

Um novo conceito de “Empresa Sustentável”: Uma análise à problemática do Greenwashing no contexto europeu

***A new concept of “Sustainable Company”:
An analysis on the Greenwashing issue in the European context***

Inês Pena Barros

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4196-3001>

Resumo

Num mundo, cada vez mais, preocupado com as questões ambientais, as empresas procuram construir uma imagem que esteja alinhada com estas preocupações do mercado. Neste contexto, mecanismos, na sua maioria opcionais, são criados para legitimar o facto de que as empresas são socialmente responsáveis. Será que esses instrumentos comprovam efetivamente como as empresas agem? Ou serão apenas meios manipuláveis para que as empresas criem uma imagem socialmente responsável? Existirá uma preocupação efectiva por parte das empresas ou todas as alterações anunciadas não passam de “Greenwashing”? Como é que este problema de “Greenwashing” poderá ser resolvido? Talvez através de um novo conceito jurídico de “Empresa Sustentável” seja o caminho...

Palavras-chave: responsabilidade social corporativa; Greenwashign; Relatórios não financeiros; Sustentabilidade

Abstract

In a world concerned with environmental issues, companies are forced to try to build an image in line with these market concerns. In this context, mechanisms – most optional – are born to legitimize that companies are effectively socially responsible. But do these instruments really prove that companies are acting? Or are they just manipulable means for companies to create a socially responsible image? Is there effective concern on the part of companies or are all changes made by companies just Greenwashing? How can the Greenwashing problem be overcome? Perhaps a new legal concept of “Sustainable Company” is the way...

Keywords: Corporate Social Responsibility; Greenwashign; Non-financial Reports; Sustainability

1. Introdução

Num mundo que vive em torno das empresas e onde, cada vez mais, se têm preocupações ambientais, parece ser relevante analisar como podem estas duas áreas (empresas e ambiente) – tradicionalmente vistas como contraditórias – coexistir sem perdas para as partes envolvidas. Pretende-se, portanto, estudar questões relacionadas com a responsabilidade social nas empresas¹, particularmente, a problemática do *Greenwashing*² e como a evitar e /ou mitigar.

Assim, numa primeira fase, pretende-se analisar o paradigma atual e respetivas abordagens da responsabilidade social das empresas, seguindo-se o estudo do problema que emerge destas abordagens, isto é, o *Greenwashing*. Concluir-se-á o presente trabalho com uma proposta de solução através da qual se pretende mitigar algumas das consequências nocivas do *Greenwashing*, através do desenvolvimento de um conceito jurídico de “empresa sustentável”.

Esta definição de “empresa sustentável” será baseada em alguns critérios, que já existem no léxico do direito do ambiente e que podem ser “reciclados” para este novo propósito. Construído o conceito, as empresas teriam, cumulativamente, de cumprir todos estes critérios para que pudessem ser consideradas sustentáveis. Desta forma, seria mais difícil para uma empresa ter práticas contrárias à *Corporate Social Responsibility* (doravante referida apenas como CSR) e, ao mesmo tempo, ser considerada sustentável, por via da gestão de imagem, isto é, de *marketing* próprio no qual se autodenomina sustentável (*Greenwashing*).

Apesar de não se poder analisar, concretamente, todas as problemáticas emergentes do *Greenwashing*, bem como as críticas feitas aos critérios eleitos para construir a noção legal, tanto por motivos espaciais como temporais, não se deixa de mencionar que existem estas críticas.

2. Análise ao *Corporate Social Responsibility*

Ao longo do presente título, far-se-á uma análise ao paradigma atual de implementação de práticas de CSR, bem como às abordagens tomadas por organizações e associações internacionais de forma a incentivar a responsabilidade social nas empresas.

Deste estado da arte chegar-se-á à conclusão de que, apesar de todos os progressos que se têm feito até ao momento, um dos grandes problemas associados a muitos

¹ É de mencionar, que devido ao âmbito em que se desenvolveu esta investigação (de uma cadeira anual de Direito do Ambiente), esta centrar-se-á nas questões ambientais, embora o conceito de responsabilidade social englobe três dimensões: laboral, de direitos humanos e ambiental.

² A questão do *Greenwashing* e respetiva definição serão analisadas *infra* num ponto específico para este propósito.

dos incentivos concedidos às empresas, com base na crença de que o mercado /consumidores cada vez mais exigem produtos “verdes”, é o do *Greenwashing*. Encorajadas pela demanda dos consumidores e desencorajadas pelos custos imediatos que têm, muitas empresas têm “entrado” no mercado verde aplicando, aparentemente, práticas de responsabilidade social. Porém, em realidade, esta entrada no mercado verdade deve-se a feitos manipulados e exagerados no âmbito da CSR, isto é, a práticas de *Greenwashing*.

No presente *paper*, partindo deste ponto de situação atual, propõe-se uma forma de superação, ou pelo menos de atenuação, do problema do *Greenwashing*, que irá passar pela implementação de uma noção jurídica de “empresa sustentável”. Far-se-á uma sugestão de como esta nova conceção de “empresa sustentável” se poderia construir, através de alguns conceitos que já existem no âmbito do direito ambiental.

2.1. Considerações iniciais

Antes de se poder avançar para a análise, em concreto, do paradigma atual da CSR, é necessário estabelecer algumas considerações iniciais, tais como a definição de certos conceitos pertinentes para a compreensão do presente trabalho.

Muitos serão os conceitos introduzidos ao longo do texto, é, todavia, necessário esclarecer de forma prévia a definição de certas noções específicas que serão a base para as questões que irão ser analisadas nos títulos seguintes.

O primeiro desses conceitos é o de desenvolvimento sustentável, que é uma definição base e inerente a todas as questões que serão estudadas, pelo que é importante esclarecer a sua aceção. De acordo com a noção proposta por GRO HARLEM BRUNDTLAND e os seus colegas que constituíam a *World Commission on Environmental and Development* no relatório final desta mesma comissão denominado de *Our Common Future*³, o desenvolvimento sustentável será o “*development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*”, isto é, o desenvolvimento sustentável será aquele que supre as necessidades da atual geração, sem comprometer a capacidade das futuras gerações de fazerem o mesmo. No fundo, nesta noção proposta por GRO HARLEM BRUNDTLAND, tenta-se que se conciliem três dimensões: a económica, a social e a ambiental. No presente trabalho sempre que se mencionar, ainda que de forma subliminar, o desenvolvimento sustentável ter-se-á por base esta definição.

Outra noção que é pertinente definir e que é subjacente ao tema geral do presente trabalho, é a de responsabilidade social das empresas, ou CSR. Tal como o con-

³ BRUNDTLAND, Gro Harlem [et al.] – Our Common Future: Report of the World Commission on Environmental and Development. Disponível na internet: <http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#I> (acedido pela última vez a 15/07/2020)

ceito de desenvolvimento sustentável, também o de responsabilidade social é complexo e já foi definido por diversos autores e entidades de forma distinta. No presente trabalho, será tida em consideração a definição dada pela Comissão Europeia na Comunicação de 2011, 164 final da União Europeia (UE), na qual se acabou por estabelecer que, para a União Europeia, serão práticas de responsabilidade social “*as ações levadas a cabo pelas empresas para além das suas obrigações legais perante a sociedade e o ambiente*”⁴. Assim sendo, estando em causa a expressão “responsabilidade social das empresas”, ou, “CSR” ter-se-á por base esta definição apresentada pela Comissão Europeia.

Tendo estes dois conceitos sempre presentes, avançar-se-á para a análise do estado da arte em questões de CSR.

2.2. Paradigma atual

Ainda que o tema do presente trabalho seja, de forma concreta, mais ligado à temática do *Greenwashing* e como o evitar, a verdade é que para se entender a forma como este problema surge (e a fundamentação da solução proposta) é necessário compreender quais são as práticas e as abordagens utilizadas a nível global, europeu e mesmo nacional para incentivar as empresas a implementarem práticas de responsabilidade social.

2.2.1. Organizações

Quer seja a nível global quer seja a nível nacional, a forma de encorajar as empresas a implementar práticas de responsabilidade social, de forma a contribuírem para um desenvolvimento sustentável, é normalmente a mesma: a da ação voluntária⁵. Assim sendo, o que acaba por acontecer, é que as organizações internacionais (como a *World Business Council for Sustainable Development*⁶, a *UN Global Compact*⁷,

⁴ Livro Verde – O quadro da UE do governo das sociedades, Bruxelas, 5/4/2011 [COM (2011) 164 final], p. 4

⁵ Esta não é, todavia, a única abordagem possível. Várias são as jurisdições que dispõem de normas legais que exigem aos administradores das sociedades que, na prossecução do interesse social – normalmente a obtenção de lucros – devem atender, além dos interesses da sociedade e dos sócios, aos interesses de certos *stakeholders*. Neste âmbito, pode-se mencionar, a título de exemplo, a *Section 172 Companies Act 2006* e o artigo 64.º, n.º 1, alínea b) do Código das Sociedades Comerciais. Para maior desenvolvimento sobre a temática, cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Curso de Direito Comercial – Das Sociedades, p. 279-280 e 283, nota 675

⁶ <https://www.wbcsd.org/> (última vez acedido a: 15/07/2020)

⁷ <https://www.unglobalcompact.org/> (última vez acedido a: 15/07/2020)

a *Organisation for Economic Co-operation and Development*⁸ ou o *Global Reporting Initiative*⁹) e nacionais (como a Associação Portuguesa de Ética Empresarial¹⁰) não têm qualquer tipo de poder jurídico de vinculatividade; a empresa adere às organizações / associações por vontade própria.

Acontece por vezes, porém, que aderindo uma empresa a uma destas organizações terá de corresponder a certas exigências de forma a poder usufruir, em troca, de certas contrapartidas oferecidas pelas mesmas. Pegando no exemplo da *UN Global Compact* (que é talvez a organização mais conhecida presente neste grupo exemplificativo), qualquer empresa pode aderir a esta organização, não havendo qualquer tipo de obrigatoriedade em fazê-lo. Contudo, ao pertencer-lhe, a empresa aderente deve redigir anualmente um *Communication on Progress* (COP) que constitui, no seu essencial, um relatório de informação não financeira, no qual têm de informar a organização (e o público, já que estes relatórios são públicos) sobre a sua evolução no sentido de atingir os (10) princípios estabelecidos pela entidade. Caso a empresa falhe em cumprir esta obrigação pode mesmo ser expulsa da organização deixando assim de poder utilizar na gestão da sua imagem o logótipo da *Global Compact*¹¹, uma das *supra* mencionadas vantagens.

O último pormenor é particularmente relevante já que, de acordo com diversos autores e organizações, os consumidores, ainda que paguem mais, preferem adquirir um produto sustentável (e produzido de forma sustentável)¹². Com base nesta lógica, as organizações, como a *UN Global Compact*, têm conseguido encorajar empresas a implementar práticas de responsabilidade social invocando que ser sustentável, a longo prazo, dá mais lucro e é, por isso, “bom para o negócio”. De acordo com esta teoria e com estas organizações, qualquer empresa terá interesse (económico) em implementar práticas de CSR, já que os consumidores preferem adquirir produtos com essas características ou que sejam produzidos por empresas que implementem estas medidas. Assim sendo, ainda que inicialmente a responsabilidade social possa significar custos adicionais para empresa, a longo prazo, alegadamente, esta terá mais lucro porque implementou práticas de responsabilidade social, em conformidade com a exigência /preferência dos consumidores¹³.

⁸ <http://www.oecd.org/> (última vez acedido a: 15/07/2020)

⁹ <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx> (última vez acedido a: 15/07/2020)

¹⁰ <http://www.apee.pt/> (última vez acedido a: 15/07/2020)

¹¹ <https://www.unglobalcompact.org/participation/report/cop> (última vez acedido a: 15/07/2020)

¹² A título de exemplo ver, Livro Verde – Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas, Bruxelas, 18/7/2001 [COM (2001) 366 final], p. 8

¹³ Neste sentido, WILSON, Martha C. – A Critical Review of Environmental Sustainability Reporting in the Consumer Goods Industry: Greenwashing or Good Business, p. 1 e VOS, Jacob – Actions Speak Louder than Words: Greenwashing in Corporate America, p. 674 e 680

Na visão destas organizações o que, em princípio, acontece é que um consumidor estará mais tentado em adquirir um produto da empresa X do que da empresa Y, ainda que seja mais caro¹⁴, porque por via do logótipo (associado à organização, digamos a título exemplificativo, *UN Global Compact*), o consumidor sabe que a empresa X implementa práticas de responsabilidade social. Por ostentar o logótipo de uma iniciativa socialmente responsável de uma organização com grande legitimidade (como é, por exemplo, o caso da Nações Unidas com a *Global Compact*), a empresa pode atestar aos consumidores que implementa medidas sustentáveis e corresponde às exigências do mercado, obtendo assim mais lucro a longo prazo.

2.2.2. Prémios de Sustentabilidade

Outra forma de incentivos à implementação de medidas socialmente responsáveis nas empresas é a atribuição de prémios de sustentabilidade.

Partindo do mesmo princípio – que a teoria de obtenção de mais lucros a longo prazo existe e se aplica – certas associações e organizações criaram prémios de sustentabilidade, de forma a premiar as empresas que implementam práticas de CSR.

Com base em critérios próprios elaborados por cada uma destas associações, as empresas podem concorrer para ganharem o prémio de sustentabilidade e a consequente possibilidade de usar o logótipo do prémio, demonstrando o quão sustentáveis são. Na verdade, esta abordagem segue a mesma linha adotada pelas organizações que atribuem logótipos, como a *UN Global Compact* (exemplo utilizado acima).

Como se verá *infra*, esta abordagem está longe de ser perfeita e poder-se-á até, eventualmente, colocar questões de transparência e, portanto, de *Greenwashing*¹⁵, no que toca à questão da elaboração destes critérios.

2.2.3. Rótulos Ecológicos

Já foi mais do que estabelecido no presente trabalho que grande parte dos meios voluntários utilizados para incentivar as empresas a implementar práticas de responsabilidade social se baseiam numa suposição muito simples: entre dois produtos, um produzido por uma empresa sustentável e outro por uma empresa não sustentável, o consumidor escolherá adquirir o produto da empresa sustentável, ainda que isso signifique

¹⁴ Neste sentido, FEINSTEIN, Nick – Learning from Past Mistakes: Future Regulation to Prevent Greenwashing, p. 232

¹⁵ Este é um tema que será analisado de forma mais profunda no título 2.3. referente à questão do *Greenwashing*

pagar mais (ou pelo menos será nisso em que acreditam os apoiantes da implementação da CSR). Mas como pode saber um consumidor que aquele produto é sustentável e foi produzido de forma sustentável quando a empresa não está associada a nenhuma organização internacional ou a nenhum prêmio de sustentabilidade que a credibilize? Neste âmbito, foram criados os rótulos ecológicos.

Mais uma vez, também neste contexto, as associações criam certos logótipos para produtos que cumpram determinadas características (sejam elas inerentes ao próprio produto, à forma como é produzido ou às práticas implementadas na gestão empresarial) podendo exibi-los no rótulo de modo a que o consumidor os possa identificar como sustentáveis.

Apesar de todos os benefícios que poderá ter, já em 2001, a União Europeia tinha denotado a rápida proliferação de diversos rótulos ecológicos e sociais¹⁶ (tornando-se assim este sistema confuso para o consumidor) e referido que estes, eventualmente, podiam trazer problemas relacionados com o *Greenwashing*¹⁷.

2.2.4. Relatórios com informações não financeiras

E, por fim, a última forma que se apresenta nesta lista exemplificativa de abordagens de incentivo à implementação de práticas de responsabilidade social nas empresas, é a elaboração de relatórios de informação não financeira (ou relatórios de integração).

Este é um exemplo particularmente relevante já que, ao contrário de todos os outros até agora apresentados, os relatórios de informações não financeiras podem, nalguns casos específicos, surgir por via de uma exigência legal. Estes são relatórios que, tal como o nome indica, não pretendem esclarecer o público sobre informações financeiras (relatórios habituais para as empresas), mas sim sobre informações normalmente relacionadas com as questões ambientais e sociais da empresa¹⁸.

Os relatórios de informações não financeiras são a primeira abordagem em que se vê uma mudança do voluntário para o obrigatório. Isto porque, existe neste âmbito uma tradição de, em certas circunstâncias e em empresas com determinadas características, tornar obrigatório a elaboração destes relatórios.

¹⁶ Também neste sentido, BRADLEY, Timothy C. – Likelihood of Eco-Friendly Confusion: Greenwashing and the FTC Green Guides, p. 39

¹⁷ Livro Verde – [COM (2001) 366 final], p. 21-22. Este é um tema que será mais desenvolvido mais à frente no título relativo à questão do *Greenwashing* (ponto 2.3.)

¹⁸ Ed. SJÅFJELL, Beate; Ed. WIESBROCK, Anja – The Greening of European Business Under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously, p. 118

Na Europa, por via da Diretiva 2014/95/UE¹⁹, tornaram-se obrigatórios este tipo de relatórios não financeiros (sob um princípio de *comply or explain*²⁰⁻²¹) para algumas empresas específicas, que constituem um universo de cerca de 6 000 grandes empresas na Europa²². Não obstante ter uma forte relevância na Europa, esta técnica de incentivo à transparência nas empresas já tinha nascido antes, com o King III Code na África do Sul onde se passaram a exigir relatórios de integração para as empresas cotadas na Bolsa de Johannesburg (na África do Sul)²³.

Além destas situações em que é feita a exigência da elaboração dos relatórios não financeiros, existem, por um lado, iniciativas como o *Global Reporting Initiative*²⁴ ou a *International Integrated Reporting Framework*²⁵ que têm por missão estabelecer critérios universais para relatórios de sustentabilidade que as empresas poderão, ou não, adotar nos seus próprios relatórios. E, por outro lado, situações de que já se falou anteriormente como a exigência da elaboração do COP quando as empresas decidam aderir à *UN Global Compact*, por exemplo. Em ambos os casos, existe de certa forma uma não vinculatividade, já que nas primeiras as empresas poderão, ou não, seguir as *guidelines* estabelecidas por estas organizações; e, no segundo caso, as empresas só são obrigadas a escrever o relatório caso integrem a organização e só aderem à causa da organização caso queiram.

Apesar de esta ter sido uma técnica fortemente aclamada na temática da responsabilidade social, a verdade é que, assim como acontece com as abordagens mencionadas anteriormente, não está isenta de críticas²⁶ – tal como se explorará no ponto seguinte.

¹⁹ Diretiva 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2014 que altera a Diretiva 2013/34/EU no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos. Jornal Oficial da EU (15/11/2014), transposta para o ordenamento jurídico português por via do Decreto-Lei n.º 89/2017 de 28 de julho – Divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por grandes empresas e grupos

²⁰ Ver artigo 19-A da Diretiva 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2014 que altera a Diretiva 2013/34/EU no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos. Jornal Oficial da EU (15/11/2014)

²¹ O princípio de *comply or explain*, muitas vezes utilizado no âmbito europeu, é um meio termo entre a obrigatoriedade e a voluntariedade. *In casu*, perante a exigência feita com base neste princípio, uma empresa que seja abrangida pelo âmbito da diretiva tem de elaborar este relatório; caso não o faça, a empresa tem de justificar o motivo pelo qual não cumpriu com a exigência.

²² Ed. SJÅFJELL; Ed. WIESBROCK – *The Greening of European Business Under EU Law...*, p. 125

²³ Ed. SJÅFJELL; Ed. WIESBROCK – *The Greening of European Business Under EU Law...*, p. 118 e 126-127

²⁴ Ver <https://www.globalreporting.org/information/about-gri/Pages/default.aspx> (acedido pela última vez a: 15/07/2020)

²⁵ <http://integratedreporting.org/resource/international-ir-framework/> (acedido pela última vez a: 15/07/2020)

²⁶ Ed. SJÅFJELL; Ed. WIESBROCK – *The Greening of European Business Under EU Law...*, p. 139-141. No mesmo sentido, WILSON – *A Critical Review of Environmental Sustainability Reporting...*, p. 1 e 11-12

2.3. *Greenwashing*

Como se percebe das breves análises que se fez a alguns dos meios de incentivo à implementação de práticas de CSR, todas estas vias têm virtudes, mas também defeitos.

Tem de se ter em atenção, a título de exemplo, que existem tantos modelos de relatórios não financeiros (ou de sustentabilidade) que se torna impossível compará-los uns com os outros – falhando assim a *ratio* da existência dos mesmos. Ou, por exemplo, que nos prémios de sustentabilidade, os critérios são criados pelas próprias associações, o que pode levantar questões de transparência, já que estes critérios não são verificados por nenhuma entidade reguladora. Ou ainda que a existência de tantos sistemas de rótulos ecológicos (como já se mencionou), é mais uma fonte de confusão para o consumidor, do que um meio de esclarecimento para o mesmo.

Mas, mais concretamente, de todos exemplos que se deu, o grande defeito em comum que se encontra, é a possibilidade de a aplicação destes meios conduzir a práticas de *Greenwashing*²⁷. Mas o que significa, efetivamente, o *Greenwashing*?

A expressão surge pela primeira vez em 1986 quando o ambientalista JAY WESTERVELD²⁸, referindo-se a um sinal presente num hotel em que era hóspede, compara o comportamento das empresas que demonstram falsas preocupações ambientais de forma a ganhar lucros, com a práticas de *whitewashing* – isto é, ao ato de cobrir sujidade com tinta branca²⁹.

Por isso, no fundo, e com todas as evoluções que tem sofrido, o *Greenwashing* acaba por ser a prática de “*disinformation disseminated by an organization so as to present an environmentally responsible public image*”³⁰⁻³¹. Isto é, uma empresa recorre a práticas de *Greenwashing* quando, com o intuito de obter mais lucro, cria uma imagem (falsa) de que é uma empresa com preocupações ambientais, de forma a melhorar a sua imagem perante clientes e fornecedores.

Como se percebe da noção ainda agora apresentada, este é um conceito complexo, abstrato e de difícil concretização. Ainda assim, há quem tente explicá-lo de forma mais simples, de maneira a educar os consumidores tendo em vista que estes saibam identificar empresas e produtos que estejam a recorrer a este tipo de más práticas. A título de exemplo, uma organização (Terrachoice) escolheu fazê-lo através da criação

²⁷ Neste sentido, FEINSTEIN – Learning from Past Mistakes..., p. 233

²⁸ No mesmo sentido, LANE, Eric L. – Greenwashing 2.0, p. 280

²⁹ CHERRY, Miriam A. – The Law and Economics of Corporate Social Responsibility and Greenwashing, p. 284

³⁰ VOS – Actions Speak Louder than Words..., p. 673-674

³¹ No mesmo sentido, FEINSTEIN – Learning from Past Mistakes..., p. 229 e 233, CHERRY – The Law and Economics..., p. 282, DIFFENDERFER, Michelle E BAKER, Keri-Ann C. – Greenwashing: What Your Clients Should Avoid, p. 32, VOS – Actions Speak Louder than Words..., p. 673-674

de uma lista de “sins”³² – aumentada ao longo do tempo – que, de acordo com a Terra-choice, de uma forma ou de outra, conduzem a práticas de *Greenwashing*. A verdade é que por via desta lista de critérios (aos quais a organização atribui o nome de “sins”) e respetiva explicação – com exemplos – se torna mais intuitivo para o consumidor comum perceber o que significa e que práticas implica o *Greenwashing*³³ – e, consequentemente, o consumidor passa ele próprio a conseguir identificar produtos /empresas que recorrem a estas práticas³⁴.

Como se pode perceber do intuito dos “sins” de Terrachoice, e como é aliás referido por diversos autores³⁵, os consumidores e os investidores podem ser o segredo para incentivar as empresas a implementarem práticas de responsabilidade social, já que estes exigem isso mesmo às empresas. Apesar de a mentalidade, na atualidade, ter conduzido à criação de um mercado verde com a implementação de práticas de CSR, a verdade é que esta alteração de práticas significa, no imediato, um custo que muitas empresas não estão dispostas a ter, mesmo que tal significa mais lucro a longo prazo (já que irão entrar no mercado “verde” e angariar este tipo de clientes). Assim sendo, por via da utilização de táticas de *Greenwashing*, as empresas acabam por ter “o melhor dos dois mundos”³⁶.

Este ter “o melhor dos dois mundos” pode ser extremamente perigoso para o objetivo de integração da CSR no âmbito das empresas e até mesmo para o desenvolvimento sustentável. Seguindo uma lógica de dominó, para se atingir um desenvolvimento sustentável é necessário o envolvimento das empresas³⁷ e, neste momento, o incentivo que as empresas têm para integrar práticas de responsabilidade social (que conduzem ao desenvolvimento sustentável) é a expectativa de, a longo prazo, obterem maior lucro, por via da mentalidade dos consumidores (de preferem produtos ecológicos e sustentáveis). Ora, se as empresas para atraírem clientes preocupados com o meio ambiente (de forma a obter maior lucro) mentirem /omitirem, exagerarem ou fizerem afirmações sem provas, etc. (ou seja, caso recorram a práticas de *Greenwashing*) para que não tenham de ter custos a modificar as suas práticas para práticas verdadeiramente sustentáveis, os consumidores tornar-se-ão céticos e reticentes em adquirir produtos rotulados como ecológicos. Por conseguinte, a vantagem que as empresas que efetivamente modificaram o seu comportamento tinham, deixa de existir e até se torna contraproducente.

³² Em português, pecados.

³³ Neste sentido, CHERRY – The Law and Economics, p. 286

³⁴ Para mais desenvolvimentos ver: <http://sinsofgreenwashing.com/findings/the-seven-sins/index.html> (acedido pela última vez a: 15/07/2020) e o último relatório feito pela organização, TERRA-CHOICE, Seven Sins Report 2010 (2010); no mesmo sentido, BRADLEY – Likelihood of Eco-Friendly Confusion..., p. 39

³⁵ VOS – Actions Speak Louder than Words..., p. 687

³⁶ Neste mesmo sentido, FEINSTEIN – Learning from Past Mistakes..., p. 249 e VOS – Actions Speak Louder than Words..., p. 681

³⁷ Ed. SJÅFJELL; Ed. WIESBROCK – The Greening of European Business Under EU Law..., p. 97

Tal como referem BEATE SJÅFJELL e LINN ANKER-SØRENSEN (2013) no seu trabalho “*Boards of Directors in European Companies*”, “*Empirical studies indicate that social and environmental reporting generally are neither reliable nor relevant and indicate that the ‘ugliest’ companies tend to use the most make-up*”³⁸. *It is not rational for companies to report honestly and fully on their efforts to become environmentally and socially responsible when their competitors do not, as the companies complying fully with mandatory or voluntary reporting requirements then may come across as less responsible companies than their green-washing rivals*”³⁹.⁴⁰ Neste parágrafo – e ainda que aplicado especificamente aos relatórios não financeiros – as autoras conseguem descrever na perfeição o retrocesso que pode significar para o Direito do Ambiente (concretamente para aqueles que acreditam na CSR), o *Greenwashing*⁴¹; porque razão irá uma empresa fazer o esforço económico de efetivamente ser social e ambientalmente responsável, se pode atrair os consumidores “verdes” que iria conseguir através desse esforço recorrendo a práticas de *Greenwashing*?

E ainda que seja moralmente reprovável⁴², a verdade é que em termos jurídicos, o *Greenwashing* é uma questão muito mais complexa e que ainda está a dar os primeiros passos⁴³.

No essencial, os comportamentos eticamente reprováveis das empresas neste âmbito estão a ser mais monitorizados por blogs⁴⁴ e Organizações Não Governamentais (ONG) ambientalistas (como a referida Terrachoice) do que propriamente pela lei. Contudo, esta monitorização, por parte dos consumidores, torna-se complicada de fazer, quando a informação necessária está do lado da própria indústria que está a ser monitorizada⁴⁵ – o que resulta numa enorme falta de transparência. Mesmo assim, existem iniciativas que tentam fazer este trabalho de monitorização e ajudam os consumidores a ganharem competências de forma a que o possam fazer também eles próprios⁴⁶ – como já se viu.

Ainda que este controlo seja no seu essencial feito de forma não jurídica pelas vias que ainda agora se mencionaram, não significa isto que não existam meios jurídicos para o fazer. A verdade é que existem instrumentos jurídicos, como *Green Guides*⁴⁷

³⁸ Neste mesmo sentido, VOS – *Actions Speak Louder than Words...*, p. 685

³⁹ Ed. BIRKMOSE, Hanne; Ed. NEVILLE, Mette; Ed. SØRENSEN, Karsten Engsis – *Boards of Directors in European Companies: Reshaping and Harmonising Their Organisation and Duties*, p. 40

⁴⁰ Sobre como o pode fazer ver, WILSON – *A Critical Review of Environmental Sustainability Reporting...*

⁴¹ No mesmo sentido, FEINSTEIN – *Learning from Past Mistakes...*, p. 235

⁴² VOS – *Actions Speak Louder than Words...*, p. 695

⁴³ Neste sentido, CHERRY – *The Law and Economics*, p. 284

⁴⁴ DIFFENDERFER; E BAKER – *Greenwashing...*, p. 46

⁴⁵ VOS – *Actions Speak Louder than Words...*, p. 683

⁴⁶ Neste sentido, FEINSTEIN – *Learning from Past Mistakes...*, p. 235 e 250

⁴⁷ Sobre as *Green Guides* ver, BRADLEY – *Likelihood of Eco-Friendly Confusion...*

nos EUA⁴⁸, que acabam por ter pouca força jurídica, já que não são de fácil implementação⁴⁹. Perante casos de empresas que façam afirmações ambientais sem qualquer tipo de provas⁵⁰, como fez a *Mobil Corporation*⁵¹ por exemplo, os consumidores acabam por apenas ter uma série de instrumentos jurídicos dispersos de proteção ao consumidor que nem estão especialmente pensados para este problema (para além das *Green Guides*).

No fundo, o que se acaba por concluir é que estas práticas de *Greenwashing* irão, a longo prazo, acabar por “minar” um dos maiores incentivos que existem hoje de implementação de práticas de responsabilidade social: os consumidores⁵². Havendo tantas empresas a recorrer a táticas de *Greenwashing*, e tão poucas formas de o ultrapassar, mitigar e /ou punir, os consumidores irão acabar por tornar céticos de alegações “verdes”⁵³ feitas por empresas e deixarão de comprar produtos ecológicos, perdendo-se, portanto, o benefício económico da implementação de práticas de CSR⁵⁴. E ainda que os “*whatchdogs*”, de que a Terrachoice é exemplo, tenham um papel fundamental tanto a desmascarar empresas que recorrem a *Greenwashing*, como a educar os consumidores de forma a eles próprios perceberem que empresas o fazem, a verdade é que esta não é uma boa solução permanente para o problema⁵⁵.

2.4. Um novo conceito jurídico: “Empresa Sustentável”

No seguimento dos problemas levantados no ponto anterior, a questão que importa, neste momento colocar é: como podem empresas como a BP ou a Volkswagen serem consideradas empresas sustentáveis e recomendadas por ambientalistas quando têm práticas que não são – claramente – socialmente responsáveis?⁵⁶ Como pode uma “empresa sustentável” ser responsável por um desastre como o “*Deepwater Horizon*”?⁵⁷ Ou como pode ser uma “empresa sustentável” e estar na origem de um escândalo como o “*Dieseltgate*”?

⁴⁸ Para desenvolvimentos sobre o exemplo dinamarquês destas *guidelines*, ver EKSTRAND, Susie e NILSSON, Kristine Lilholt – Greenwashing? European Food and Feed Law Review

⁴⁹ FEINSTEIN – Learning from Past Mistakes..., p. 229

⁵⁰ Que é, aliás, um dos *sins* apontados pela Terrachoice na sua lista.

⁵¹ FEINSTEIN – Learning from Past Mistakes..., p. 230

⁵² Neste sentido, CHERRY – The Law and Economics..., p. 282, 299 e 302

⁵³ De acordo com DIFFENDERFER; E BAKER – Greenwashing..., p. 32, este ceticismo já existe.

⁵⁴ Neste sentido, FEINSTEIN – Learning from Past Mistakes..., p. 249; e ainda CHERRY – The Law and Economics..., p. 283 e 289

⁵⁵ Neste sentido, FEINSTEIN – Learning from Past Mistakes..., p. 250

⁵⁶ Não sendo estas as únicas empresas com escândalos relacionados com *Greenwashing*, serão talvez as empresas com os escândalos mais conhecidos neste âmbito e daí serem mencionados.

⁵⁷ Para mais desenvolvimentos sobre este tema ver, CHERRY – The Law and Economics..., p.295-296 e CHERRY, Miriam A. e SNEIRSON Judd F. – Beyond Profit: Rethinking Corporate Social Responsibility and Greenwashing after the BP Oil Disaster

É, claramente, um contrassenso que estas duas empresas tenham sido, durante anos, empresas com uma imagem ambiental imaculada e até premiadas pelas suas práticas de sustentabilidade. O que nos leva à verdadeira questão em causa: o que é uma empresa sustentável? Quais são os critérios que uma empresa tem de cumprir de forma a poder ser considerada sustentável? Ainda que possa parecer uma questão irrelevante, a verdade é que não é. E não é, dado que perante a (falta de) definição do que é uma empresa sustentável, o estabelecimento dos critérios necessários para classificar uma empresa como sustentável é deixado a associações e organizações, algumas delas sem qualquer tipo de creditação.

Assim sendo, e perante esta dicotomia, no presente estudo pretende-se apresentar uma proposta de solução para este problema (ou pelo menos a este contrassenso) propondo a construção de um critério jurídico de “empresa sustentável” que terá por base uma série de conceitos que já existem, hoje, no Direito do Ambiente.

2.4.1. *Análise de Critérios*

Perante o paradigma atual e as abordagens utilizadas que conduzem à implementação de práticas de *Greenwashing*, propõe-se construir um conceito jurídico de “empresa sustentável” que terá por base critérios que, de forma não taxativa, poderão dar origem a uma noção do conceito.

Nos próximos subtítulos far-se-á, então, uma análise a alguns conceitos específicos que já existem no direito, nomeadamente no direito ambiental, e podem de uma maneira ou de outra contribuir para a construção de um conceito jurídico de “empresa sustentável” que será ele próprio mobilizado para tentar ultrapassar, ou pelo menos mitigar, as consequências causadas pelo *Greenwashing* no desenvolvimento sustentável.

2.4.1.1. *Critério da Adicionalidade*

O primeiro critério que se propõe que se tenha em consideração é o critério da adicionalidade, introduzido no direito ambiental pelo Protocolo de Quioto (1997).

O hoje ultrapassado Protocolo de Quioto (pelo Tratado de Paris), surgiu em 1997 na sequência da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas assinada na ECO 92 [1992]⁵⁸⁻⁵⁹, como resposta à preocupação levantada pelas alterações climáticas. Num ambiente em que surgiam cada vez mais questões relacionadas com as

⁵⁸ O objetivo desta Convenção seria o de “estabilizar as concentrações de gases com efeito de estufa a um nível que a um nível evite a interferência antropogénica perigosa com o sistema climático” – artigo 2.º da convenção.

⁵⁹ Para mais informações, ver AGÊNCIA PORTUGUESA DO AMBIENTE – Conferência da ONU sobre Ambiente e Desenvolvimento < <https://apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=81&sub2ref=119&>

emissões de gases com efeito de estufa e, consequentes, alterações climáticas, surgiu a necessidade de se encontrarem soluções inovadoras para este (novo) problema⁶⁰. Assim, através do Protocolo de Quioto, tentou-se dar resposta a esta questão implementando-se três mecanismos inovadores e que prometiam incentivar as empresas a envolver-se na solução deste problema.

Nascem assim o “mecanismo de comércio internacional de emissões”, o “mecanismo de implementação conjunta” e o “mecanismo de desenvolvimento limpo”. O mais curioso deles todos, até porque que envolve investimento privado⁶¹, é o último referido e é no contexto deste mesmo que surge o critério da adicionalidade (critério em causa).

De forma a que se compreenda verdadeiramente o que significa e o que implica o critério da adicionalidade impõe-se uma breve explicação do que é o mecanismo de desenvolvimento limpo e em que contexto surge o critério da adicionalidade.

Este mecanismo tem por objetivo o envolvimento dos países em desenvolvimento (e que, portanto, não têm metas a cumprir ao nível de emissões pelo protocolo de Quioto) na diminuição das emissões globais e, consequentemente, no desenvolvimento sustentável⁶². Pretende este envolvimento estimular a criação de projetos entre países em desenvolvimento e os do anexo I⁶³, entre os quais existe uma troca entre quotas de emissão e tecnologia sustentável⁶⁴; no âmbito destes projetos, os países desenvolvidos constroem projetos nos países não-anexo I com recurso a tecnologia sustentável à qual de outra forma o país em desenvolvimento não teria acesso⁶⁵ e, em troca, os países anexo I têm acesso a mais quotas de emissões.

Estes projetos são, contudo, sujeitos a rigorosos critérios de validação⁶⁶, enquanto projetos MDL (de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo), de forma a obterem as respetivas quotas de CO_{2eq}⁶⁷. Para que seja considerado como projeto MDL tem

[sub3ref=494>](#) (acedido pela última vez a: 15/07/2020) e ainda <https://unfccc.int/> (acedido pela última vez a: 15/07/2020)

⁶⁰ HALVORSSSEN, Anita M. – The Kyoto Protocol and Developing Countries – The Clean Development Mechanism, p. 353, relativamente ao mecanismo de desenvolvimento limpo

⁶¹ BANCAL, Jean-Charles e KALFON, Julia – The Institutional and Contractual Instruments of Kyoto’s Clean Development Mechanism, p. 665

⁶² WILDER, Martijn e CURNOW Paul – The Clean Development Mechanism, p. 579; no mesmo sentido, NGUYEN, Nhan T. [et al.] – Improving the Clean Development Mechanism Post-2012: A Developing Country Perspective, p.77; GENCHLIK, Mei – Making Transfer of Clean Technology Work: Lessons of the Clean Development Mechanism, p. 229; BANCAL e KALFON – The Institutional and Contractual Instruments..., p. 668; HALVORSSSEN – The Kyoto Protocol and Developing Countries..., p. 355 e 364

⁶³ Os países do anexo I são países desenvolvidos

⁶⁴ NGUYEN, [et al.] – Improving the Clean Development Mechanism Post-2012..., p. 76

⁶⁵ WILDER e CURNOW – The Clean Development Mechanism, p. 579

⁶⁶ Sobre o que envolve a validação, BANCAL e KALFON – The Institutional and Contractual Instruments..., p. 675

⁶⁷ BANCAL e KALFON – The Institutional and Contractual Instruments..., p. 672

de ser promovido por ambos os países (desenvolvidos e em desenvolvimento); tem de, efetivamente, resultar numa redução de emissões no país em desenvolvimento; e por fim têm de ser cumpridos os critérios de participação pública, impacte ambiental e adicionalidade⁶⁸. É este último que será relevante para a constituição de um mínimo no nosso conceito de “empresa sustentável”.

No seu essencial, o critério da adicionalidade é a exigência, verificada caso a caso⁶⁹, de uma comprovada redução nas emissões atuais dos países em desenvolvimento adicional àquela que seria natural na ausência deste projeto⁷⁰. Caso não existisse a exigência da adicionalidade o que acabaria por acontecer é que, em termos globais, as emissões aumentariam e estar-se-ia a agir contra o objetivo geral do desenvolvimento sustentável⁷¹ e do próprio objetivo do Protocolo de Quioto.

Apesar das intenções inerentes ao critério da adicionalidade, a verdade é que este não está isento de críticas; aliás, alguns autores questionam a eficácia deste mecanismo na redução das emissões afirmando que, na verdade, apenas se acabam por aumentar as emissões num local distinto⁷²; outros referem as preocupações demonstradas por parte dos *stakeholders* com a falta de concretização do critério⁷³; ou ainda o rigor que é exigido quando é feita a avaliação, caso a caso, do cumprimento do requisito da adicionalidade⁷⁴.

As críticas apresentadas ao mecanismo da adicionalidade até podem ter razão de ser e poder ter sido este uma tentativa falhada por parte do Protocolo de Quioto – não nos cabe analisar isto de momento –, todavia não é a eficiência do critério que se pretende analisar, mas sim o critério em si.

⁶⁸ Contextualização relativamente ao Protocolo de Quioto e ao Mecanismo de Desenvolvimento Limpo feita com base nas informações fornecidas pela Agência Portuguesa do Ambiente (APA), disponíveis em: AGÊNCIA PORTUGUESA DO AMBIENTE – Protocolo de Quioto, disponível na internet: < <https://www.apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=81&sub2ref=119&sub3ref=500> > (acedido pela última vez a: 15/07/2020)

⁶⁹ GENCHLIK – Making Transfer of Clean Technology Work..., p. 258

⁷⁰ AGÊNCIA PORTUGUESA DO AMBIENTE – Protocolo de Quioto, disponível na internet: < <https://www.apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=81&sub2ref=119&sub3ref=500> > (acedido pela última vez a: 15/07/2020). No mesmo sentido, WILDER e CURNOW – The Clean Development Mechanism, p. 579; WERKSMAN, Jacob – The Clean Development Mechanism: Unwrapping the Kyoto Surprise, p. 154; GENCHLIK – Making Transfer of Clean Technology Work..., p. 255; SCHATZ, Andrew – Discounting the Clean Development Mechanism, p. 709; WEBER, Rolf H. e DERBELLAY, Aline – Regulation and Financial Intermediation in the Kyoto Protocol’s Clean Development Mechanism, p. 273 e 281-282; e ainda HALVORSEN – The Kyoto Protocol and Developing Countries, p. 366

⁷¹ WERKSMAN – The Clean Development Mechanism, p. 155; WEBER e DERBELLAY – Regulation and Financial Intermediation, p. 273 e 281-282; BANCAL e KALFON – The Institutional and Contractual Instruments, p. 676-677;

⁷² NGUYEN [et al.] – