado para um terreno intermédio relativo a um processo complexo de prevenção de danos a bens jurídicos de terceiros, John Gerard RUGGIE / John F. SHERMAN III, «The concept of ‘due diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale», EJIL, Oxford: Oxford Academic, 3 (2017) 921–928, 923-925; Jonathan BONNITCHA / Robert MCCORQUODALE, «The concept of ‘due diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman, III», EJIL, Oxford: Oxford Academic, 3 (2017), 929-933, 932-933, apontando convergências entre as abordagens, no sentido de ambas responsabilizarem as empresas para lá dos processos de *due diligence*.

¹³ OHCHR, *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability*, A/HRC/38/20/Add.2, New York: UN, 2018, disponível em <<https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/G1814330.pdf>>, n.ºs 12-31, 5-9; OHCHR, UN *Human Rights “Issues Paper” on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies*, New York: UN, 2020, disponível em <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Issues_Paper.pdf>, especialmente, ponto 5.3., 12-16.

francês pela mão de Demogue¹⁴, e tem curso também no recorte de obrigações de *best efforts* que é corrente nos contratos da *common law* e do comércio internacional¹⁵.

O seu significado não é constante nestes vários contextos. Desde logo, há uma diferença importante entre os ordenamentos que exigem a culpa como requisito separado da ilicitude, como regra geral na responsabilidade contratual – caso do português, ou do alemão – e os ordenamentos que não o fazem. É o que acontece na *common law*, onde a responsabilidade contratual é fundamentalmente objectiva¹⁶; e o que acontece no ordenamento francês, onde o desvalor de conduta está amalgamado numa categoria base, da *faute*¹⁷. Ora, nestes ordenamentos, a distinção acaba por separar as hipóteses em que o devedor não é responsável se tiver cumprido com o cuidado devido, de hipóteses em que o devedor apenas se exonera por causas externas, de força maior, facto de terceiro ou do credor, ou então responde mesmo em qualquer caso. A distribuição do ónus da prova acompanha esta definição do critério de cumprimento: num caso, é necessário ao credor provar a falta da adopção das devidas diligências, ao passo que no outro basta ao credor provar a falta de um resultado. Já no caso dos ordenamentos que requerem sempre a culpa como requisito separado, dir-se-ia que afinal todas as obrigações seriam *obrigações de meios*. Nestes, porém, a categoria é importante para clarificar o conteúdo do dever de prestar, identificar a verificação de cumprimento ou de não cumprimento, e a distribuição do ónus da prova associado. E, no tocante a deveres de

¹⁴ René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Paris: Librairie Arthur Rosseau, 1925, 536 e ss.; Philippe MALAURIE / Laurent AYNÈS / Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 11.^a ed., Paris: LGDJ, 2020, 533 e ss.; Yves PICOD, «Obligations», *Répertoire de droit civil - Dalloz*, Paris: Dalloz, 2017, n.º 76 e ss.

¹⁵ Erich SCHANZE, «Best efforts in the taxonomy of obligation – The case of the EU vaccine contracts», *German Law Journal*, Cambridge: Cambridge University Press (2021) 1133-1145, 1139 e ss. Cfr. o artigo 5.1.4 dos Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais de 2016.

¹⁶ Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996, 501 e ss.; Marco TORSSELLO, «Remedies for breach of contract», in SMITS, Jan, *Elgar Encyclopedia of comparative law*, 2 Ed, Cheltenham / Northampton: Edward Elgar, 2012, 754-776, 768. No tocante aos serviços, a regra geral é já inversa.

¹⁷ Jacques FLOUR / Jean-Luc AUBERT / Éric SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, III, *Le rapport d'obligation*, Paris: Dalloz-Sirey, 2013, nm. 189 e ss.

consideração – sobretudo, de protecção –, tem sido usada como critério de *distribuição de riscos probatórios*.

Ora, como decorre da própria referência a obrigações, a distinção entre estas categorias coloca-se em relação à responsabilidade contratual. Porém, vemo-la também referida a respeito da fundação de uma responsabilidade por violação de direitos humanos e standards ambientais e de boa governação – que, concebida em termos gerais, é de índole extracontratual¹⁸. Perguntar-se-ia, pois, se a referência a *deveres de resultado* quereria significar nesta sede hipóteses de responsabilidade objectiva, enquanto que os deveres de diligência, ou melhores esforços, se reportavam a uma responsabilidade dependente de culpa – como é claramente a prevista na Directiva (artigo 19.º, n.º 3). Tal teria necessariamente reflexo na distribuição do ónus da prova.

5. Melhor se fará, pois, se, em vez de conceitos sintéticos, que nem sempre são claros nas suas implicações, se destringer entre diferentes degraus do raciocínio.

Pensando no que tem fundamentalmente pertinência para a discussão da norma da Directiva, haverá que separar duas questões.

Em primeiro lugar, a de saber se o dever por cujo incumprimento a empresa pode ser responsabilizada é apenas o de desenvolver e implementar uma estratégia de “dever de diligência”; ou se vai para além dele, sendo um dever de prevenção de danos concretos, quando haja risco de se verificarem. Dentro de cada uma destas hipóteses, haverá que distinguir as mais relevantes possibilidades de distribuição de riscos probatórios.

Para evitar o ruído causado pela designação do dever de adopção de um conjunto complexo de condutas – como é o dever de diligência – através de um termo que designa um standard geral de conduta – a “diligência” –, usaremos também a expressão “dever de *due diligence*” para nos referirmos ao primeiro.

¹⁸ Claro está que haverá responsabilidade contratual *tout court* quando as vítimas tiverem uma relação negocial com a empresa responsável, ou então quando for de mobilizar em relação a elas a figura do contrato com eficácia de protecção em relação a terceiros (*v.g.*, quando a empresa integrar códigos de conduta nos contratos com os seus fornecedores, face a trabalhadores destes). O que as normas de responsabilidade em debate pretendem, porém, justamente, é ir além destes âmbitos.

2. O dever de adoptar e implementar uma estratégia de *due diligence*

6. Neste conjunto, o dever esgota-se na adopção e implementação da estratégia de *due diligence*. A empresa é responsável pelo dano causado pela violação deste dever.

Tudo o que importa aqui é que, *ex ante*, do ponto de vista do momento da sua adopção ou revisão, a estratégia se revele conforme com os preceitos legais que lhe são aplicáveis; e que esta estratégia seja implementada. Se *ex post*, em concreto, se relevar que *esta era afinal insuficiente para a prevenção de dano*, tal *não engendra a responsabilidade da empresa*¹⁹.

Numa primeira versão, mais rigorosa, tratar-se-ia aqui de um dever de adoptar e implementar uma estratégia de *due diligence* que *esteja em condições de prevenir a ocorrência de dano*. Ou seja, neste caso, a *prova do resultado danoso* faria presumir desde logo que a estratégia *não havia sido adequada, tendo tal sido causa do dano*. Para que se exonerasse, a empresa teria que provar que: (i) tinha adoptado uma estratégia para a prevenção de dano; (ii) tal estratégia era, *ex ante*, do ponto de vista da sua concepção, *adequada à prevenção de dano*; e que (iii) tal estratégia tinha sido implementada.

Estariamos aqui perante um dos casos referidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas como de *strict liability*, num dos sentidos matizados que o termo comporta²⁰. Aqui, a empresa imputada poderia exonerar-se provando o cumprimento pleno do seu dever de *due diligence*.

Numa segunda versão, mais branda, tratar-se-ia de um *dever de usar de esforços razoáveis* para adoptar e implementar *uma estratégia que pudesse prevenir a ocorrência de dano*. Um tal modelo seria o cor-

¹⁹ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, n.º 35.

²⁰ Por contraposição à "absolute liability" configurada como uma responsabilidade pela produção de um certo resultado, sem que se aceitem fundamentos exoneratórios – na linha da responsabilidade que vem associada a obrigações de garantia. OHCHR, *Improving accountability and access to remedy*, n.º 26, 7. Bernhard A. KOCH / Helmut KOZIOL, «Comparative conclusions», in Bernhard A. KOCH, / Helmut KOZIOL, *Unification of tort law: Strict liability*, The Hague: Kluwer Law, 2002, 395-435, 395, nm. 2.

relato, em termos de responsabilidade civil, da proposta do *European Company Law Experts Group*, referindo-se a um *dever de conceber e rever, em boa fé, uma estratégia de prevenção e controlo de dano*²¹. A cláusula geral da boa fé, que num ordenamento como o português ou o alemão apenas tem pertinência no campo das relações especiais, vem aqui usada em sentido mais geral, correspondendo aos *good faith efforts*. Trata-se de modular o dever a cargo da empresa, que passa a ser apenas o de *tentar gerar certo resultado usando de normal seriedade e diligência*.

Deve dizer-se que os autores apenas concebem o dever em conjugação com reacções administrativas; porém, não excluem a sua associação à responsabilidade civil, considerando desejável que os Estados-membros a prevejam também, de acordo com o seu direito interno.

Neste modelo, caberia ao interessado em estabelecer o incumprimento o ónus de provar: a ocorrência de dano; que a estratégia era logo *ex ante*, do ponto de vista da sua concepção, *desadequada à prevenção de dano, não cumprindo com a diligência razoavelmente exigível para o alcançar*²².

7. Esta segunda versão não parece ser compatível com a Directiva, atento o disposto no artigo 19.º, n.º 3, que atribui às empresas o ónus da prova da adopção de todas as precauções necessárias para evitar danos. Com efeito, uma vez que o dever de diligência é, em boa medida, um dever de *fattispecie* aberta, colimado ao resultado da previsão de certos danos, *provar que este dever não foi cumprido* equivale fundamentalmente a estabelecer que a estratégia de *due diligence* não foi definida

²¹ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, n.ºs 36 e ss. É também esse o alcance dado ao *devoir de vigilance*, e à responsabilidade que lhe vem associada na lei francesa, por Nicolas BUENO / Claire BRIGHT, «Implementing human rights due diligence through corporate liability», 15.

²² Assim, segundo a proposta do THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, n.º 37, caberia claramente a uma entidade de supervisão determinar se a estratégia cumpria ou não com a razoabilidade ínsita no parâmetro da boa fé e não à empresa provar que assim fosse (“[...] public authorities be given a role in supervising the discharge by companies of their good faith obligation. If a lack of good faith was found by the supervisory body [...]”).

ou implementada com o devido cuidado – numa palavra, que não foram adoptadas as devidas precauções²³.

A redução da responsabilidade civil aos casos de violação do dever de diligência é defendida por quem considera que a Directiva regula fundamentalmente uma responsabilidade administrativa pelo cumprimento do dever de adoptar uma estratégia de *due diligence*, remetendo a regulação da responsabilidade civil para o direito interno. Nessa medida, o regime da responsabilidade civil não haveria de referir-se a um dever mais amplo do que o de adopção de uma estratégia de *due diligence*, regulado pela Directiva²⁴.

Esta argumentação não parece convincente. Não se poderá colocar a Directiva ao lado de actos legislativos que apenas regulam efectivamente reacções administrativas ao incumprimento (como ocorre com o regime alemão). Acresce que a Directiva funciona em solidariedade com os regimes internos, não sendo necessário que regule de modo completo os regimes, ou que o faça com igual densidade nos vários aspectos da regulação.

Ora, a Directiva não deixa a criação de regimes de responsabilidade ao critério dos Direitos nacionais (artigo 19.º, n.º 1); exige a criação de regimes de responsabilidade civil, e exige-a em certos termos (artigo 19.º, n.ºs 2, a 4). É certo que o único dever que regula com mínima densidade é o “dever de diligência” (artigo 4.º). Mas tal não parece ser revelador, já que este é colocado como a chave da resposta ao problema da prevenção de dano, e que ao seu incumprimento vêm associadas sanções administrativas (artigo 18.º). Não é anómalo que, a par deste regime, estabeleça apenas os marcos gerais de harmonização de um regime de responsabilidade civil mais amplo, ligado porventura à violação de um dever de prevenção de danos.

É, pois, para os termos em que a Directiva harmoniza o regime da responsabilidade civil que há que olhar.

Em primeiro lugar, a Directiva prevê justamente que o dever de diligência não é exoneratório face a regimes de responsabilidade do Direito interno (artigo 19.º, n.º 1). Ou seja, o cumprimento do dever

²³ Tal como acontece em relação às obrigações de meios, com que boa parte do conteúdo do dever de diligência tem grande semelhança, o standard de cumprimento equivale à adopção do cuidado externo.

²⁴ Anna BECKERS, «Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten», 235, 237-238.

de diligência não vale como *safe harbour* perante normas de responsabilidade previstas no Direito interno. Num processo regulatório que se proclama de “harmonização máxima”, é relevante que a Directiva deixe claro que os regimes de Direito interno poderão proteger os direitos e interesses em causa interferindo mesmo quando houve cumprimento do dever de diligência.

A Directiva é menos clara em relação ao que deveria ser o cerne da sua regulação: o regime de responsabilidade directamente regulado no artigo 19.º, n.º 2 a 4.

A pouca clareza manifesta-se logo no plano literal, com divergências entre as várias versões linguísticas. Na versão linguística portuguesa do artigo 19.º, n.º 3, admite-se que a empresa se exonere provando que adoptou “todas as precauções necessárias, em conformidade com a presente diretiva, para evitar os danos em questão”. Pareceria aqui haver um argumento literal probante para distinguir entre o dever de diligência e a conduta exigida da empresa. Com efeito, não se compreenderia porque a Directiva usou a referência tão clara ao dever de diligência no artigo 19.º, n.º 1, e evitou usá-la no n.º 3. A mesma distinção terminológica – e portanto o mesmo argumento – valeria para outras versões linguísticas da Directiva, como a inglesa ou a francesa. Porém, já não vale para as versões espanhola, italiana ou alemã, onde os termos usados no n.º 3 se amoldam ao usado para referir o dever de diligência²⁵. Em presença do problema comum da diversidade das versões linguísticas, não se poderá optar por nenhuma, *em nome da igualdade entre todas, impondo-se manter as possibilidades interpretativas em aberto*²⁶.

²⁵ Assim, a versão inglesa distingue entre as „due diligence obligations“ (artigo 19.º, n.º 1), e a prova de que as empresas „took all due care in line with this Directive“ (artigo 19.º, n.º 3); a versão francesa, entre „devoir de vigilance“ e „toutes les mesures de précaution requises en vertu de la présente directive pour éviter le préjudice en question“. A versão alemã reporta-se às “Sorgfaltspflichten” e a “im Einklang mit dieser Richtlinie alle gebotene Sorgfalt”; a espanhola às “obligaciones de diligencia debida” e a “toda la diligencia debida con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva”; a italiana, entre “obblighi in materia di dovuta diligenza” e “tutta la dovuta diligenza, in linea con la presente direttiva”.

²⁶ Karl RIESENHUBER, «§10 Die Auslegung», in RIESENHUBER, Karl. *Europäische Methodenlehre*, 3. Ed., Berlin: Walter de Gruyter, 2015, 199-224, 205-206; Koen LENAERTS / Jose A. GUTIERREZ-FONS, «To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice», *Columbia Journal of European Law* 20/2 (2014) 3-61, 8-16. De resto, tão-pouco é clara a articulação entre as precauções

O elemento literal da interpretação reclama neste caso especialmente²⁷, pois, o complemento através de outros elementos da interpretação. Descontamos outros argumentos formais²⁸ – que não podem cobrar peso excessivo, num instrumento que não parece pautado por cuidados especiais de redacção. Descontamos igualmente argumentos puramente funcionais-teleológicos relativos a uma finalidade de protecção de direitos humanos e standards ambientais e de boa governação – evidentemente, não está em causa um juízo de protecção de uma finalidade em exclusivo, mas sim um *juízo delicado de ponderação*, onde entram do outro lado bens jurídicos dotados de protecção fundamental, como a liberdade de empresa e o direito de propriedade (arts. 16.º e 17.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia)²⁹. Focamo-nos na parte do texto que se mostra incontornável a este respeito, e que pareceria erradicar de plano qualquer dúvida que se pudesse acalantar.

Trata-se do Considerando 52, em cujos termos “[e]m conformidade com os PONU, o facto de aplicar o dever de diligência não deverá exonerar, por si só, as empresas da responsabilidade por causarem ou contribuírem para abusos dos direitos humanos ou danos ambientais. No entanto, a existência de um processo de dever diligência sólido e adequado pode ajudar as empresas a evitar a ocorrência de danos”.

Ora, tomados os seus termos por aquilo que eles podem razoavelmente significar, temos que a Directiva prevê que o mero cumprimento do dever de diligência não exonera as empresas da responsabilidade

necessárias e a “conformidade com a presente directiva”. Com efeito, com efeito, é justamente essa a questão que se mostra duvidosa, e a que se procura responder: a de saber se a exigência de adoptar precauções em conformidade com a directiva se basta ou não com o cumprimento do dever de diligência.

²⁷ Na metodologia do Direito europeu (como do doméstico), a clareza é já um resultado do processo de interpretação no seu todo, sendo ele apenas em certos casos especialmente problemático Karl RIESENHUBER, «§10 Die Auslegung»,. 220 (nm. 51).

²⁸ Pode retirar-se um argumento sistemático formal do artigo 1.º, n.ºs 2 e 3, onde a Directiva diferencia entre o dever de diligência criado especificamente pela Directiva – com assento no n.º 2 – e, para além deste as regras de responsabilidade civil que esta requer que sejam implementadas no Direito doméstico (artigo 1.º, n.º, 3, e 19.º, n.º 3). Descolando estes dois mecanismos um do outro, cria-se assim espaço para que tenham âmbitos de aplicação diferentes entre si.

²⁹ Sobre a importância de não reduzir juízos teleológicos a argumentos simplistas de protecção de apenas um dos bens em conflito K. RIESENHUBER, «§10 Die Auslegung», 215-220.

por lesão dos direitos ou interesses protegidos. O artigo 19.º, n.º 1, prevê que é assim quando a responsabilidade resultar de disposições radicadas no Direito interno. Porém, o Considerando 52 não se dirige apenas à responsabilidade regulada pelo Direito interno, mas a todo o espectro da responsabilidade civil tratada pelo Directiva. Nada nele inculca uma tal limitação; pelo contrário, este é o Considerando que centralmente trata a matéria da responsabilidade civil.

“Aplicar o dever de diligência” não pode equivaler a “aplicar defeituosamente o dever de diligência” – aplicar um certo dever de conduta não significa cumpri-lo defeituosamente. Trata-se, sim, de efectivar, implementar na prática, um certo standard normativo. Esta conclusão é – mesmo desnecessariamente – reforçada pela segunda frase do Considerando, que prevê que o papel de um processo de diligência de qualidade é *meramente auxiliar* face à finalidade de prevenção de danos.

Esta tranquilidade argumentativa é, porém, interrompida pela referência aos Princípios das Nações Unidas. O excerto directamente interpelado é o último parágrafo do comentário ao Princípio 17. Em tradução livre dos seus termos, “a realização de uma *due diligence* de direitos humanos adequada deverá auxiliar as empresas a enfrentar o risco de acções judiciais, permitindo-lhes provar que adoptaram todo os cuidados razoáveis para evitar o envolvimento numa alegada violação de direitos humanos. Contudo, as empresas que levem a cabo tal *due diligence* não devem assumir que por si tal os absolverá automática e totalmente da responsabilidade por causarem ou contribuírem para violações de direitos humanos”.

