



ESG, sustentabilidade empresarial e contratação responsável. Em especial, o papel do contrato e das “cláusulas éticas”

Ana Filipa Morais Antunes¹

1. Justificação do tema e sequência

Na actualidade, a relação entre ESG (“Environmental, Social and Governance”), sustentabilidade empresarial e responsabilidade jurídica é incontornável. É um tema com inegável interesse teórico e que se projecta no “day-to-day” das empresas e dos demais agentes económicos.

O presente artigo pretende clarificar as ideias fundamentais sobre ESG e o futuro quadro europeu em matéria de dever de diligência empresarial e de sustentabilidade, tendo por referência a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Fevereiro de 2022.

A sequência adoptada é a seguinte:

* O presente artigo corresponde, com alterações de forma e de estilo, à versão que se destina a ser publicada nos “Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria da Glória Garcia”.

¹ Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa). Membro do *Católica Research Centre for the Future of Law*.



- *Em primeiro lugar*, esclarece-se o sentido da trilogia ESG e da relação entre sustentabilidade, responsabilidade e racionalidade empresariais.
- *Em segundo lugar*, faz-se um excuro breve sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, de 23 de Fevereiro de 2022, e sobre os desenvolvimentos recentes no âmbito do processo legislativo em curso.
- *Em terceiro lugar*, precisa-se a importância das medidas preventivas em matéria de sustentabilidade empresarial e evidencia-se o papel central do órgão de administração das empresas; propõe-se, também, uma noção renovada de contrato e analisa-se o fenómeno da contratação responsável, assente em “cláusulas éticas”.
- *Em quarto e último lugar*, em sede de reflexões finais, enunciam-se as principais tendências no futuro “Direito da sustentabilidade”.



2. A trilogia ESG e o novo contexto relacional entre sustentabilidade, responsabilidade e racionalidade empresariais

2.1. A trilogia ESG

Em termos preliminares, a trilogia ESG pode ser definida como um conjunto de parâmetros directivos a observar pelas empresas nas suas acções, estratégias e investimentos. Pretende-se orientar os comportamentos empresariais no sentido da adopção de uma matriz identitária comum e de uma pauta valorativa exigente, em termos compatíveis com modelos de negócio e estratégias de investimento sustentáveis, a curto, médio e longo prazo².

A exigência de sustentabilidade empresarial subjacente à sigla ESG é tríptica, manifestando-se em três planos essenciais, a saber: (i) o ambiente; (ii) o social; (iii) o governance:

- Com o pilar relativo ao “Environmental” (“E”), pretende-se assegurar uma actuação empresarial comprometida com a protecção do ambiente, nas suas diferentes manifestações (ar, água, solo), incluindo o combate às alterações climáticas, e a garantia do bem-estar das pessoas, dos animais e dos ecossistemas;
- A dimensão relativa ao “Social” (“S”) fundamenta o dever de respeito pelos direitos humanos, pelos direitos dos

² Para a noção de ESG como “a set of responsible investment criteria”, v. PAULO CÂMARA “The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG”, in PAULO CÂMARA / FILIPE MORAIS (Ed.), *The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance*, Palgrave Macmillan, Cham, 2022, 3-40, 3-40 (13).



trabalhadores, pelos direitos dos consumidores, pelos direitos e interesses legítimos titulados pelas comunidades locais, e pelos grupos de pessoas mais vulneráveis (incluindo, designadamente, as crianças);

- O “Governance” (“G”) impõe às empresas medidas de governação sustentáveis, *v.g.*, através da criação de estruturas especialmente adequadas a assegurar a tomada de uma decisão empresarial “racional”, no sentido de informada, adequada (eficiente e sustentável em termos sociais e ambientais), e responsável, em cada situação individual. Os órgãos de administração, de gestão e de supervisão têm um papel central na definição e implementação dos “Planos de sustentabilidade”, cabendo-lhes, nomeadamente, definir uma estratégia adequada em matéria de questões climáticas, com objectivos claros e escalonados.

O ESG tem, na sua base, uma componente ética relevante, na medida em que se propõe orientar e direccionar os comportamentos das empresas e dos agentes económicos. Em todo o caso, é, hoje, simultaneamente, um critério de actuação e de decisão empresarial que, sendo inobservado, determinará consequências jurídicas. Neste sentido, os parâmetros ESG são simultaneamente relevantes para a Ética e para o Direito: ao Direito cabe uma dupla função, a saber, *regular* as condutas das empresas, mas também *estatuir as consequências jurídicas* aplicáveis no caso de desrespeito pelas regras definidas em matéria de sustentabilidade.

Em termos complementares, os parâmetros ESG constituem



uma manifestação da “eticização” progressiva das relações empresariais e dos contratos, tendo presente a vinculação das empresas à directriz geral do *fair dealing*³, e ao dever de actuarem com rectidão, lealdade, honestidade, verdade e transparência.

Por outro lado, estão em causa parâmetros com um *conteúdo marcadamente preventivo*: pretende-se, em primeira linha, evitar ingerências prejudiciais ou danosas nos direitos e interesses estratégicos titulados por terceiros e por comunidades locais, assim como no meio ambiente.

A trilogia ESG impõe-se, portanto, como um novo paradigma, com um figurino bicéfalo (ético e jurídico), a observar em termos necessários pelas empresas e agentes económicos⁴, e que fundamenta, em caso de desrespeito, responsabilidade jurídica.

³ Sobre a ideia de “eticização das relações contratuais” e de “exigência de uma actuação materialmente legítima e com respeito pelo *fair dealing*”, v. o nosso “A força maior e o (des) equilíbrio negocial”, in ELSA VAZ DE SEQUEIRA (COORD.), *Católica Talks: Direito e Pandemia*, UCE, Lisboa, 2022, 9-75 (67-68). O “*fair dealing*” é objecto de previsão, no contexto de Projectos de Harmonização de Direito Europeu dos Contratos, como é o caso do “Draft Common Frame of Reference” (DCFR), nos artigos I. – 1:102: “Good faith and fair dealing” (no Livro I), e III. – 1:103: “Good faith and fair dealing” (no Livro III).

⁴ Com alusão ao “efeito em cascata” do movimento ESG, tendo presente o seu efeito sistémico, v. PAULO CÂMARA, “The Systemic Interaction Between Corporate Governance and ESG”, cit., 18-20.



2.2. O novo quadro relacional – A interdependência entre sustentabilidade, responsabilidade e racionalidade empresariais

O debate em torno do ESG conduz à afirmação de um novo “contexto relacional” entre os seguintes conceitos-chave:

- (i) Sustentabilidade (nas três dimensões: ambiental, social e “governance”)
- (ii) Responsabilidade
- (iii) Racionalidade

Em primeiro lugar, cabe precisar a ideia de *sustentabilidade empresarial* ou de *comportamento empresarial sustentável*. O conceito de sustentabilidade empresarial não parece poder ser definido em abstracto ou em termos uniformes relativamente a todas as empresas e agentes económicos. De modo diverso, é uma noção de geometria variável, que deve ser apreendida em concreto, ponderando o sector de actividade, o modelo de negócio e a dimensão da empresa. Em todo o caso, a ideia de sustentabilidade empresarial pressupõe que se considere o perímetro de risco (efectivo ou potencial) da actuação empresarial relativamente a terceiros, ao meio ambiente e ao clima. O comportamento empresarial sustentável tem, por isso, de ser precedido do diagnóstico adequado sobre o catálogo de acções e práticas empresariais susceptíveis de interferir, em termos prejudiciais, em direitos e interesses legítimos, ou que podem determinar ou contribuir para o agravamento do meio ambiente e para o cenário de emergência climática. A sustentabilidade empresarial implica, portanto, a adopção pelas empresas de uma pauta valorativa



exigente, assim como a renovação dos quadros e dos processos decisórios, integrando uma “racionalidade económica” complexa, que não seja indiferente em termos ambientais e sociais. Hoje, não se pode reconhecer juridicidade ao denominado “direito à indiferença” por parte de uma empresa perante os efeitos adversos causados ou para os quais tenha contribuído (directamente ou mediamente). Nesse sentido, as empresas têm de priorizar estratégias que passem, precisamente, pela identificação, avaliação, mitigação e cessação dos comportamentos adversos ou prejudiciais reais ou potenciais.

Em segundo lugar, em estreita ligação com a ideia de sustentabilidade, eleva-se o conceito de *responsabilidade empresarial*: a empresa que não adoptar um comportamento sustentável pode ser responsabilizada civilmente, ficando constituída na obrigação de indemnizar pelos danos causados a terceiros e ao ambiente. Numa palavra, a responsabilidade jurídica eleva-se como uma das consequências da não sustentabilidade empresarial.

Em terceiro lugar, e como vector estruturante, com a aptidão de agregar as duas noções anteriores, surge a dimensão da *racionalidade*: o respeito pelos parâmetros ESG e pelas exigências de sustentabilidade reclama a implementação, pelas empresas, de medidas efectivas, demonstráveis, adequadas e equilibradas. Significa isto que os modelos de negócio, os investimentos e as operações económicas devem ser estruturados com base em premissas objectivamente razoáveis e comprometidas, em termos efectivos e sérios, com o respeito pelos direitos humanos, pelos direitos e interesses legítimos na sociedade, ou relacionados com o ambiente.



Esta “relação triangular” é sugestiva do sentido fundamental inerente aos parâmetros ESG: se *o comportamento empresarial não for sustentável* nos planos social e ambiental (porque irracional em termos objectivos), a empresa pode ser *responsabilizada*. Nesse sentido, têm de ser definidas e implementadas *medidas e estratégias racionais de negócio* que permitam neutralizar cenários de actuação prejudicial e, conseqüentemente, de futura responsabilização da empresa. Para tal, cabe à administração das empresas definir, implementar e monitorizar o novo modelo de actuação e de negócio, assegurando que a empresa adoptará, em termos efectivos, um plano de sustentabilidade, e que este será concretizado através de medidas e estratégias concretas, alinhadas com o perfil da empresa e adequadas às métricas definidas em cada período de referência. De igual modo, é essencial que, uma vez definido o plano de sustentabilidade, se monitorizem e avaliem os resultados atingidos. Exige-se, portanto, que as empresas sejam sustentáveis, isto é, que promovam condutas, negócios e investimentos razoáveis e adequados, susceptíveis de serem justificados à luz da respectiva “racionalidade económico-social e ambiental”, e estruturados em *contratos e operações responsáveis*.

A nova pauta valorativa em matéria de sustentabilidade conduz, como imperativo lógico, à priorização, pelas empresas, de modelos de negócio, estratégias e práticas não centradas exclusivamente no objectivo de maximização do valor da empresa a curto prazo, mas que se caracterizem por um equilíbrio adequado entre a procura do lucro e o compromisso com factores sociais e ambientais, a médio e longo prazo. Se esta equação não for observada, a empresa pode ser responsabilizada pelos efeitos prejudiciais causados ou para os quais tenha contribuído.



3. O futuro quadro europeu em matéria de sustentabilidade empresarial: a Proposta de Directiva do Parlamento europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, de 23 de Fevereiro de 2022

Em 23 de Fevereiro de 2022, o Parlamento Europeu e o Conselho Europeu aprovaram uma Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade⁵ (em cumprimento da Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de Março de 2021, que continha em Anexo “Recomendações para a elaboração de uma Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao dever de diligências das empresas e à responsabilidade empresarial⁶).

O legislador europeu pretende implementar uma *nova matriz comum de actuação empresarial, de natureza vinculativa*, que transcenda a ideia de normas de adesão e de observância voluntárias em matéria de direitos humanos e de protecção do ambiente e do clima, com a natureza de recomendações ou “guidances”. Entre as fontes remotas da Proposta de Directiva, justifica-se referir, designadamente, os Princípios Orientadores das

⁵ Acessível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF. A este respeito, pode consultar-se o nosso *Responsabilidade empresarial e dever de diligência – Da vinculatividade da futura matriz sobre “ESG” (Environmental, social and governance)*, 2021, acessível em <https://governancelab.org/responsabilidade-empresarial-e-dever-de-diligencia-da-vinculatividade-da-futura-matriz-sobre-esg-environmental-social-and-governance/>.

⁶ A Resolução pode ser consultada em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_PT.pdf.



Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, e as Linhas Directrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais, enunciadas no Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável.

O propósito de promover um crescimento económico, social e ambiental sustentável, assim como uma transição justa para a sustentabilidade por parte das empresas está, por sua vez, alinhado com os Objectivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (“ODS”)⁷, a atingir até 2030, com as normas internacionais⁸, e com as directrizes sobre a conduta empresarial responsável. Muito recentemente, foram actualizadas as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável, que contêm recomendações com vista ao desenvolvimento económico e social sustentáveis⁹.

O dever de diligência das empresas, consagrado na Proposta de Directiva, tem o sentido essencial de impor às empresas¹⁰ a

⁷ Acessíveis em <https://ods.pt> – onde se incluem, designadamente, o Objectivo n.º 8 (“Trabalho digno e crescimento económico”, o Objectivo n.º 11 (“Cidades e comunidades sustentáveis”, e o Objectivo n.º 12 (“Produção e consumo sustentáveis”).

⁸ Em 28 de Julho de 2022, a Assembleia Geral das Nações Unidas declarou que o meio ambiente limpo, saudável e sustentável é um direito humano (cfr. Resolução 76/300).

⁹ Acessíveis em <https://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/>.

¹⁰ O dever de diligência deve ser observado pelas empresas que preencham os requisitos de elegibilidade (relevando-se critérios como o número de trabalhadores e o volume de negócios, para empresas da U.E.; e o volume de negócios líquido gerado na U.E., para as empresas de países terceiros) – cfr. artigo 2.º (“Âmbito de aplicação).



definição de uma estratégia adequada, assente num procedimento claro e estruturado, que garanta a *identificação, prevenção, mitigação, monitorização, avaliação, comunicação, cessação, e reparação dos efeitos adversos ou prejudiciais, em matéria de direitos humanos e de protecção do ambiente* (incluindo o clima¹¹). Constituem, designadamente, *efeitos adversos ou prejudiciais nos direitos humanos e no ambiente*: (i) o recurso a trabalho infantil; (ii) a escravatura ou práticas similares de violência e opressão sobre as pessoas; (iii) a exploração de mão-de-obra; (iv) a poluição atmosférica, das águas e dos solos; (v) a degradação do meio ambiente, dos ecossistemas terrestres, marinhos e de água doce; (vi) a perda de biodiversidade; (vii) a deflorestação; (viii) o consumo excessivo de materiais, água, energia ou de outros recursos naturais; (ix) a produção nociva e a má gestão de resíduos, incluindo substâncias perigosas.

As empresas abrangidas ficam obrigadas a cumprir o *dever de diligência ao longo das suas próprias operações, das suas filiais, e nas suas “cadeias de actividades”*, para o que se impõe considerar as relações comerciais e empresariais directas e indirectas estabelecidas, tanto a montante como a jusante (a título ilustrativo, com prestadores de serviços, fornecedores, vendedores, transportadores, distribuidores, armazenadores).

A inobservância do dever de diligência empresarial determina, nos termos do texto proposto, consequências jurídicas, fundamentando, havendo danos indemnizáveis e estando preenchidos os demais pressupostos gerais, a *responsabilidade civil*

¹¹ Cfr. artigo 15.º, sob a epígrafe “Combate às alterações climáticas”.



da empresa, como resulta enunciado no artigo 22.º da Proposta de Directiva, sob a epígrafe: “Responsabilidade civil das empresas e direito a reparação integral”¹².

A dialéctica subjacente ao texto proposto assenta, pois, na seguinte equação:

- a) *Prevenir* a ingerência prejudicial nos direitos humanos e no ambiente, por via da introdução de medidas e estratégias adequadas para garantir um modelo de negócio alinhado com as exigências de sustentabilidade (que deve ser cristalizado num “Plano” claro e adequado à dimensão e sector de actividade da empresa – a “Estratégia de diligência”);
- b) *Reparar* os efeitos prejudiciais nos direitos humanos e no ambiente, através de medidas de mitigação, cessação e de compensação adequadas (designadamente, a obrigação de indemnizar os danos causados ou para os quais contribuíram com a sua acção ou omissão culposa).

Constituem, assim, notas identitárias da Proposta de Directiva sobre o dever de diligência das empresas em matéria de

¹² Um dos aspectos controversos é a susceptibilidade de responsabilizar directamente os membros da administração (cfr. artigos 24.º e 25.º do texto originário da Proposta de Directiva, de 23 de Fevereiro de 2022, entretanto suprimidos na versão alterada da Proposta de Directiva na sequência da votação pelo Parlamento Europeu, em 1 de Junho de 2023). Em todo o caso, este aspecto não parece assumir-se como verdadeiramente decisivo, tendo presente os títulos normativos habilitantes previstos no Direito societário português vigente – cfr. artigos 64.º, 79.º e 72.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais – CSC.



sustentabilidade:

- a) *A mudança do paradigma regulatório* no que respeita à sustentabilidade social, ambiental e de boa governação: o futuro quadro normativo terá a natureza de “hard law”¹³;
- b) *A harmonização dos comportamentos empresariais* assegurada pela futura “norma europeia em matéria de dever de diligência”, que impõe deveres de conduta às empresas, incluindo, a obrigação de aprovarem planos que garantam um modelo de negócio e uma estratégia compatíveis com a transição para uma economia e um desenvolvimento sustentáveis em termos sociais e ambientais;
- c) *A estatuição de consequências jurídicas* aplicáveis no caso de incumprimento do dever de diligência empresarial.

A Proposta de Directiva tem sido objecto de adequações, introduzidas na sequência de:

- (a) Orientação Geral do Conselho, adoptada em 30 de

¹³ Sobre a dialéctica, em geral, entre “soft law” e “hard law” em matéria de “corporate due diligence”, v. GUIDO FERRARINI, “Sustainable Governance and Corporate Due Diligence: The Shifting Balance Between Soft Law and Hard Law”, in PAULO CÂMARA / FILIPE MORAIS (ED.), *The Palgrave Handbook of ESG and Corporate Governance*, cit., 41-57 – que, em todo o caso, não se pronuncia especificamente sobre a Proposta de Directiva em matéria de dever de diligência empresarial.



Novembro de 2022¹⁴;

- (b) Votação do texto pela Comissão de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu (“JURI”), em 25 de Abril de 2023;
- (c) Votação do texto pelo Parlamento Europeu, no dia 1 de Junho de 2023¹⁵ - com alterações relevantes nos Considerandos e no Articulado.

A posição do Parlamento Europeu representa mais um marco significativo no contexto do processo legislativo em curso: as empresas devem renovar as suas práticas, modelos e quadros de decisão empresariais (orientando-se pela máxima “sustentabilidade acima do lucro imediato”) e respeitar os direitos humanos e o ambiente.

¹⁴ Acessível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/pt/pdf>). Sobre as alterações introduzidas, pode consultar-se o nosso *ESG, racionalidade empresarial, e novos contenciosos*, Revista de Direito Comercial, 2022, acessível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/esg-racionalidade-empresarial-e-novos-contenciosos>; e *ESG, sustentabilidade e dever de diligência empresarial – Desenvolvimentos recentes*, 2022, acessível em <https://governancelab.org/esg-sustentabilidade-e-dever-de-diligencia-empresarial-desenvolvimentos-recentes/>.

¹⁵ Acessível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_PT.pdf.



4. As medidas preventivas para assegurar o cumprimento das futuras exigências em matéria de sustentabilidade. O papel da administração das empresas, a renovada noção de contrato e o fenómeno da “contratação responsável”

4.1. A centralidade das medidas preventivas. O papel da Administração das empresas

A necessidade de respeito pela trilogia ESG e pelo futuro quadro normativo europeu sobre o dever de diligência empresarial evidencia a *centralidade de medidas preventivas* de um cenário de actuação prejudicial e de conseqüente responsabilização jurídica das empresas.

