

DEVERES DE DILIGÊNCIA EM MATÉRIA DE SUSTENTABILIDADE: UMA QUESTÃO DE COMPETITIVIDADE

CLÁUDIA FERNANDES MARTINS

A Comissão Europeia aprovou recentemente uma proposta de Diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade. A Diretiva visa a implementação harmonizada pelos Estados-membros da União Europeia (UE) de novas obrigações pelas empresas em matéria de efeitos negativos (potencias ou reais) resultantes das suas próprias operações, das operações das suas filiais e da sua cadeia de valor, a nível dos direitos humanos e impacto climático e ambiental.

“Sustentabilidade”, “dever de diligência” e “cadeia de valor” são os três conceitos-chave da proposta de Diretiva, cujo texto final terá ainda de ser aprovado pelo Parlamento Europeu e Conselho.

Começando pela sustentabilidade, o conceito de desenvolvimento sustentável foi definido pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1987, no célebre relatório “*Our Common Future*”, da autoria da Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento (*World Commission on Environment and Development – WCED*) liderada pela então primeira-ministra da Noruega Gro Brundtland. De acordo com a WCED, o desenvolvimento sustentável é aquele que “*atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades*”.

No contexto empresarial, a sustentabilidade aparece associada aos conceitos de responsabilidade social empresarial e aos fatores de ESG (*Environmental, Social and Governance*). Ou seja, a utilização de indicadores puramente financeiros, como o lucro, deixa de ser suficiente para medir o desempenho das empresas.

Para além do fator económico, devem ser tidos em conta outros fatores, nomeadamente, sob a égide do ESG, de ordem ambiental, social e de governação. A estes fatores remonta o conceito de *Triple bottom line* (“3BL”) do norte-americano John Elkington, que previa a adoção conjunta de três dimensões (ou dos três “P”) para avaliar os resultados de um negócio: a **económica**, do lucro (*profit*) ou da prosperidade (*prosperity*); a **social**, ou das pessoas (*people*); e a **ambiental**, ou do planeta (*planet*).

Torna-se, assim, necessário integrar a sustentabilidade nos sistemas de governação e de gestão empresariais e enquadrar as decisões empresariais em matéria de direitos humanos, impacto climático e ambiental. É isto que a proposta de Diretiva nos vem dizer e impor aos Estados-membros.

Isto implica a adoção pelas empresas de processos abrangentes de atenuação dos efeitos negativos ao nível dos direitos humanos, impacto climático e ambiental. E é aí que surge o dever de diligência (*due diligence*) das empresas, que não se pode limitar ao âmbito das próprias operações da empresa e das suas filiais, mas é crucial que também inclua a sua cadeia de valor.

Quando falamos em cadeia de valor, referimo-nos às relações empresariais (diretas e indiretas) estabelecidas por uma empresa, não apenas “a montante” (nomeadamente, extração, fabrico, transporte, armazenamento e fornecimento de matérias-primas, produtos ou serviços), mas também “a jusante” (nomeadamente, distribuição, transporte e armazenamento de produtos, o seu desmantelamento, reciclagem, compostagem ou deposição em aterro).

Ao nível da cadeia de valor podem ocorrer efeitos negativos, com repercussões para a própria empresa, os seus *stakeholders* (partes interessadas) e terceiros. Por exemplo, ao nível do aprovisionamento de matérias-primas, do fabrico ou da eliminação de produtos ou resíduos, podem ocorrer efeitos negativos a nível dos direitos humanos, como o trabalho forçado, o trabalho infantil, situações inadequadas de saúde e segurança no local de trabalho, a exploração dos trabalhadores, bem como podem ocorrer efeitos negativos a nível ambiental, como as emissões de gases com efeito de estufa, a poluição ou a perda de biodiversidade e a degradação dos ecossistemas. Estes efeitos devem ser acautelados, mitigados e, se possível, eliminados.

As empresas (leia-se, grandes empresas) têm vindo a recorrer ao domínio da *soft law*, ou seja, à aplicação de normas internacionais voluntárias em matéria de dever de diligência empresarial, para identificar os riscos na sua cadeia de valor, de que se destacam, entre outros instrumentos, os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos e as Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais e para uma conduta empresarial responsável.

O domínio da *soft law* para regular a sustentabilidade, sob a égide dos fatores de ESG, não se revela, porém, viável (ou se se preferir “sustentável”) a médio e longo prazo, antecipando-se dificuldades várias, em particular, quanto à falta de clareza jurídica das obrigações em matéria de dever de diligência das empresas e que se adensará quanto mais complexa for a cadeia de valor, com obstáculos à livre circulação e distorções da concorrência e com pertinência a nível da responsabilidade civil em caso de danos causados na cadeia de valor de uma empresa.

A fim de permitir que as empresas identifiquem adequadamente os efeitos negativos para a sua cadeia de valor e possam obter um efeito de alavanca adequado, a Comissão Europeia aprovou a referida proposta de Diretiva, que impõe às empresas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação: (i) integrar o dever de diligência em todas as suas políticas empresariais e dispor de uma política em matéria de dever de diligência, incluindo um código de conduta que descreva as regras e os princípios a seguir pelos trabalhadores e filiais da empresa, bem como os processos instaurados para aplicar o dever de diligência, incluindo as medidas tomadas para verificar o cumprimento do código de conduta e alargar a sua aplicação às relações empresariais estabelecidas; (ii) identificar impactos negativos reais ou potenciais nos direitos humanos e no ambiente das suas próprias operações ou das operações das suas filiais e, quando relacionados com as suas cadeias de valor, das suas relações empresariais estabelecidas (duradouras); (iii) evitar ou atenuar potenciais impactos; (iv) eliminar ou minimizar os impactos reais, nomeadamente, suspender temporariamente as relações comerciais com o parceiro ou pôr termo à relação empresarial no que diz respeito às atividades em causa se o efeito negativo for grave; (v) estabelecer e manter um procedimento de reclamação; (vi) controlar a eficácia da estratégia e das medidas em matéria de dever de diligência; (vii) comunicar publicamente informações sobre o dever de diligência, o que se revela de extrema importância e exigirá um cuidado acrescido por parte das empresas em cumprirem o que se propõem fazer, evitando-se uma sustentabilidade de fachada, sob pena de responsabilidade.

Considerando a redação proposta, a Diretiva deverá ser transposta pelos Estados-membros dois anos após a sua publicação no Jornal Oficial (que não se sabe ainda quando ocorrerá), aplicando-se a grandes empresas – a empresas com mais de 500 trabalhadores e um volume de negócios líquido superior a € 150 milhões a nível mundial. Quatro anos depois, a aplicação das novas regras será alargada a empresas com mais de 250 trabalhadores e um volume de negócios líquido superior a € 40 milhões, a nível mundial, em setores onde exista um elevado risco de violação dos direitos humanos ou de danos para o ambiente, como, por exemplo, na agricultura, nos têxteis ou nos minerais. A aplicação da Diretiva não se restringirá, todavia, a empresas sedeadas na UE, sendo igualmente aplicável a empresas de países terceiros que operem na UE, com um limiar de volume de negócios equivalente aos indicados acima, desde que gerado na UE.

Embora as PME não estejam incluídas no âmbito de aplicação da proposta de Diretiva, acabarão por ser afetadas no âmbito das operações da cadeia de valor de uma empresa, nas quais participem como parceiro empresarial e com a qual mantenham uma relação empresarial estabelecida, isto é, uma relação de natureza duradoura. Como tal, também as PME acabarão, ainda que indiretamente, por ser incentivadas ao cumprimento das medidas relativas ao dever de diligência. Certamente, as grandes empresas terão a capacidade de persuadir um parceiro empresarial a tomar medidas para fazer cessar ou prevenir efeitos negativos, para já não referir do grau de influência ou de alavanca que uma grande empresa poderá exercer sobre um parceiro empresarial, em especial quando seja uma PME.

A violação da legislação nacional adotada em cumprimento da Diretiva dará lugar à aplicação de sanções pelas autoridades de supervisão a designar por cada Estado-membro e que em conjunto integrarão a rede de supervisão. As sanções serão estabelecidas pela legislação de cada Estado-membro, referindo apenas a Diretiva que deverão ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

Em Portugal, antecipamos que a violação da legislação nacional possa vir a dar lugar à aplicação de coimas calculadas de acordo com o volume de negócios da empresa infratora, bem como outras sanções, como, por exemplo, a apreensão de mercadorias, exclusão da empresa de forma temporária ou indefinida de procedimentos de contratação pública, de auxílios estatais e de regimes de apoio público.

Além do mais, poderá haver lugar a responsabilidade civil das empresas por danos causados. Neste âmbito, a proposta de Diretiva utiliza uma abordagem distinta no que diz respeito às próprias atividades da empresa e das suas filiais e, por outro, quanto às suas relações empresariais. Quanto à cadeia de valor, a Diretiva prevê que a responsabilidade civil da empresa engloba relações empresariais estabelecidas, ou seja, com as quais uma empresa espera ter uma relação duradoura, tendo em conta a sua intensidade ou duração, e que não representem uma parte negligenciável ou meramente acessória da cadeia de valor da empresa.

No contexto empresarial, esperam-se, assim, deveres de diligência acrescidos para as empresas, sobretudo, numa primeira fase, para grandes empresas, mas desenganem-se as PME quando pensam que não serão “atingidas”, em particular quando integrem a cadeia de valor de grandes empresas. Obviamente, o legislador não procura exigir o mesmo a uma grande empresa ou a uma PME, mas o mesmo não se pode dizer de uma grande empresa em relação aos seus parceiros de negócio, até por uma questão de salvaguarda da própria empresa ou grupo.

Cada vez mais se caminhará para que a sustentabilidade, sob a égide dos fatores ESG, se traduza num objetivo-fim de cada empresa. A questão não será tanto de dimensão, mas de competitividade, pois como dizia Pablo Isla (anterior CEO do Grupo Inditex): “Eu hoje vendo camisas. No futuro, vendo camisas sustentáveis... ou não vendo!”

Questão diferente será, porém, a de quantificar os resultados dos diferentes fatores de ESG, em particular, quando não sejam mensuráveis, mas isso daria um outro artigo.