Embora o texto se mostre claro, a verdade é que a sua interpretação tem sido rodeada de ambiguidade. Como referimos acima, o próprio Alto Comissariado para os Direitos Humanos tem frisado que as relações entre a responsabilidade civil e o dever de condução de uma *due diligence* de direitos humanos podem ser as mais variadas. Neste contexto, a “realização de uma *due diligence* que não absolveria por si a empresa da sua responsabilidade” tem sido interpretada como referindo a escolha de estratégias desadequadas, que permitam invocar o cumprimento de modo meramente formal e vazio (uma mera *check-box due diligence*)³⁰.

³⁰ OHCHR, *Improving accountability and access to remedy*, n.º 17, 6; cfr. o Considerando 34 da Directiva, Nicolas BUENO/Claire BRIGHT, «Implementing human rights due diligence through corporate liability», 6.

Não parece, todavia, que a fluidez na compreensão dos PONU deva de qualquer modo ser importada para a interpretação da Directiva. Desde logo, porque se trata de uma ambiguidade que não encontra qualquer respaldo nos *termos directos de um instrumento ou de outro* – reitera-se que cumprir defeituosamente um dever não equivale a cumprir um dever. Mais ainda quando é a própria letra do Comentário aos PONU a esclarecer que se refere a uma *due diligence* de direitos humanos *adequada*. Depois, porque os PONU configuram meras recomendações, de adopção estritamente voluntária pelas empresas. Neste contexto, uma tal flexibilidade interpretativa torna-se compreensível – trata-se de encorajar a adesão aos parâmetros, e não de identificar com segurança situações de incumprimento a sancionar. Ora, uma tal fluidez de abordagem, sem esteio num qualquer sentido razoável das formulações, não é transponível para um instrumento de natureza coactiva, como uma Directiva. Não por acaso, o European Company Law Experts Group fala, a respeito desta transição para texto legal coactivo, numa “passagem do Rubicão”. E note-se que mostra subscrever a interpretação da Directiva que nos parece preferível³¹.

Em suma: o cumprimento do dever de diligência pode apenas “ajudar as empresas a evitar a ocorrência de danos”. É esta prevenção do dano que se afigura, afinal, o verdadeiro dever das empresas. E isto implica uma exigência de que a empresa vá para lá da estratégia traçada, quando tal corresponda *ao nível de precaução* (razoavelmente) *necessária* para a prevenção de danos em concreto³².

³¹ Parece ser esta a leitura de THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament’s Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, decorrendo do que afirmam no n.º 35: “we propose that *the provisions imposing direct liability on companies for breaches of the international standards (ie not via the strategy the company adopts)* should be removed from the Directive” (realçados nossos).

³² Parece ser esta a leitura também de Benoît LECOURT, «Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés», *Revue des sociétés*, 5 (2021), 335-342, 341, que considera que a proposta vai mais longe do que o Direito francês. Tal como 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», 1612-1614, o autor contrapõe a responsabilidade estabelecida pela *Loi relative au devoir de vigilance*, que se atém à violação das obrigações que compõem o dever de vigilância (L. 225-102-5 do Code de commerce, remetendo para o L. 225-102-4 do mesmo código), à responsabilidade pela violação de deveres amplos construídos pela jurisprudência – destacando o dever de vigilância associado ao princípio da precaução, ao

3. Dever de não causar ou de prevenir o dano

8. Em primeiro lugar, cabe um esclarecimento terminológico, relativo ao uso dos termos causar e prevenir. Com efeito, ambos os termos têm um sentido comum que é um sentido lato: “causar dano” engloba todas as formas de produção de um dano, por acção ou omissão, e de modo directo ou indirecto. Prevenir um dano ajusta-se aos casos em que o sujeito não evita o dano, devendo fazê-lo: às situações, portanto, de causação por omissão – incluindo os casos, neste contexto salientes, em que o sujeito não impede que outra pessoa cause dano –, ou de causação mediata, por violação de um dever de conduta. Por um argumento de maioria de razão, o termo pode também aplicar-se à causação directa: quem causa directamente um dano, também não o previne.

Ambos os termos apenas são já deslocados nos casos de responsabilidade objectiva, onde o dano não se deve à conduta do sujeito, mas sim a certa fonte de risco pela qual este responde³³. Aí, o nexó de causalidade estabelece-se entre esta fonte de risco e o dano, não se podendo dizer que “o sujeito o causou”, embora responda por ele.

Como melhor veremos abaixo (B.1.a)), na esteira dos PONU, o conceito de *causação* é usado num sentido mais restrito, contraposto

passo que as duas outras autoras citadas destacam o dever de segurança, informação ou conselho. A responsabilidade estabelecida pela *Loi relative au devoir de vigilance* é limitada, valendo apenas para os casos de omissão de elaboração de um plano de vigilância, insuficiência, inexecução ou execução defeituosa do plano (Benoît LECOURT, «Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés», 341). O autor considera já que o direito europeu vai mais longe, prevendo responsabilidade por qualquer falha à vigilância – no que parece aproximar esta constelação da que vale para os deveres gerais de vigilância do direito comum.

Diga-se que 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», 1614, vêem margem para que a jurisprudência venha a estender o âmbito do dever de vigilância, previsto na lei francesa, para efeitos de responsabilidade, mobilizando a fórmula geral constante do L. 225-102-4, I, al. 3.

³³ Usamos a referência a “uma fonte de risco” em termos amplos, no sentido de fonte de danos ressarcíveis. O fundamento da responsabilidade objectiva nem sempre é de reconduzir à criação de riscos especiais para terceiros; podem estar em causa outros fundamentos, como a imposição de uma posição de garante face a uma fonte de danos potenciais não especialmente perigosa, mas de onde se retira vantagem, ou a protecção do consumidor (Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de mestrado)*, s. ed., Coimbra, 2001, 12-13).

à *contribuição* para o dano (artigo 3.º, 10), da Directiva; Capítulo II, A, n.º 11, das Orientações da OCDE sobre multinacionais, e comentário n.º 14; 6.3.-b), 8.3, 8.6 do Instrumento legalmente vinculativo). Refere-se aos casos em que a empresa produz o dano por si só, sem conjugação com as actividades de outra entidade. Por sua vez, o termo *prevenção* surge associado à omissão no contexto da produção do dano por terceiro: aos casos em que a responsabilidade não se deve a uma conduta positiva de incentivo à produção de dano, mas antes da falta de condutas pelas quais a empresa não procure evitá-lo (artigo 8.6 do Instrumento legalmente vinculativo).

Uma vez que, neste escrito, não nos detemos a debater diferenças de regime entre a causação em sentido estrito e a contribuição para o dano³⁴ – limitamo-nos a apontar alguns aspectos do estabelecimento da contribuição –, e que tão-pouco debatemos o alcance da contribuição por omissão, os termos “causar” e “prevenir” serão em geral usados no seu sentido comum, mais amplo. Usa-se os dois termos de modo tendencialmente sobreponível, exprimindo “prevenir” com mais intensidade o dever de não causar o dano por omissão ou por processos indirectos.

9. Situados num dever de não causar o dano, perguntar-nos-íamos, antes de mais se, da interpretação combinada do Considerando 52 e do artigo 19.º resultaria a atribuição a esta norma de um conteúdo idêntico ao dos arts. 9.6 e 9.7 do Instrumento juridicamente vinculativo das Nações Unidas. Deveremos considerar que as previsões afinal se equivalem?

A resposta é negativa. Desde logo, os arts. 9.6 e 9.7 do Instrumento juridicamente vinculativo deixam margem para que à sua sombra se criem regimes de responsabilidade objectiva no Direito interno. Com efeito, as normas nem incorporam um standard de diligência razoável, nem referem a sua invocação a título de defesa. A referência à “cognoscibilidade”, que supõe já uma razoável possibilidade de tomar conhecimento, concerne à limitação da responsabilidade da empresa, nos casos em que esta responde apesar de não controlar, administrar, ou supervisionar a pessoa ou actividade em causa.

³⁴ Para além da aplicação das normas relativas à existência de vários causadores, no Direito português, estas diferenças podem decorrer da aplicação do artigo 494.º do Código civil à empresa, levando ao estabelecimento de uma indemnização mais baixa em casos de contribuição.

Tal não acontece face ao regime da Directiva. O cumprimento com o cuidado devido foi abertamente inscrito como fundamento de exoneração do agente (artigo 19.º, n.º 3); e, tratando-se de uma directiva de harmonização máxima, não poderá o Estado-membro suprimir a possibilidade de invocar esta excepção.

Por outro lado, o Instrumento juridicamente vinculativo aponta com clareza para um dever de *prevenir a causação de danos por terceiros*. Já a Directiva é muito mais vaga no tocante ao desenho da responsabilidade por danos causados por terceiros. O conceito chave para fundar a *responsabilidade pela actuação de terceiros* é aqui o da *contribuição para o dano* (artigo 19.º, n.º 2; artigo 3.º, 10). A contribuição para o dano enquadra as hipóteses de co-causação de dano. Estas decorrem tanto de uma co-autoria directa do dano, como da sua *causação mediata*, por *via da conduta de terceiro*. Nestes últimos casos, há responsabilidade quando as atividades da empresa *provocarem, facilitarem ou incentivarem a produção de um efeito negativo por outra entidade*. A simples *abstenção de interferir na conduta danosa* de terceiro não se enquadraria, à primeira vista, em nenhuma dessas hipóteses.

Todavia, é também verdade que a norma de responsabilidade (artigo 19.º, n.º 2) se refere à contribuição por acção, como *por omissão*. Seriam, pois, hipotizáveis situações em que a empresa, *omitindo-se de interferir sobre a conduta de outra entidade, facilita ou incentiva a produção de um efeito negativo por esta*. É bem sabido que as orientações das Nações Unidas, como da OCDE, a este respeito, recomendam um papel activo por parte da empresa *mesmo em relação a más práticas dos seus parceiros comerciais adoptadas à sua total revelia*³⁵. Tem aqui especial utilidade o uso do “poder de influência” (*leverage*) da empresa sobre o causador directo dos danos (19 dos PONU) – devendo lembrar-se que o Alto Comissariado para os Direitos Humanos censurou a Directiva por ter sido muito restritiva a respeito do papel dado a este poder de influência (artigo 4.º, n.º 7)³⁶. Mesmo assim, a fronteira não se mostra

³⁵ OCDE, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Paris: OECD Publishing, 2011, disponível em <<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>>; Nicolas BUENO/Claire BRIGHT, «Implementing human rights due diligence through corporate liability», Capítulo IV, Comentário 43 (foi consultada a versão oficial inglesa), 4 e 10.

³⁶ OHCHR, *EU Mandatory Human Rights Due Diligence Directive: Recommendations to the European Commission*, 2, n.º 4, 4.

nítida. Tudo está em saber quais são os deveres de conduta que assinalam os casos de *facilitação ou incentivo da produção de um efeito negativo por outra entidade* – e que poderão não estar tão distantes assim do uso de um “poder de influência”.

10. Seja como for, vejamos como a Directiva recorta as condutas lesivas: como se definem os “efeitos negativos nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação” por cujos danos haverá direito a reparação, nos termos dos Direitos dos Estados-Membros (artigo 19.º, n.º 2). Estaremos então em condições de saber como se poderão enquadrar nas categorias da ilicitude delitual portuguesas.

Os “efeitos negativos” relevantes têm a sua definição no artigo 3.º, n.ºs 6) a 8), da Directiva, e estarão, na sua versão definitiva da Directiva, especificados nos seus anexos.

No que toca aos efeitos negativos nos direitos humanos, estará em causa o *prejuízo do pleno gozo dos direitos humanos*, incluindo os direitos sociais, laborais e sindicais, tal como *definidos em anexo à Directiva* (artigo 3.º, 6)). No que toca aos efeitos negativos no ambiente, estará em causa *violação das normas ambientais internacionalmente reconhecidas e das normas ambientais da União*, tal como definidas em anexo à Directiva (artigo 3.º, 7)³⁷). No que toca aos efeitos negativos na boa governação, tem-se em conta a boa governação de um país, região ou território, tal como definida igualmente por anexo (artigo 3.º, 8)). Não se torna aqui evidente qual o standard cujo respeito se impõe; o Considerando 24 dá, porém, indicações quanto à sua concretização, prevenindo que “esses efeitos deverão incluir o incumprimento do capítulo VII, relativo ao combate ao suborno, à solicitação de suborno e à extorsão, das Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais e dos princípios da Convenção da OCDE sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais”, bem como outras situações de corrupção e suborno especificadas.

³⁷ Note-se que, nos Considerandos 22 e 23, relativos à noção de efeitos negativos no ambiente, pareceria antes apontar-se para uma definição por via de cláusula geral – o que não seria de estranhar, dadas as insuficiências do Direito convencional internacional em matéria de ambiente (Eva-Maria KIENINGER / Markus KRAJEWSKI / Franziska WOHLTMANN, *Rechtsgutachten und Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten. Im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen*, 34).

Podemos agora considerar como um dever de não causar ou contribuir para “danos decorrentes de efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação” se inscreveria no sistema da ilicitude delitual portuguesa.

11. Em primeiro lugar, cumpre enquadrar os casos em que os danos decorrem da violação de uma *norma internacional constante dos anexos à Directiva*, quando essa norma não atribua directamente direitos a indivíduos, mas se limite a *impor deveres institucionais de conduta às empresas* (v.g., proibindo a emissão de certo tipo de resíduos ou a aquisição de matérias primas providas de área desflorestada, ou seja, sem certificação do contrário). Nestes casos, estaríamos perante uma constelação similar à da segunda modalidade de ilicitude, prevista no artigo 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código civil. Aqui, a ilicitude decorre da violação de uma disposição legal de protecção: de uma *disposição legal impondo deveres de conduta* face à qual, por interpretação, se conclua que também compreende no seu escopo a protecção de interesses individuais, e do tipo dos ofendidos³⁸.

Em primeiro lugar, caberia aqui perguntar se esta convocação da segunda modalidade de ilicitude seria sequer necessária. Ao incluir estas normas na definição dos efeitos negativos, dir-se-ia que a Directiva as promovia de plano a fundamento da responsabilidade, cabendo aos Estados-Membros assegurar vias de reparação de todos os danos daí decorrentes. Não parece, porém, que um regime que depende de tal modo dos quadros jurídicos dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade civil possa querer desfigurar os sistemas nacionais, criando tão amplos fundamentos de reparação de “quaisquer danos”. E, decisivamente, são de convocar aqui todas as preocupações que rodeiam a qualificação de disposições legais de protecção, e que *visam evitar uma total abertura das comportas da responsabilidade*, que tornasse inabarcáveis os riscos associados às actividades económicas³⁹.

Como tal, parece-nos que as normas internacionais referidas na Directiva apenas podem ser fundamento de responsabilidade nos ter-

³⁸ Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de mestrado)*, 28.

³⁹ Claus-Wilhelm CANARIS, «Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten», *FS Larenz zum 80. Geburtstag*, München: C. H. Beck, 1983, 27-110, 47-48, 58 e ss..

mos da segunda modalidade de ilicitude: quando *sejam de qualificar como disposições legais de protecção*, para efeitos de protecção contra danos de certo tipo.

Na verdade, a viabilidade de qualificar normas de convenções e cláusulas de códigos de conduta internacionais como disposição legal de protecção neste contexto tem sido especialmente debatida na doutrina alemã, cujo sistema delitual inspirou o sistema português neste aspecto. E tem sido por esta fundamentalmente recusada, considerando-se, por um lado, que as empresas não são destinatárias das convenções internacionais – são-nos os Estados; e que aos códigos de conduta internacionais faltaria, desde logo, o carácter de norma jurídica cogente requerido pela qualificação como disposição legal de protecção⁴⁰. Não cumpre aqui analisar tais objecções, já que através da Directiva, mudaria um dado fundamental: todos os instrumentos internacionais indicados pela Directiva passariam a ser *Direito directamente vinculativo das empresas*⁴¹.

Será, sim, fundamental determinar se a norma impondo certa conduta preventiva visava, a par dos interesses da colectividade, servir também os interesses de um certo grupo. E, na base de uma interpretação cuidada, mobilizando sobretudo argumentos sistemáticos e teleológicos, determinar quais os interesses privados que a norma protege – sendo que a protecção de interesses puramente patrimoniais é em primeira linha restritiva⁴².

Do ponto de vista da prova dos factos, caberia aos lesados provar que a empresa tinha violado a conduta prescrita; e que se tinha produzido na sua esfera um dano do tipo dos protegidos. Normalmente, da violação da conduta prescrita, associada à prova de um dano que lhe

⁴⁰ Marc-Philippe WELER / Luca KALLER / Alix SCHULZ, «Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland», *AcP* (2016) 387-420, 406; Theresa GÖRGEN, *Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen*, Baden-Baden: Nomos, 2019, 349-353.

⁴¹ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, n.º 10.

⁴² Claus-Wilhelm CANARIS, «Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten», 58 e ss.; Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, Gerhard WAGNER, «BGB § 823 Schadensersatzpflicht», *MüKo BGB*, VII, 8 Ed., München: C. H. Beck, 2020, disponível em <<http://beck-online.beck.de>>, 255-256; nm. 476 e 504; Manuel Carneiro da FRADA, *Direito civil, Responsabilidade civil, O método do caso*, Coimbra: Almedina, 2010, 75.

esteja tipicamente associado, decorre uma prova de primeira aparência ou presunção judicial de que o facto foi culposo⁴³; neste caso, haveria uma inversão legal do ónus da prova da culpa (19.º, n.º 3).

12. Em segundo lugar, cumpre olhar os casos efeito negativo seja a *violação de um certo direito* – o que acontecerá, como é bom de ver, especialmente em matéria de direitos humanos, podendo também haver normas em matéria ambiental que atribuam direitos subjectivos. No Direito delitual português, estaríamos situados na primeira modalidade de ilicitude (artigo 483.º, n.º 1, 1.ª parte, do Cód. civil).

Poderíamos enquadrar estes casos através de pelo menos *duas construções diferentes*.

De acordo com a primeira, conceberíamos o ilícito como a verificação de um resultado proibido. Em causa estaria, portanto, um dever de não causar, ou contribuir para a causação de dano – *v.g.*, de não violar o direito a não ser sujeito a escravatura, ou contribuir para esta violação. De acordo com as regras gerais, caberia ao autor da acção provar o dano-lesão, a sua ilicitude – aqui, a violação de um seu direito protegido pelas normas internacionais referidas nos anexos da Directiva –, bem como a respectiva imputação causal à conduta da empresa. Caber-lhe-ia ainda provar a culpa; porém, o artigo 19.º, n.º 3, da Directiva atribui o ónus da prova a este respeito à empresa lesante.

Estaria em causa a *responsabilidade por um certo resultado*, admitindo-se que *o acusado provasse certas circunstâncias exoneratórias* – que, em função do que se encontrasse previsto, poderiam ser objectivas, como a ocorrência de força maior, ou subjectivas, como o cumprimento de um certo standard de cuidado.

De acordo com a segunda construção, a empresa teria o *dever de adoptar as condutas que, perante as circunstâncias concretas, se revelassem necessárias para evitar a lesão do direito em causa, por causação ou por contribuição*. O ilícito estaria, pois, na *violação de certo dever de conduta apto a prevenir a lesão*.

⁴³ Gerhard WAGNER, BGB § 823, nm. 91-92; Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 260-267 (sobre a distinção entre a prova de primeira aparência e a prova por indícios, Ulrich FOERSTE, «ZPO § 286 Freie Beweiswürdigung», in Hans-Joachim MUSIELAK / Wolfgang VOIT, *O*, 18 Ed, München: Franz Vahlen, 2021, disponível em <<http://beck-online.beck.de>>, nm. 24-25).

Nesta configuração, caberia ao *ofendido provar que tinha sofrido danos nos seus direitos protegidos pelas normas internacionais aplicáveis*, e que a empresa infractora *não tinha adoptado uma conduta que se revelava*, perante as circunstâncias, exigível para evitar danos nesses direitos ou interesses. Esta hipótese acaba, pois, por se aproximar em grande medida da construção que vale para a mobilização da segunda modalidade de ilicitude.

Ora, mesmo nos quadros da primeira modalidade de ilicitude, há que ter em conta que o juízo de ilicitude tem por objecto *a conduta do agente, e não um resultado danoso*. Quando a conduta produz *directamente uma lesão no bem jurídico* (esta lesão ocorre no decurso da acção), podemos dizer que esse comportamento é em si reprovado⁴⁴. Quando a lesão é apenas um *resultado mediato da conduta*, então a conduta só merece a reprovação própria do juízo de ilicitude quando tenha *violado um dever de prevenção do dano (dever do tráfico)*. Haverá

⁴⁴ Resulta do exposto que não fazemos sequer a tentativa de qualificar as normas internacionais de protecção de direitos humanos como disposições legais de protecção – exercício que, como referido, vem fazendo alguma doutrina alemã recente (de resto, rematando-o com a recusa da qualificação: Marc-Philippe WELLER/Luca KALLER/Alix SCHULZ, «Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland», 406; Theresa GÖRGEN, *Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen*, 352-353). A qualificação como disposição legal de protecção cabe, em qualquer caso, a normas que proíbem ou prescrevem certas condutas (Claus-Wilhelm CANARIS, «Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten», 48, 51; Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 247); não às normas que protegem certos bens jurídicos jussubjectivados, em si. O lugar da protecção de direitos subjectivos por si próprios é a primeira modalidade de ilicitude. Ou o direito está em condições de ser absorvido por esta modalidade, ou então apenas será protegido por si se o atentado configurar abuso do direito, à luz da terceira modalidade de ilicitude. Qualificar normas que protegem certos direitos como disposições legais de protecção equivaleria a afirmar que toda a conduta que atentasse contra esse bem era afinal ilícita – o que é *contrário à lógica tendencialmente restritiva* da segunda modalidade de ilicitude, rodeada da preocupação de não sobre-estender as hipóteses de responsabilidade. E corresponderia mesmo a um campo mais amplo do que o atribuído à primeira modalidade de ilicitude, onde apenas as ofensas directas a direitos subjectivos gozam de tamanha protecção. O domínio da segunda modalidade de ilicitude é o da reacção antecipada *aos riscos que certas condutas devidamente especificadas em normas jurídicas* colocam para interesses dos sujeitos. Não por acaso, o lugar por excelência das disposições legais de protecção é atribuído às normas de perigo abstracto (Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 239-241).

aqui que provar que o dever foi violado; e, em sede de causalidade, que foi o perigo de que o dever visava proteger que se materializou no dano⁴⁵.

A razão decisiva para esta exigência é a de que, de outro modo, haveria um tratamento desigual dos bens e interesses tutelados pela primeira e pela segunda modalidades de ilicitude. De resto, a violação de um dever de cuidado é requisito para a identificação de hipóteses de responsabilidade por omissão – das quais os processos de causação indirecta ou mediata nem sempre se distinguem com rigor. E, na verdade, quanto aos casos sobranceiros, de *causação directa de uma lesão*, pode dizer-se que a violação de um dever de prevenção do perigo é por si evidente⁴⁶.

Também aqui essas preocupações gerais de equilíbrio sistemático devem valer. O esforço de prova da violação de um dever de prevenção do dano poderá ser de algum modo minorado pelos deveres de prestação de informação, em termos gerais, ou a pedido, por parte das empresas (artigo 6.º, n.º 1 e 2, e artigo 15.º da Directiva); acrescem os deveres gerais de colaboração na produção de prova, e as consequências da sua violação (artigo 417.º do Cód. proc. civil; artigo 344.º, n.º 2, do Cód. civil). Estabelecendo-se a violação do dever, e sendo o dano consequência típica da sua violação daí decorrerá a presunção de facto de que o dano, sendo consequência típica da violação dos deveres em causa, foi por ela causado. O mesmo valeria em relação ao pressuposto da culpa; porém, neste ponto, a Directiva estabelece uma verdadeira inversão do ónus da prova (artigo 19.º, n.º 2). Na verdade, a contraprova será aqui particularmente dificultada, por aos lesados ter cabido antes provar a violação de um dever de prevenção do dano. Dir-se-ia, pois, que esta vantagem que o legislador lhes quis atribuir, presumindo a culpa, seria tornada inócua por se requerer a prova prévia da violação do dever. O raciocínio seria, porém, excessivo; à empresa será viável trazer à causa informações mais detalhadas que, num quadro mais completo, demonstrem que actuou com cuidado. De resto, uma articulação dos riscos

⁴⁵ Claus-Wilhelm CANARIS, «Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten», 77-81; Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de mestrado)*, 44-45.

⁴⁶ Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 301 e ss.

probatórios nestes moldes não é inédita: encontrava-se também prevista no projecto alemão de 24 de Março de 2021 (§14, I), considerando-se que a presunção de culpa mais não era do que o acolhimento legal do efeito indiciário que sempre decorreria da prova da violação dos deveres de cuidado⁴⁷.

13. Em conclusão: na interpretação que parece mais correcta, o artigo 19.º, n.ºs 2 a 4, da Directiva impõe que os Estados-membros disponham de um regime interno que responsabilize as empresas pela causação de dano nos direitos ou interesses protegidos, não se bastando com o mero cumprimento do dever de diligência. No ordenamento português, uma tal *previsão geral de responsabilidade* perante os terceiros titulares daqueles direitos e interesses viria inserir-se no sistema de responsabilidade delitual. Poderão vir a estar aqui em causa hipóteses correspondentes à segunda modalidade de ilicitude, quando o efeito negativo em causa seja identificado pela violação de uma norma que mereça a qualificação de disposição legal de protecção dos interesses lesados. Quando o efeito negativo corresponda à violação de um direito subjectivo atribuído pelas normas internacionais convocadas pela Directiva, devem ser mobilizados os parâmetros próprios da primeira modalidade.

B. Causalidade

14. Analisamos agora a sinergia entre as normas europeias e o direito interno na construção do requisito da causalidade. Debruçamo-nos sobre dois aspectos em particular. Em primeiro lugar, sobre a categoria da contribuição, para cujo recorte a Directiva fornece múltiplos subsídios. Em segundo lugar, sobre o fundamento de exoneração da empresa por apelo a processos causais hipotéticos; previsto no artigo 19.º, n.º 3, convoca na dogmática interna a figura da causa virtual e do comportamento lícito alternativo.

⁴⁷ Eva-Maria KIENINGER / Markus KRAJEWSKI / Franziska WOHLTMANN, *Rechtsgutachten und Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten. Im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen*, 83-85.

1. Causalidade por contribuição

a) Noção e delimitação do critério

15. A Directiva distingue duas formas pelas quais a empresa pode causar o dano: através da sua *causação em sentido estrito*, ou através de mera *contribuição* para o dano (artigo 19.º, n.º 2 e artigo 3.º, 10)).

Temos *contribuição* quando as actividades da empresa causam o dano *por combinação com as actividades de uma outra entidade*. Por contraposição, a *causalidade em sentido estrito* refere-se aos casos em que a actividade da empresa *produz o dano por si só*, sem necessitar da conjugação com as actividades de outra entidade⁴⁸. Usando um exemplo fornecido pela OCDE: pense-se no uso de critérios discriminatórios de minorias étnicas para contratação dos trabalhadores da empresa.

Em qualquer hipótese descrita como de contribuição, a solução do direito português é a mesma. Todas as empresas que tiverem participado na produção do dano respondem solidariamente perante as vítimas (artigo 490.º e 497.º, n.º 1, do Cód. Civil), dispondo depois de direito de regresso contra as co-responsáveis, na medida das respectivas culpas e contribuição para o dano (artigo 497.º, n.º 2).

A *contribuição* pode decorrer – horizontalmente, se se quiser – da combinação de *actividades levadas a cabo paralelamente pela empresa e por outra entidade* (artigo 3.º, 10), 1.ª frase, 1.ª parte). A empresa não causa o dano por interferência sobre outra entidade; as actuações de ambas conjugam-se, sim, na produção do dano. É o que acontece, dando um exemplo simples, nas hipóteses em que ambas as actuações são *conditiones sine quibus non* do dano ocorrido – pense-se no caso em que se produz um dano ambiental porquanto certos materiais poluentes, que não tinham sido devidamente selados pelo produtor, tão-pouco foram devidamente acondicionados pelo transportador. Trata-se das hipóteses ditas de concausalidade, causalidade complementar ou concurso necessário de causas⁴⁹. Próximas destas hipóteses são as

⁴⁸ Cfr. OCDE, *Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*, Paris: OECD Publishing, 2018, disponível em <<http://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia-para-uma-conduta-empresarial-responsavel-2.pdf>>, 70, P29.

⁴⁹ Francisco Manuel Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1998, 25, nota 7; para os restantes termos, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 652, n. 1858.

de causalidade cumulativa ou dupla, em que a actuação de cada uma das empresas é bastante para causar por si o dano, e as duas actuações efectivamente produziram os seus efeitos. À luz das valorações do ordenamento português, bem como do Direito comparado mais próximo, a solução é idêntica: ambas as empresas serão responsabilizadas⁵⁰. Nada tem, aliás, de incomum que as duas situações estejam presentes no mesmo evento, em relação a diferentes dimensões de um dano complexo.

Numa segunda modalidade, a *contribuição* decorre – verticalmente, se se quiser – do facto de as atividades da empresa *provocarem, facilitarem ou incentivarem* a produção de um efeito negativo por outra entidade (artigo 3.º, 10), 1.ª frase, 2.ª parte). Diferentemente do que acontece no caso anterior, aqui há já um exercício de influência sobre processos de decisão de outra entidade.

Esta possibilidade de influenciar a conduta de outra entidade vai para lá dos casos de controlo, definidos no artigo 3.º, 9). Conforme aí se prevê, configura “controlo” a “possibilidade de uma empresa exercer uma *influência decisiva sobre outra empresa*, nomeadamente através da *propriedade ou do direito de utilizar a totalidade ou parte dos ativos desta última*, ou através de *direitos, contratos ou quaisquer outros meios*, tendo em conta todas as circunstâncias factuais, que conferem uma *influência determinante na composição, na votação ou nas decisões dos órgãos de decisão de uma empresa*” (itálicos nossos).

Parecem enquadrados no conceito de *controlo* tanto *modos formais* de exercício de influência decisiva na composição, votação ou decisões dos órgãos de decisão de uma outra empresa, como *modos informais* de exercício de tal influência, de molde a configurar *administração de facto*.

Neste ponto, lembre-se que o conceito de controlo é um conceito chave para determinação do alcance da responsabilidade da empresa – para além dos danos que causou ou para que contribuiu, esta responde

⁵⁰ Ainda que falhe neste contexto o critério da *conditio sine qua non*. Face ao Código de Seabra, Francisco Manuel Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, 47, n. 41. Perante o Código vigente, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, 653, n. 1858; No Direito comparado, cfr. o artigo 3:102 dos PESTL, em cujos termos “in case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as cause of the victim’s damage.”.

por danos causados directamente ou por contribuição das *empresas sob o seu controlo*. Como tal, não faz sentido levar o conceito de controlo, em acréscimo às hipóteses de controlo formal, para lá dos limites da *administração de facto*, incluindo qualquer possibilidade, ainda que pontual, de exercício de influência. Tal conduziria a uma sobre-expansão da responsabilidade – bastaria que uma empresa pudesse influenciar uma outra entidade de modo pontual para responder pelos danos causados por uma terceira entidade, que a segunda pudesse influenciar de modo também pontual, *ainda que a actuação da terceira nada tivesse que ver com os condicionamentos gerados pela primeira*⁵¹. E, do mesmo passo, conduziria ao esvaziamento das hipóteses de contribuição da segunda modalidade, através do exercício de influência sobre outra entidade; estas hipóteses seriam absorvidas pelo conceito de controlo.

Assim, parecem ser absorvidas pelo conceito de *contribuição através do exercício de influência*, mas *já não pelo de controlo*, situações como a do exemplo comumente referido no qual um cliente de relevo requer do seu fornecedor o envio de certa quantidade de mercadoria em prazo de tal modo curto que não é possível o seu cumprimento sem violação de standards de segurança e saúde no trabalho; bem assim, o caso em que o preço unilateralmente fixado pelo comprador é tal modo baixo que inviabiliza o cumprimento de tais standards⁵².

b) Estabelecimento da contribuição

16. A contribuição para o dano situa-se, pois, no âmbito da *causação por intervenção de vários agentes*. O âmbito é consabidamente gerador de incerteza, e exige soluções que em alguns aspectos desafiam as linhas gerais da dogmática da causalidade.

⁵¹ Por exemplo, a empresa (A) que fizesse uma encomenda vultuosa a uma outra (B), que absorvesse muitos dos recursos desta e por isso condicionasse a sua actuação, responderia pelos danos causados por uma outra empresa (C) sobre a qual a segunda (B) exercesse influência pontual, mesmo que sem qualquer relação com o modo como a primeira (A) tivesse condicionado a actividade da segunda (B).

⁵² OCDE, *Guia da OECD de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*, 70, P29; cfr. ainda, para o primeiro exemplo, em termos gerais, Eva-Maria KIE-NINGER / Markus KRAJEWSKI / Franziska WOHLTMANN, *Rechtsgutachten und Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten. Im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen*, 37-38; para o segundo, em termos gerais também, Anna BECKERS, «Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten», 237.

Um primeiro caso, mais simples, concerne aos casos em que *há certeza quanto ao facto de todos os potenciais agentes terem co-causado o dano*, mesmo que não haja certeza quanto à proporção da contribuição causal de cada um. Nesse caso, todos respondem solidariamente pelo dano, presumindo-se nas relações internas que a sua contribuição foi idêntica (arts. 490.º e 497.º do Cód. civil)⁵³. Não releva, para estes efeitos, o título a que se deu a participação de cada um no facto – a causação tanto pode ser directa, como pode ser meramente instrumental para a causação de dano por outra entidade.

O caso é diferente quando há incerteza quanto a qual dos potenciais agentes causou o dano, sendo apenas *certo que um deles o causou*, ou quando *há incerteza sobre se sequer algum dos potenciais agentes causou o dano*, sendo apenas plausível que um deles o tenha causado.

O Direito civil geral não fornece uma resposta para estes casos⁵⁴. A doutrina e os tribunais (pese embora a escassez de julgados que tratam directamente o tema) propuseram, sim, várias estratégias para os abordar. De um modo geral, destacam-se, de um lado, propostas que actuam em sede de prova – diminuindo a fasquia do grau de prova

⁵³ A solução é similar no regime dos PETL – cfr. o artigo 9:101 dos PETL e W. V. HORTON ROGERS, «Multiple tortfeasors – Introduction», in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European tort law*, Wien: Springer, 2005, 138-141, 140, nm. 8, W. V. H. ROGERS, «Art. 9:101-9:102», in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European tort law*, Wien: Springer, 2005, 143-145, e Jaap SPIER, «Art. 3:102. Concurrent causes», in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European tort law*, Wien: Springer, 2005, 44-47, 47, nm. 15-18.

⁵⁴ Diga-se que o Regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, aprovado pelo Decreto-lei 147/2008, de 29 de Julho contém um regime especial para superar a incerteza quanto ao estabelecimento da causalidade no plano fáctico, que permite alargar as situações de imputação e o funcionamento da regra sobre participação (artigo 4.º). Trata-se do artigo 5.º que, em interpretação crítica cuidadosamente fundamentada, revela a conjugação de um aligeiramento do grau de prova requerido para estabelecer a probabilidade de criação de um risco concreto, e uma inversão do ónus da prova quanto à sua manifestação no resultado lesivo (Ana Perestrelo de OLIVEIRA, «A prova do nexó de causalidade na lei da responsabilidade ambiental», in Carla Amado GOMES / Tiago ANTUNES, *Actas do Colóquio “A responsabilidade civil por dano ambiental”*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2010, 172-193, 177 e ss.) No Direito comparado, cfr. o artigo 3:103 dos PETL, sobre causalidade alternativa, relativo aos casos em que ocorrem múltiplas actividades, cada uma por si bastante para causar o dano, sendo porém incerto qual delas o causou, que determina que cada uma delas é tida como causa do dano na medida da probabilidade de o ter causado (Jaap SPIER, «Art. 3:102. Concurrent causes», 46-47, nm. 8 e ss.)

exigido, ou alterando a distribuição do ónus da prova. Do outro lado, propostas que alteram o próprio critério de estabelecimento da causalidade, por apelo, na senda de Roxin, à ideia de incremento do risco permitido⁵⁵.

Ora, um dos âmbitos em que a incerteza quanto ao estabelecimento de causalção especialmente se manifesta é o da responsabilidade por exercício de influência no processo de decisão de outra entidade. Encontramos aqui problemas similares aos que se colocam a propósito da violação de deveres de informação. Em qualquer um dos casos, é difícil a aplicação do critério da condicionalidade, uma vez que permanece a dúvida sobre se a decisão adoptada a final teria sido a mesma sem a intervenção do alegado responsável⁵⁶. Com efeito, um processo decisório pode ser afectado por uma multiplicidade de factores e, ao nível das pessoas físicas, é um *processo fundamentalmente interno, psicológico*⁵⁷.

17. Para superar esta dificuldade, a Directiva apoia-se nas propostas da OCDE quanto à devida diligência para uma conduta empresarial responsável⁵⁸. Os critérios não são, pois, especificamente probatórios. A julgar pelos factores exemplificativamente elencados pelo artigo 3.º, 10), trata-se, sim, de trazer *para* o estabelecimento da causalidade critérios relativos à criação ou *aumento do risco ilícito da ocorrência de dano*.

Destes factores, interessa aos autores/vítimas estabelecer os dois primeiros, interessando à empresa estabelecer o terceiro.

⁵⁵ Para uma panorâmica doutrinal e jurisprudencial sobre o tema, Patrícia Leal Cordeiro da COSTA, «Causalidade alternativa e a jurisprudência dos tribunais superiores», in CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018, disponível em <https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/eb_reponscivil_2018.pdf>, 98 e ss.

⁵⁶ Cfr. Claus-Wilhelm CANARIS, «Die Vermutung „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ und ihre Grundlagen», in Franz HÄUSER *et al.*, *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004*, Berlin: De Gruyter Recht, 2004, 3-24, 15 e ss. propondo uma via de superação destes problemas através da integração de cada um dos elos na cadeia do processo decisório na descrição do resultado danoso. Esta solução não é, porém, transponível para lá do âmbito da responsabilidade por violação de deveres de informação.

⁵⁷ Trabalhando, a propósito da responsabilidade pela confiança, a especificidade de uma causalidade psíquica, relativa aos processos de decisão, Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2007, 618 e ss.

⁵⁸ OCDE, *Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*, 70, P29.

O primeiro factor concerne à “medida em que uma empresa é suscetível de incentivar ou motivar a produção de um efeito negativo por outra entidade, ou seja, a medida em que a atividade aumentou o risco de ocorrência do efeito”. Atende-se aqui ao *grau de influência da empresa sobre a entidade directamente actuante*, mas também ao *risco colocado pela actividade desta*. Como a própria norma condensa o critério – que apura “a medida em que a atividade aumentou o risco de ocorrência do efeito” –, este revela-se atinente à medida da criação de um risco proibido.

O segundo factor concerne à “medida em que uma empresa poderia ou deveria ter tido conhecimento do efeito negativo ou potencial de efeito negativo, isto é, o grau de previsibilidade”. O critério da previsibilidade é, com efeito, noutros ordenamentos jurídicos – de que se destaca o inglês –, o critério central para estabelecimento da causalidade⁵⁹. Não assim no ordenamento português, embora alguns autores advoguem a sua aplicação no âmbito da responsabilidade contratual⁶⁰. Em todo o caso, onde se sufraga o recurso a um juízo de previsibilidade para estabelecer a imputação causal, mobiliza-se o *parâmetro objectivo de um observador experimentado* colocado na posição do agente, tendo-se em consideração os conhecimentos científicos e regras de experiência disponíveis no momento do juízo de adequação. É diferente o critério da Directiva, que se reporta ao que *a concreta empresa em causa deveria ter previsto*. No sistema português da responsabilidade civil, seria pertinente em sede de juízo de culpa, mostrando-se fora de lugar em sede de imputação objectiva⁶¹.

Por seu lado, a empresa visada pode demonstrar que adoptou medidas que “atenu[aram] efetivamente o efeito negativo ou reduzi[ram] o risco da sua ocorrência”. No caso deste factor, o juízo parece referir-se tanto à diminuição da probabilidade de levar outra entidade a uma decisão danosa, como à adopção de medidas mitigatórias uma vez adoptada uma tal decisão. Pense-se, por exemplo, na empresa que requer

⁵⁹ CEs VAN DAM, *European tort law*, 2 Ed., Oxford: Oxford University Press, 2013, 316-318.

⁶⁰ Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 318 e ss.

⁶¹ Para uma comparação entre o critério da adequação e o da previsibilidade em concreto, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 930.

da sua fornecedora um aumento extraordinário da produção a curto prazo, que não seria exequível sem compressão indevida dos standards laborais, mas que, do mesmo passo, ajuda a organizar sub-contratação da parte da fornecedora, ou que pelo menos o faz no decurso do processo produtivo.

Se, a partir da consideração conjunta destes e de outros factores, o tribunal considerar que *a atividade da empresa visada aumentou substancialmente o risco de efeito negativo*, deve afirmar a sua contribuição para o dano. Ou seja, vale aqui uma presunção de que o risco criado se materializou no resultado danoso.

Nota-se que o tribunal goza de uma grande margem de discricionariedade neste juízo. Não só os critérios mobilizáveis não se esgotam nos especialmente previstos, como mesmo estes são de natureza diferente. Na verdade, alguns proponentes de um sistema de estabelecimento da imputação objectiva através de critérios de aumento do risco ilícito postulam o recurso a um sistema móvel. Assim, por exemplo, considera-se que a grande previsibilidade da causação pode compensar o facto de esta ocorrer através de um processo pouco usual; o facto de certo resultado ser a consequência típica de uma certa actuação pode permitir a imputação causal na base da mera probabilidade; e é também admitido que a maior gravidade do juízo de culpa possa contrabalançar um juízo de imputação mais lasso⁶².

Porém, como decorre do precedente, as propostas de sistema móvel não se bastam com a simples remissão para este, apontando já para os factores a ter em conta, e para os mecanismos de compensação entre estes. É uma sistematicidade que falta na proposta da Directiva, que se limita a apontar alguns de entre os factores a considerar, e tão-pouco os põe em relação.

2. Excepções fundadas em processos hipotéticos

a) Coordenadas gerais

18. Uma vez alegados factos que estabeleçam que a conduta da empresa causou o dano, e feita prova bastante quanto a estes, a empresa poderá defender-se em primeira linha por impugnação. Por exemplo,

⁶² Helmut KOZIOL, *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*, Viena: Jan Sramek Verlag, 2012, 141-144.

alegando e provando que o facto de não ter cumprido certo dever de conduta (por exemplo, selar devidamente certo material tóxico) não foi causa do dano, já que outra entidade levou a cabo em lugar da empresa a conduta devida (selando ela própria devidamente o material em causa).

O artigo 19.º, n.º 3, abre-lhe ainda vias de defesa por excepção. Como referido, o propósito de harmonização máxima da Directiva não é imediatamente discernível em relação ao preceito sobre responsabilidade civil, que fica em grande medida dependente das categorias gerais dos Estados-membros. Porém, pelo menos em relação às defesas concedidas às empresas alegadamente responsáveis, mostra-se relativamente transparente o seu funcionamento: ao verter o preceito no Direito interno, os Estados-membros não podem criar regimes que resultem mais protectivos dos direitos humanos ou standards ambientais ou de boa governação, por suprimirem estas vias de exoneração dos lesantes.

A primeira das vias de defesa diz respeito à invocação da ausência de culpa, provando a empresa que “tom[ou] todas as precauções necessárias, em conformidade com a [...] diretiva, para evitar os danos em questão”. Ao contrário do que acontece no Direito português da responsabilidade civil extracontratual, a culpa vem aqui, portanto, em geral presumida.

A segunda afecta o estabelecimento da causalidade. Nos seus termos, o Direito interno deve prever a exoneração da empresa caso esta prove que o dano teria ocorrido *mesmo que tivessem sido tomadas todas as precauções necessárias*. Trata-se de fazer valer *estados do mundo hipotéticos*, que se teriam materializado caso a empresa tivesse actuado com o devido cuidado. Se a empresa demonstrar que, ainda assim, os interesses em causa seriam afectados por um dano semelhante, poderá defender-se invocando que *mesmo a adopção do cuidado devido não teria salvo esses interesses*.

Devemos aqui distinguir duas constelações diferentes: uma respeitante à figura do comportamento lícito alternativo; a outra, respeitante à da causa hipotética ou virtual.

b) O comportamento lícito alternativo

19. A figura concerne a casos em que ocorreu a violação de um dever de conduta com o escopo de prevenção de certo tipo de dano, mas

em que havia uma outra norma autorizando o infractor a causar aquele tipo de dano ou, mesmo que o infractor tivesse cumprido com o seu dever, ainda assim a sua actuação teria causado um dano idêntico ao lesado. Ou seja, a conduta imposta por tal dever era afinal inoperante para efeitos da prevenção do dano em causa, ou então o lesante tinha o direito de o causar⁶³.

Podemos ilustrar a figura com dois casos clássicos da jurisprudência alemã. Um fabricante de pincéis havia violado o seu dever de desinfeção de matérias-primas (em concreto, pêlos de cabra importados da China), vindo alguns dos seus trabalhadores a morrer devido a um agente infeccioso transportado por esses materiais. Veio, porém, a apurar-se que os pêlos estavam infectados por um germe até então desconhecido, que a desinfeção requerida não teria podido exterminar – não podendo, pois, impedir a morte dos trabalhadores, ainda que houvesse cumprido o seu dever. Num exemplo que ilustra casos de outro tipo, um formando fez cessar unilateralmente o contrato de formação com o empregador, sem cumprir o prazo de denúncia do contrato; reclamando o empregador o reembolso de custos com a busca e contratação de novo formando, teve procedência a invocação do primeiro, de que tais custos sempre se verificariam ainda que o pré-aviso houvesse sido cumprido⁶⁴.

A construção é também aventada (pelo menos, tentativamente) a outros propósitos. Assim, foi invocada na sequência da violação de um prazo mínimo de pré-aviso antes da cessação de um contrato de trabalho, alegando-se que outras normas permitiam a cessação discricionária do contrato nesse período. Foi também invocada na sequência da violação do dever de obter o consentimento informado do paciente antes de avançar para uma intervenção cirúrgica, alegando-se que aquele teria em qualquer caso autorizado a informação.

Na verdade, a decisão concerne ao estabelecimento do escopo de protecção da norma. Quando o propósito da imposição da conduta é o *da prevenção de certo tipo de dano*, e na verdade tal conduta não está em

⁶³ Hartmut OETKER, BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes, *MüKo* BGB, II, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, 8 Ed., München: C. H. Beck, 2019, disponível em <<http://beck-online.beck.de>>, nm. 217.

⁶⁴ Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal, Parte geral, I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 337; Ac. do BAG de 22. 5. 1980, proc. 3 AZR 1103/77, NJW 1980, 2375.

posição de alcançar o seu propósito – evitar esse dano –, então não faz sentido responsabilizar pelo dano o sujeito que não adoptou tal conduta⁶⁵. Em qualquer caso, exige-se a prova de que o resultado danoso *teria com certeza lugar*, mesmo que o dever tivesse sido cumprido⁶⁶ – ou de que estava na *discricionariedade do lesante* causá-lo lícitamente.

É bom de ver, pois, que esta excepção deixa de poder ser invocada quando a conduta não é apenas um meio para alcançar o fim de evitar certo tipo de dano, mas tem valor em si própria⁶⁷. Um exemplo de deveres de conduta que são meios para a finalidade de prevenção de um dano são as condutas impostas para prevenção de acidentes. *V.g.*, se fechar uma porta corta-fogo se revelasse uma medida totalmente inoperante face à dimensão ou outras propriedades do incêndio em causa, não faria sentido responsabilizar pelo seu incumprimento.

Quanto aos deveres de conduta que têm valor em si próprios, destacam-se aqueles que têm por escopo assegurar meios de esclarecimento ou de intervenção em processos decisórios⁶⁸. É o que acontece tipicamente com deveres de informação de outra parte, eventualmente antecedendo a obtenção do seu consentimento ou pelo menos parecer. O mesmo acontece com deveres de audição de interessados em certo processo de decisão. A este último respeito, questiona-se se se pode dispensar o procedimento de audição de certos interessados, que preceda a sua autorização necessária, quando se prove que vêm sistematicamente autorizando certo tipo de intervenções.

⁶⁵ Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 288-289.

⁶⁶ Hartmut OETKER, BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes, *MüKo BGB*, II, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, nm. 221; Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal, Parte geral, I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 338.

⁶⁷ Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 288-289. A doutrina alemã discute também se a excepção deixa de poder ser invocada caso o dever violado tivesse o escopo de prevenir danos de qualquer tipo (quando o seu cumprimento fosse com certeza inoperante para prevenir o dano); no sentido da rejeição, Clemens HÖPFNER, « BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes », *Staudingers Kommentar BGB*, Berlin: Otto Schmidt - De Gruyter, 2021, disponível em <<https://www.juris.de>>, nm. 106; com resposta mais matizada e, a nosso ver, mais correcta, Hartmut OETKER, BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes, *MüKo BGB*, II, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, nm. 221.

⁶⁸ Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 289.

São, em suma, também estas as coordenadas gerais que devem valer para avaliar a postergação do complexo de deveres de diligência a cargo da empresa.

c) A causa hipotética ou virtual

20. Aqui, o comparativo contrafactual não contempla apenas a adopção da conduta devida, mas também o desenrolar de um *certo processo causal*, que *a ocorrência de dano interrompeu*. Ou seja, está aqui em causa um certo processo causal, relativo à actuação de fontes de risco diferentes daquelas a que o dever de conduta violado viria reagir. Este processo causal, dito hipotético porque não se desenrolou por inteiro, teria, *quando inteiramente decorrido, em qualquer caso causado um dano similar ao que se verificou*.

A título de exemplo, pense-se na situação em que é construída uma barragem no âmbito de um complexo de mineração, sem dar cumprimento aos standards de segurança, havendo eventualmente ruptura do sistema de represamento e libertação de grandes caudais de resíduos tóxicos. O estabelecimento de uma causa hipotética em relação a esse dano corresponderia à prova de que uma grande tempestade que se verificou de seguida sempre teria, ainda que os standards de segurança tivessem sido devidamente cumpridos, levado ao rebentamento da represa.

A doutrina portuguesa é tradicionalmente muito restritiva em relação à procedência da exoneração fundada na prova de que uma causa virtual viria a causar um dano similar – embora se deva dizer que a doutrina mais recente admite mais matizes a respeito. As razões para uma abordagem restritiva são em parte razões de política legislativa, e em parte razões de Direito positivo⁶⁹.

As razões de política legislativa são, por um lado, as da prevenção e dissuasão do dano, mantendo a responsabilidade do sujeito que na verdade deixou de cumprir um certo dever. Por outro lado, ao recusar esta causa exoneratória, evita-se que ela preclua a compensação de um número relevante de vítimas.

As razões de Direito positivo prendem-se com o facto de apenas em casos muito contados (ao menos, segundo a interpretação dominante)

⁶⁹ Para uma visão panorâmica, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, 620-623 (vd. ainda p. 691-692).

a lei abrir a possibilidade de invocação exoneratória de causa hipotética⁷⁰. Os casos centrais são os de sujeitos obrigados à vigilância de pessoa incapaz (artigo 491.º do Cód. civil), edifícios ou obras (artigo 492.º do Cód. civil), animais ou objectos (artigo 493.º, n.º 1 do Cód. civil). Trata-se de regimes de responsabilidade agravada, por culpa presumida; pelo que a possibilidade de invocação de causa virtual é vista como uma compensação (excepcional) pela severidade do regime⁷¹.

Os contornos do regime da Directiva não são exactamente idênticos. Não é claro se a Directiva consagra um dever de prevenir a causação de dano por terceiros que a empresa possa influenciar, ou se se trata apenas de proibir condutas activas que criem risco de dano por esses terceiros. Porém, é facto que se encontra uma severidade paralela na consagração de presunção de culpa.

Como o exemplo acima sugere, esta possibilidade priva o regime da responsabilidade civil de algum efeito preventivo-dissuasor que este possa ter. No sistema da Directiva, um tal efeito ficaria então em maior medida a cargo das sanções administrativas previstas.

Em qualquer caso, deve dizer-se que este meio de defesa não é admissível quando a causa hipotética seja a conduta de um terceiro, que o tornaria responsável perante a vítima. Ou seja, o agente não pode libertar-se do dever de reparar o dano na parte que seria compensada por este terceiro, invocando que ele o teria de todo o modo causado. Trata-se de entendimento pacífico. Desde logo, porque, nestes casos, a situação actual hipotética da vítima não seria apenas a de se ver afectada por um dano; seria a de se ver afectada por um dano e de dispor de

⁷⁰ Considerando que se trata de uma presunção de causalidade de fundamentação, Henrique Sousa ANTUNES, «Art. 491.º (Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem)», in José Carlos Brandão PROENÇA, *Comentário ao Código civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2018, 311-314, 314 (nm. 8); Henrique Sousa ANTUNES, «Art. 492.º (Danos causados por edifícios ou outras obras)», in José Carlos Brandão PROENÇA, *Comentário ao Código civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2018, 319; Henrique Sousa ANTUNES, «Art. 493.º (Danos causados por coisas, animais ou actividades)», in José Carlos Brandão PROENÇA, *Comentário ao Código civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2018, 322 (nm. 6).

⁷¹ Francisco Manuel Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, 7-10, na “Nota prévia” de actualização, referindo outros exemplos para lá dos citados.

uma pretensão indemnizatória a seu respeito. Como tal, se a causa virtual pudesse aqui ser invocada, a vítima perderia o direito à reparação pelo lesante efectivo – exonerado através desta excepção –; e tão-pouco teria o direito à reparação pelo lesante hipotético – pois este não teria chegado a causar-lhe dano⁷². Acresce que a admissibilidade de uma tal excepção se afiguraria desastrosa do ponto de vista dos incentivos – cada um dos lesantes potenciais teria interesse em que outros lesantes potenciais não cumprissem os deveres de cuidado, para os poder apresentar como causadores hipotéticos de dano idêntico.

Em concreto, uma empresa não poderá, pois, invocar perante as vítimas que, ainda que se tivesse recusado a contratar um fornecedor local que usasse trabalho infantil, outra empresa o teria contratado.

III. Conclusões

21. De entre o instrumentário disponível para assegurar o respeito pelos direitos humanos, standards ambientais e de boa governação, na actividade transnacional das empresas, o Parlamento Europeu reconheceu à responsabilidade civil um papel importante. Consagrando-lhe uma norma específica (artigo 19.º), começou por reconhecer aos Estados-membros a liberdade para aplicar os seus regimes de responsabilidade civil para responder aos efeitos negativos que se produzam naqueles direitos e interesses – e por esclarecer a este respeito que o cumprimento do dever de diligência previsto no articulado não serve de abrigo contra pretensões de responsabilidade (artigo 19.º, n.º 1).

A par do reconhecimento do espaço legislativo nacional, a Directiva cria um regime de responsabilidade harmonizado (artigo 19.º, n.ºs 2 a 4). Este regime prima antes de mais por ser parco, e nessa medida profundamente dependente dos Direitos dos Estados-Membros. Uma tal dependência não se conjuga facilmente com os propósitos de harmonização máxima afirmados pela Directiva (Considerando 59). Nas matérias em que existe, o regime pauta-se por ser vago.

Dentro destes condicionantes, procurou-se compreender que regime seria esse, resultante da imbricação entre os contornos gerais

⁷² Francisco Manuel Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, 99 e ss.; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, 618-620.

traçados pela Directiva e o Direito português da responsabilidade civil.

Olhou-se ao estabelecimento da ilicitude. Os termos em curso nos instrumentos internacionais trazem em si uma certa porosidade; e da sua parte Directiva não clarifica qual o recorte afinal das condutas devidas. Ainda assim, considera-se que a interpretação mais correcta é a que não permite a exoneração com base no mero cumprimento do dever de diligência, respondendo as empresas também quando as circunstâncias obrigassem à adopção de medidas de cuidado não previstas *ex ante* para obstar à produção de efeitos negativos nos direitos humanos, ambiente ou boa governação (artigo 3, 6), 7) e 8)).

Vertido no Direito português, este critério desemboca na cláusula geral de ilicitude extracontratual, tendo aqui especial relevo a sua primeira e segunda modalidades (artigo 483.º, n.º 1). Quando o efeito negativo se defina pela violação de um dever de comportamento previsto numa norma ou código de conduta internacional, considera-se que só poderá haver reparação quando estes standards mereçam a qualificação de disposição legal de protecção. Devem valer aqui as cautelas metodológicas inerentes à identificação e mobilização destas disposições, de modo a manter a contenção na resposta aos danos puramente patrimoniais. No que toca à protecção directa de bens jurídicos jus-subjectivados (*maxime*, direitos humanos), esta deverá fazer-se nos termos da primeira modalidade de ilicitude, e exigindo por isso, nas hipóteses de causação mediata, ou por omissão, a prova da violação de um dever de prevenção do dano.

Olhou-se depois ao estabelecimento da causalidade. No tocante ao estabelecimento da contribuição para o dano por influência sobre a actuação de outro sujeito, verificou-se o acolhimento de critérios relativos de aumento do risco proibido (artigo 3.º, 10), para superar as dificuldades relativas à determinação da causalidade afectando processos de decisão alheios. Provindos de recomendações internacionais da OCDE, e não de Direito cogente, a verdade é que os critérios propostos se mostram heterogéneos e não articulados entre si, deixando um espaço muito amplo de concretização.

Por último, foi olhada a cláusula exoneratória que atende a processos causais hipotéticos, permitindo à empresa provar que os danos se teriam produzido ainda que tivesse actuado com o cuidado devido.

No Direito interno, esta cláusula exoneratória traduz-se nas figuras do comportamento lícito alternativo e da intervenção de causa virtual. O comportamento lícito alternativo só poderá operar quando a norma de conduta violada tivesse por finalidade exclusiva evitar o dano, e já não quando a conduta exigida servisse outros interesses (a não ser que o agente tivesse o direito de os lesar). A invocação da causa virtual é tradicionalmente admitida com reserva no Direito português, acompanhando, porém, hipóteses de responsabilidade agravada, por culpa presumida, tal como a prevista na Directiva. Em todo o caso, não será uma causa virtual atendível o facto de um terceiro se predispor a causar o mesmo dano ilícito – nem em termos de compensação das vítimas, nem de prevenção do dano, tal seria aceitável.