A prevenção dos danos deve, por isso, ser priorizada pelas empresas, através de medidas e procedimentos adequados e efectivos que permitam identificar os factores de risco (reais ou potenciais) para os direitos humanos, comunidades locais, grupos de pessoas vulneráveis, e o ambiente. A prevenção dos efeitos adversos ou prejudiciais permite, por outro lado, mitigar ou neutralizar os riscos de futuras formas de litigância empresarial sustentada no desrespeito pelos direitos humanos ou pelas métricas relacionadas com o ambiente e questões climáticas.

A estratégia concretamente adequada tem de ser definida pela *administração das empresas*, com o impulso determinante dos accionistas, investidores, e demais “stakeholders”, em linha com o modelo de negócio, sector de actividade e dimensão da empresa. Entre as medidas a adoptar pelo órgão de administração cabe referir, designadamente, as seguintes:

- (a) Incluir, com periodicidade, na agenda das reuniões do



Conselho de Administração, os temas de sustentabilidade;

- (b) Criar comissões especializadas de sustentabilidade nos diferentes domínios relevantes (social, ambiental e governance);
- (c) Definir a estratégia de sustentabilidade, com recurso a metas e parâmetros objectivos e transparentes;
- (d) Implementar o plano de sustentabilidade;
- (e) Acompanhar a execução do plano de sustentabilidade;
- (f) Monitorizar os resultados atingidos.

Por outro lado, as parcerias comerciais e as decisões de investimento têm de ser susceptíveis de justificação, não apenas à luz da “racionalidade económica”, mas, também, considerando o impacto (previsível ou real) nos direitos humanos e no ambiente. Portanto, no caso de existir uma alternativa quanto à decisão que a empresa se propõe tomar que se eleve, em concreto, como “racionalmente mais sustentável” (pelo facto de permitir mitigar ou neutralizar os riscos de efeitos prejudiciais adversos, ainda que implicando um modelo de custos agravado), a empresa tem o dever acrescido de fundamentar a opção assumida, instruindo-a adequadamente. O dever de diligência das empresas fundamenta, assim, deveres de abstenção de conduta, assim como deveres positivos de actuação.

Tendo por referência exemplos de experiências jurídicas estrangeiras, pode admitir-se um *novo tipo de contencioso empresarial*, estruturado em acções de responsabilidade civil intentadas contra os membros da administração, com fundamento,



v.g., na não definição, com clareza e em termos concretos, de um “Plano de sustentabilidade” ou “Estratégia de Diligência”, bem como pela não implementação efectiva das metas de sustentabilidade que a empresa se propôs atingir num determinado período temporal (assim, a ausência de medidas e de uma estratégia adequada tendo em vista a transição energética ou climática)¹⁶.

Este será um campo em que se procurará sindicar a “racionalidade” da decisão empresarial, à luz não apenas dos critérios tradicionais (tendo por referência a “racionalidade económica”), mas também dos parâmetros “ESG” (integrando a preocupação efectiva da empresa com o impacto social e ambiental da sua actuação).

¹⁶ Na versão actualizada do artigo 15.º (“Combate às alterações climáticas”) da Proposta de Directiva, na sequência das alterações aprovadas pelo Parlamento Europeu, em 1 de Junho de 2023, aditou-se, ao n.º 1, um conjunto de alíneas, entre as quais, a g), que alude ao “papel dos órgãos de administração, de gestão e de supervisão no respeitante às questões climáticas”. Por outro lado, alterou-se a redacção do n.º 3 do mesmo preceito, nos seguintes termos: “Os Estados-Membros devem assegurar que os administradores sejam responsáveis pela supervisão do cumprimento das obrigações previstas no presente artigo e que as empresas que tenham, em média, mais de 1000 trabalhadores, disponham de uma política pertinente e eficaz para garantir que uma parte da remuneração variável dos administradores seja associada ao plano de transição da empresa a que se refere o presente artigo. Essa política deve ser aprovada pela assembleia geral anual”.



4.2. O renovado conceito de contrato e a emergência do fenómeno da contratação responsável no “futuro direito da sustentabilidade”

4.2.1. O conceito de contrato e os (novos) limites à liberdade contratual

O debate sobre a sustentabilidade empresarial conduz a equacionar, no catálogo das medidas a implementar pela empresa, o papel do contrato e da denominada “contratação responsável”.

As empresas que pretendam desenvolver modelos de negócio responsáveis e comprometidos nos planos social e ambiental devem privilegiar a celebração de “contratos responsáveis” e que incluam, com clareza e em termos sistematizados, “cláusulas éticas”, isto é, estipulações negociais que definam, por um lado, o *catálogo de obrigações* a cumprir pelos parceiros comerciais e demais intervenientes nas “cadeias de actividade” (sob a forma de acção ou de omissão) para garantir o respeito pelos direitos fundamentais e pelo ambiente, e, por outro lado, as *consequências jurídicas* do correspondente inadimplemento¹⁷. Significa isto que,

¹⁷ Sobre a contratualização da sustentabilidade ambiental, e as implicações da exigência de sustentabilidade ambiental no plano da justiça intergeracional, v. CRISTINA PONCIBÒ, “The Contractualisation of Environmental Sustainability”, *European Review of Contract Law*, vol. 12, n.º 4, 2016, 335-355 – que discute se os parâmetros de sustentabilidade podem ser considerados como “implied terms” na contratação internacional entre empresas, e que analisa a hipótese de as partes acomodarem no contrato obrigações em matéria de sustentabilidade ambiental (através das “sustainability contractual clauses” – “SCCs”). O conceito de “ethical clauses” foi analisado por LUCINDA MILLER também na perspectiva dos



independentemente do futuro quadro normativo em matéria de dever de diligência empresarial, a auto-regulamentação assente no contrato pode assumir uma importância central na prevenção de uma ingerência prejudicial das empresas junto de terceiros, na sociedade em geral, e no ambiente, e para sancionar, em termos eficientes, o correspondente incumprimento contratual.

As novas exigências em matéria de sustentabilidade social e ambiental parecem sugerir uma “actualização” do conceito de contrato, perspectivado enquanto acordo de vontades, concluído e conformado pelos contraentes com respeito pelos “limites da lei” (cfr. artigo 405.º, n.º 1 do Código Civil – “C.C.”), e que produz efeitos, em regra, apenas em relação às partes (cfr. artigo 406.º, n.º 2 do C.C.).

A noção “renovada” do contrato celebrado por empresas vinculadas ao cumprimento do dever de diligência implica, assim, considerar, para além da dimensão relativa à *utilidade do vínculo na perspectiva dos contraentes* (o que pode ser traduzido pela referência ao acervo de interesses que pretendem satisfazer com o

contratos empresariais transnacionais e dos limites à liberdade contratual («“Ethical Clauses” in Global Value Chain Contracts; Exploring the Limits of Freedom of Contract”», in PAUL S. DAVIES / MAGDA RACZYNSKA (ED.), *Contents of Commercial Contracts. Terms Affecting Freedoms*, Hart Studies in Private Law, n.º 35, Hart, Oxford-New York, 2022, 163-190). A A. propõe a distinção entre as obrigações fundadas nas cláusulas éticas e as “core obligations” dos contratos empresariais, como as que regulam a entrega, preço, qualidade e quantidade do produto (ob. cit., 164).



contrato e através do apelo à ideia de “causa-função”¹⁸), também uma *dimensão social ou ambiental*, que integra o compromisso de respeito, efectivo e em concreto, pelos direitos fundamentais e pelo ambiente¹⁹. Caberia, assim, reconhecer ao *contrato celebrado pelas empresas visadas pelo “novo Direito da sustentabilidade”, uma “dupla dimensão”*:

- Por um lado, a “*dimensão interna*” (que convoca a análise dos interesses que as partes pretendem satisfazer através

¹⁸ Para o conceito de causa-função como elemento estruturante do negócio jurídico e como limite à autonomia privada, v. o nosso *A causa do negócio jurídico no Direito civil*, UCE, Lisboa, 2016, em especial, 89-ss. – onde se defende que o artigo 294.º do C.C. constitui o título normativo da autonomia conceptual da causa negocial, ao acolher a “dimensão funcional do negócio jurídico”, e que autoriza o juízo de invalidade de negócios celebrados “*com uma função contrária a uma disposição legal de carácter imperativo*”, portanto, o desvalor jurídico da “ilicitude do resultado” (ob. cit., 89 - itálico no texto original). Tal como sustentámos, a causa do negócio, perspectivada como a função correspondente a um dado negócio, “cristaliza o resultado prático prosseguido pela regulamentação de interesses num caso individual” – *A causa do negócio jurídico*, cit., 101. Na manualística da teoria geral do Direito civil, a causa é analisada, designadamente, por OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria Geral*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 152-172. Em Itália, muito recentemente, com a relação entre causa e racionalidade do contrato, v. RICCARDO FORNASARI, *Causa, meritevolezza e razionalità del contratto*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022.

¹⁹ Sobre o tema, v. CRISTINA PONCIBÒ, “The Contractualisation of Environmental Sustainability”, cit., 351-ss. – que analisa especificamente o problema no contexto de contratos empresariais internacionais e questiona os termos da compatibilidade entre a teoria tradicional dos contratos e as exigências de sustentabilidade (ob. cit., 354); e MILLER, «“Ethical Clauses” in Global Value Chain Contracts», cit., 165-ss. – que sustenta a especificidade das “ethical clauses” tendo por referência, nomeadamente, a natureza pública dos interesses que se pretende tutelar.



da celebração do contrato, tendo por referência, em especial, o interesse do credor, que deve ser digno de protecção legal – cfr. artigo 398.º, n.º 2 do C.C.²⁰);

- Por outro lado, uma “*dimensão externa*” (que respeita ao dever de tutelar os “interesses mediatos” quanto ao contrato, titulados por terceiros, pela sociedade em geral, e relacionados com o ambiente)²¹.

O “*futuro Direito da sustentabilidade*” convoca, assim, uma

²⁰ V. o nosso comentário ao artigo 398.º do Código Civil, in BRANDÃO PROENÇA (COORD.), “Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações /Das Obrigações em Geral”, UCE, Lisboa, 2018, 25-31 – com a defesa da ideia de que o parâmetro relativo à exigência de que a prestação estipulada pelas partes se justifique à luz do interesse do credor, digno de protecção legal, isto é, merecedor de tutela pelo Direito, constitui um condicionamento da juridicidade do vínculo obrigacional (ob. cit., 29). A exigência de juridicidade traduz-se, assim, na “necessidade de a função negocial que as partes pretenderam atuar com o negócio jurídico ser relevante para o Direito, numa perspetiva estritamente objetiva” (ob. cit., 31).

²¹ Com a defesa de uma “dimensão transindividual ou comunitária” das empresas, a respeito da análise sobre o princípio da função social dos contratos, previsto no artigo 421.º do Código Civil brasileiro, v. MARTINS-COSTA, “Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos”, *Revista de Direito GV*, vol. 2, N.º 1 (Maio de 2005), 41-66 (41) – que se refere a duas dimensões da relação contratual: (i) a *intersubjectiva* (que atende à relação entre as partes); e (ii) a *transsubjectiva* (que releva as consequências mediatas do vínculo obrigacional na esfera jurídica de terceiros, determinados ou indeterminados, ou em bens fundamentais da comunidade) – (ob. cit., 50). Com a referência à dialéctica “eu, o outro, o nós” assente no contrato, v. NELSON ROSEVALD / INÁCIO DIAS, “Recompondo a função social do contrato: é possível um sistema em que a menor minoria possua uma tutela efetiva?”, *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa*, 1-19 (5) – que aludem, bem assim, à equação indivíduo e sociedade (ob. cit., 10) e indivíduo e função social (ob. cit., 11).



releitura do princípio da autonomia privada e, em concreto, dos limites à liberdade contratual (cfr. artigo 405.º, n.º 1 do C.C.²²), ao fundamentar um *dever jurídico das empresas de recusarem a celebração de contratos manifestamente prejudiciais para terceiros, para a sociedade em geral, para o ambiente*²³.

Nesta perspectiva, a juridicidade do vínculo constituído por efeitos do contrato celebrado entre empresas pode, no futuro, ser sindicada se se alegar e demonstrar a correspondente “irracionalidade” em resultado da *interferência prejudicial significativa* junto de terceiros, da sociedade em geral, ou no ambiente, sem que se tenha ponderado uma alternativa

²² Sobre o artigo 405.º, com a proposta de leitura do enunciado gramatical “dentro dos limites da lei” em termos abrangentes, como sinónimo de Direito, incluindo a referência aos três parâmetros de juridicidade, a saber, a lei imperativa, a ordem pública e os bons costumes, v. o nosso comentário ao artigo 405.º, in BRANDÃO PROENÇA (COORD.), “Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações /Das Obrigações em Geral”, cit., 51-61 (54-55); e, já anteriormente, o nosso *A causa do negócio jurídico*, cit., 101-102 – com o apelo ao que se pode considerar o “núcleo intangível da ordem jurídica” (ob. cit., 102).

²³ No DCFR, no texto relativo aos “principles”, a respeito do princípio da liberdade contratual (“contractual freedom”), desenvolve-se a hipótese de “contracts harmful to third persons and society in general”, e admite-se que, mesmo tendo sido acordados livremente entre contraentes que actuam em termos paritários, os contratos possam vir a ser considerados inválidos porque ilegais ou contrários à ordem pública. Como se explicita: “A ground on which a contract may be invalidated, even though it was freely agreed between two equal parties, is that it (or more often the performance of the obligation under it) would have a seriously harmful effect on third persons or society. Thus contracts which are illegal or contrary to public policy in this sense are invalid” – DCFR, cit., 64-ss.



“racionalmente mais sustentável”²⁴. Reclama-se, nesta medida, uma *racionalidade objectivamente demonstrável* do contrato concluído, que passa a poder ser apreciado não apenas à luz da adequação ou da razoabilidade do vínculo inter-subjectivo (considerando a regulamentação de interesses acordada entre as partes e a “racionalidade económica” da operação), mas também relevando a sua projecção externa e, em concreto, a potencialidade de interferência prejudicial relevante na esfera jurídica de terceiros e no ambiente.

Evidencia-se, portanto, a *interdisciplinaridade do tema da sustentabilidade empresarial*, que convoca a relação entre o Direito privado (em particular, do Direito das empresas e do Direito dos contratos) e o Direito público (tendo por referência os direitos fundamentais, a protecção do ambiente, e o apelo a princípios constitucionais e a directrizes estratégicas, como a justiça, a solidariedade social, e a proporcionalidade)²⁵. Em particular,

²⁴ Nesta perspectiva, mesmo num cenário de ausência de normas legais imperativas, a invalidade poder-se-á sustentar na alegação de se ter concluído um contrato contrário à ordem pública, em razão do desrespeito pelas directrizes estratégicas relacionadas com a tutela dos direitos fundamentais e com a ordem de valores constitucional. No DCFR, sugestivamente, prevê-se que a invalidade do contrato seja a consequência de “infringement of fundamental principles or mandatory rules” – cfr. artigo II. – 7:101: “Scope”.

²⁵ O DCFR consagra, como “overriding principles”, designadamente, a protecção dos direitos humanos, a promoção da solidariedade e da responsabilidade social, a protecção e a promoção do bem-estar, a promoção do mercado interno. Para a relação entre princípios constitucionais e direitos fundamentais, v. ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos princípios. Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*, UCE, Lisboa, 2010, 237-ss. No Direito brasileiro, aludindo à directriz



adquire um renovado protagonismo o *parâmetro da “razoabilidade” dos contratos e das operações económicas*: os contraentes e as empresas devem priorizar condutas e investimentos consentâneos com uma distribuição adequada dos meios e recursos, minimizando a potencialidade de danos causados a terceiros, à sociedade em geral, e ao ambiente. A celebração de um contrato manifestamente prejudicial para terceiros, para sociedade em geral, e para o ambiente deve, pois, ser recusada pela empresa, que tem de privilegiar a constituição de relações comerciais *com respeito pela pauta valorativa relacionada com a tutela dos direitos humanos e o ambiente*.

4.2.2. A contratação responsável e a importância de “cláusulas éticas”

O “futuro Direito da sustentabilidade” não se esgota na imposição de limites à actuação empresarial. A existência de um negócio responsável e a prevenção de uma interferência prejudicial causada pela empresa junto de terceiros ou no ambiente pressupõem, também, *deveres positivos de conduta*, assentes e estruturados, designadamente, na colaboração recíproca e efectiva entre os intervenientes de uma operação económica ou relação

da “socialidade no Direito privado”, por via da referência à “função social do contrato”, consagrada no artigo 421.º do Código Civil brasileiro, v. MARTINS-COSTA, “Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos”, cit., 41 – que se refere à ligação da liberdade contratual com a “pólis” (ob. cit., 45), e precisa que a «liberdade contratual não existe “em si”, mas “para algo”» (loc. cit.).



comercial.

A preocupação com a tutela da acima referida “dimensão externa” ou dos interesses “mediatos” quanto ao contrato (os interesses sociais e ambientais estratégicos, titulados por sujeitos, pela sociedade em geral, ou relacionados com a protecção do ambiente) exige que se transcendam os clausulados puramente “estilísticos” e que se privilegiem modelos negociais comprometidos com a tutela dos direitos humanos, dos interesses legítimos das comunidades locais e grupos de pessoas vulneráveis, e com o ambiente. Nesta equação, parece ser insuficiente o modelo regulatório assente em “Códigos de Conduta”²⁶, que deve ser complementado e reforçado através da estipulação de “cláusulas éticas”, direccionadas para o respeito pelos direitos humanos e para a parametrização dos impactos ambientais do contrato ou da operação negocial²⁷.

A designação “cláusulas éticas” é sugestiva da natureza mista dos parâmetros ESG e as exigências de sustentabilidade, que, como se antecipou²⁸, se elevam como critérios regulatórios com um conteúdo marcadamente ético, e que pretendem orientar os

²⁶ A referência aos Códigos de Conduta consta, designadamente, dos artigos 5.º, n.º 1, alíneas b), c) e n.º 2, b); 7.º, n.º 2, b); 8.º, n.º 3, c), da versão alterada da Proposta de Directiva, na sequência da votação pelo Parlamento Europeu, no dia 1 de Junho de 2023.

²⁷ Com a proposta de designação “sustainability contractual clauses” (“SCCs”), v. CRISTINA PONCIBÒ, “The Contractualisation of Environmental Sustainability”, cit., 345-ss. Sobre o conceito e os traços identitários das “ethical clauses”, v. LUCINDA MILLER, «“Ethical Clauses” in Global Value Chain Contracts; Exploring the Limits of Freedom of Contract», cit., 166-177.

²⁸ Cfr. *supra*, 2.1.



comportamentos empresariais no sentido de um desenvolvimento sustentável, nos planos social e ambiental, fundamentando deveres de abstenção de conduta, mas também deveres positivos de conduta.

As cláusulas éticas têm a natureza de estipulações negociais, a negociar e definir *em linha com a dimensão da empresa, o modelo de negócio e o sector de actividade*. As referidas cláusulas devem ser estruturadas em termos lógicos e duais, isto é, com uma *previsão* (a descrição da hipótese de facto, ou seja, do comportamento a desenvolver, com a indicação das obrigações e das métricas a respeitar) e uma *estatuição* (as consequências aplicáveis no caso de não se verificar o comportamento exigido e/ou de não se atingir a meta definida).

Nesse sentido, por um lado, as “cláusulas éticas” devem definir, de modo claro e objectivo, os *parâmetros de sustentabilidade social e ambiental* que as partes se obrigam a cumprir, em execução do contrato ou da operação económica, e que podem incluir, entre outros aspectos, um catálogo de proibições de conduta (*v.g.*, a proibição de exploração de mão-de-obra, de recrutamento de mão-de-obra infantil, de emissões poluentes, de ingerir no bem-estar animal, de perturbar os ecossistemas), assim como deveres positivos de conduta (*v.g.*, a obrigação de promover auditorias periódicas durante a fase de execução contratual; a obrigação de respeitar as métricas fixadas em matéria de impacto ambiental).

Por outro lado, as “cláusulas éticas” devem clarificar as *consequências jurídicas do incumprimento*, em cada situação individual, dos parâmetros de sustentabilidade fixados. Entre elas, pode referir-se, designadamente:



- (a) *A recusa de institucionalização de parcerias comerciais ou de alargamento das relações existentes com empresas que não observem a mesma pauta valorativa em matéria de respeito pelos direitos humanos, pelos interesses legítimos de comunidades locais e grupos de pessoas vulneráveis, e pelo ambiente;*
- (b) *A suspensão do contrato celebrado com fundamento no desrespeito pelas regras e métricas fixadas na parceria comercial em execução, enquanto não se demonstrar a mitigação ou cessação dos efeitos prejudiciais causados pelo contraente, mas também na hipótese de não existir uma expectativa razoável de que as medidas referidas serão adoptadas em tempo útil;*
- (c) *A resolução “com justa causa” do contrato celebrado, considerando a inexigibilidade de manutenção do vínculo contratual nos termos originariamente concluídos, no caso de se demonstrar a prática reiterada pelo contraente de actos graves e danosos de direitos e interesses estratégicos de terceiros, da sociedade em geral e relacionados com a protecção do ambiente com desrespeito pelas regras e métricas fixadas, sem que haja uma expectativa razoável de virem a ser tomadas medidas adequadas de mitigação ou de cessação dos efeitos negativos causados;*
- (d) *A exclusão de responsabilidade civil pela cessação antecipada da vigência do contrato pela “parte fiel”.*

O papel do contrato está adequadamente evidenciado na Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência empresarial,



que releva, em vários artigos, a possibilidade de as empresas incluírem *cláusulas nos contratos a celebrar com os parceiros comerciais*: assim, designadamente²⁹:

- *Em primeiro lugar*, nos artigos 7.º, n.º 2, alínea b), e 8.º, n.º 5, parágrafo 2 – que aludem a disposições contratuais que devem ser “justas, razoáveis e não discriminatórias” –, e no artigo 8.º, n.º 3, alínea c) – que se refere a “disposições contratuais correspondentes razoáveis, não discriminatórias e equitativas com os seus parceiros”;
- *Em segundo lugar*, nos artigos 7.º, n.º 4, parágrafo 2, e 8.º, n.º 5, parágrafo 2, onde se manifesta a preocupação no sentido de a regulamentação no contrato não conduzir a um fenómeno de “transferência de responsabilidade” pelo cumprimento do dever de diligência nem determinar a exclusão de responsabilidade pelo seu incumprimento;
- *Em terceiro lugar*, no artigo 12.º (sob a epígrafe “Cláusulas contratuais-tipo”), que convoca uma relação directa com as medidas susceptíveis de serem implementadas pela empresa, ao abrigo dos artigos 7.º e 8.º da Proposta de Directiva, portanto, em sede de prevenção de efeitos negativos potenciais (cfr. artigo 7.º) e de cessação dos efeitos negativos reais (cfr. artigo 8.º).

Na redacção originária do artigo, de 23 de Fevereiro de 2022, previa-se: “A fim de prestar apoio às empresas para facilitar a seu

²⁹ Pondera-se o texto na versão aprovada na sequência da votação pelo Parlamento Europeu, em 1 de Junho de 2023.



cumprimento do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), e do artigo 8.º, n.º 3, alínea c), a Comissão deve adotar orientações sobre cláusulas contratuais-tipo”.

Na versão aprovada pelo Parlamento Europeu, em 1 de Junho de 2023, o texto proposto para o artigo 12.º foi substancialmente alterado, no sentido de precisar a *função das cláusulas contratuais* e as *consequências do incumprimento contratual*. Nestes termos, a redacção proposta, que se toma a liberdade de reproduzir, é agora a seguinte:

“A fim de prestar apoio às empresas para facilitar a seu cumprimento do artigo 7.º, n.º 2, alínea b), e do artigo 8.º, n.º 3, alínea c), a Comissão deve, em consulta com os Estados-Membros e as partes interessadas pertinentes, adotar orientações, adaptadas ao setor e à dimensão das empresas, sobre cláusulas contratuais-tipo, até à data de aplicação da presente diretiva. As referidas cláusulas contratuais-tipo devem, no mínimo, estipular o seguinte:

- a) A clara repartição de tarefas entre as duas partes contratantes no âmbito da cooperação contínua e o facto de que as cláusulas contratuais não podem resultar na transferência da responsabilidade pelo exercício do dever de diligência; e
- b) Que, sem prejuízo do disposto no artigo 7.º, n.º 5, e no artigo 8.º, n.º 6, em caso de violação das cláusulas contratuais, as empresas devem, em primeiro lugar, tomar medidas adequadas em conformidade com artigo 7.º, n.º 4, e o artigo 8.º, n.º 5, e devem evitar a rescisão



dessas cláusulas³⁰”.

Fica, por conseguinte, demonstrada a *importância estratégica, no “futuro Direito da sustentabilidade”, do contrato e de “cláusulas éticas”* que relevem, de modo adequado e em linha com o sector de actividade e o figurino da empresa, as preocupações com os impactos sociais e ambientais³¹.

³⁰ Cfr. a versão alterada do Considerando n.º 45 da Proposta de Directiva: “A fim de proporcionar às empresas instrumentos que as ajudem a cumprir as suas obrigações em matéria de dever de diligência ao longo da sua cadeia de valor, a Comissão, em consulta com os Estados-Membros e as partes interessadas pertinentes, deve fornecer orientações sobre cláusulas contratuais-tipo, que as empresas podem utilizar voluntariamente como instrumento para as ajudar a cumprir as obrigações previstas nos artigos 7.º e 8.º. Essas cláusulas contratuais devem estipular, no mínimo, uma clara repartição de tarefas entre as partes contratantes que se encontrem em contínua cooperação, não podendo resultar na transferência da responsabilidade pelo exercício do dever de diligência, e devem determinar que, em caso de violação dessas cláusulas, as empresas devem evitar a rescisão das mesmas, tomando previamente medidas adequadas em conformidade com os artigos 7.º e 8.º da presente directiva. As orientações devem ainda clarificar que a simples inclusão de garantias contratuais não pode, por si só, satisfazer as normas do dever de diligência previstas na presente directiva. Essas normas só podem ser satisfeitas se as obrigações em matéria de dever de diligência forem atribuídas a terceiros de uma forma diligente que garanta o cumprimento efetivo dessas obrigações e inclua medidas adequadas às circunstâncias, como o acompanhamento, a assistência financeira e não financeira e práticas responsáveis em matéria de aquisição”.

³¹ A importância de incluir cláusulas sobre o respeito pelos parâmetros de sustentabilidade social e ambiental evidencia-se, também, nos contratos públicos. O Código dos Contratos Públicos consagra duas normas relevantes, a este respeito: (i) o artigo 42.º, n.º 6: “Os aspetos da execução do contrato,



5. Reflexões finais – A empresa e o contrato “do futuro”

O futuro quadro regulatório em matéria de sustentabilidade social e ambiental coloca desafios qualificados às empresas e aos agentes económicos.

A empresa do “futuro” tem de cumprir a nova matriz valorativa em matéria de sustentabilidade social e ambiental. Para tal, é fundamental a superação de modelos negociais “irracionais” e de comportamentos empresariais não alinhados com as exigências de sustentabilidade, portanto, sem evidenciar ou reflectir, no processo de tomada de decisão empresarial, uma *preocupação efectiva com os interesses externos legítimos, titulados por terceiros ou relacionados com o ambiente*.

O respeito pelos novos parâmetros em matéria de sustentabilidade só é susceptível de ser alcançado com *medidas adequadas e concretas*, que transcendam a mera “declaração de

constantes das cláusulas do caderno de encargos, podem dizer respeito, desde que relacionados com tal execução, a condições de natureza social, ambiental, ou que se destinem a favorecer: (...) g) A promoção da sustentabilidade ambiental (...); (ii) o artigo 75.º: “1 - Os fatores e eventuais subfatores que densificam o critério de adjudicação e o critério de desempate devem estar ligados ao objeto do contrato a celebrar. 2 - Os fatores e os eventuais subfatores podem ser, em função dos objetivos e das necessidades da entidade adjudicante, designadamente os seguintes: (...) d) Sustentabilidade ambiental ou social do modo de execução do contrato, designadamente no que respeita ao tempo de transporte e de disponibilização do produto ou serviço, em especial no caso de produtos perecíveis, à denominação de origem ou indicação geográfica, no caso de produtos certificados, à eficiência energética, em especial no fornecimento de energia, e à utilização de produtos provenientes de produção em modo biológico (...).”



intenções”, assentes numa estratégia transparente, objectivamente demonstrável, e que permita mensurar o grau de cumprimento do dever de diligência³². A empresa tem, pois, de definir, implementar e monitorizar um “plano de sustentabilidade” adequado à sua fisionomia, e alinhado com o sector de actividade.

A sustentabilidade da empresa, a curto, a médio e a longo prazo, depende, em grande medida, da capacidade de antecipação e de identificação dos cenários adversos (reais ou potenciais) inerentes à sua actividade (directa ou mediata, através das “cadeias de actividade”). Portanto, a não definição, adopção e execução de um plano de sustentabilidade (social e ambiental) pela administração das empresas pode comprometer, em última análise, a própria sustentabilidade (financeira) da empresa.

A “nova racionalidade” da empresa (*socialmente comprometida e economicamente adequada*) reclama, por conseguinte, que se transcenda uma atitude exclusivamente centrada na maximização dos proveitos económicos, a curto prazo: as empresas devem integrar, ao lado da estimativa reditícia, a preocupação com o impacto social e ambiental da acção que se propõem desenvolver,

³² As informações transmitidas por uma empresa sobre um produto, serviço ou actividade que não sejam susceptíveis de demonstração objectiva podem fundamentar um caso de *greenwashing*. A manipulação dos elementos informativos (no caso de se divulgar apenas parte da informação relevante ou de se falsear a realidade) pode determinar que a aquisição de um bem ou a contratação de um serviço ocorra sem o esclarecimento necessário sobre as características do produto, do modelo de negócio ou do perfil da empresa. Frustrando-se a confiança do mercado, pode verificar-se uma alteração dos padrões de consumo e ficar comprometida, em consequência, a rentabilidade e a criação de valor, no futuro, pela empresa.



considerando a interferência (real ou previsível) nos direitos humanos, no bem-estar colectivo, nos interesses legítimos das comunidades locais, e relacionados com o meio ambiente.

No futuro, os principais desafios colocados às empresas são os seguintes:

- *Primeiro*, a mudança (efectiva) do processo e dos modelos de decisão: a empresa tem de adequar as condutas e práticas para assegurar que, a médio / longo prazo, vai ter um modelo de negócio sustentável e alinhado com as novas exigências sociais e ambientais;
- *Segundo*, e em termos instrumentais, a operacionalização do necessário “*twist*” comportamental, através da definição, implementação, monitorização e avaliação das metas e objectivos de sustentabilidade propostos.

O processo de transição para a empresa “do futuro” pressupõe, portanto:

- (a) A complexificação do juízo decisório;
- (b) A renovação dos modelos de crescimento económico da empresa;
- (c) O protagonismo do *Board* na transição para um modelo de negócio sustentável;
- (d) A intensidade do quadro relacional com accionistas e outros *stakeholders* susceptíveis de serem afectados pela actividade empresarial;
- (e) Um *purpose driven* diferenciado, comprometido



efectivamente com o respeito pelos direitos fundamentais e pelo ambiente.

Por outro lado, o debate em torno da sustentabilidade social e ambiental sugere a importância de se “renovar” a noção de contrato, por via da atendibilidade de *uma dupla dimensão*: a “interna” (relativa aos interesses das partes) e a “externa” (que tem por referência os interesses “mediatos” relativamente ao contrato, junto de terceiros e no ambiente).

Neste contexto, a *contratação responsável*, assente na estipulação de “cláusulas éticas”, pode desempenhar um papel decisivo, contribuindo para a transição para um modelo de negócio responsável e verdadeiramente sustentável, a curto, médio e longo prazo. As empresas devem, por isso, privilegiar a regulamentação, nos futuros contratos a celebrar no âmbito de parcerias comerciais, das obrigações em matéria de sustentabilidade no contrato, prevendo, em termos claros e sistematizados, os deveres positivos de conduta e as proibições de conduta, assim como as consequências jurídicas accionáveis em caso de inadimplemento contratual.

A importância estratégica dos novos parâmetros de sustentabilidade pode fundamentar, no limite:

- A não juridicidade de vínculos “irracionais” nos planos social e ambiental, tendo presente o impacto e a perturbação significativa junto de terceiros e no ambiente;
- A sindicância de decisões empresariais cristalizadas em contratos, considerando os efeitos negativos (potenciais



e reais) causados nas comunidades locais, nos direitos fundamentais e no ambiente;

- A suspensão ou cessação de relações comerciais em execução;
- A hierarquização de propostas contratuais (públicas e privadas) com base nos critérios de sustentabilidade.

Ana Filipa Morais Antunes



REVISTA DE DIREITO COMERCIAL

www.revistadedireitocomercial.com
2023-08-14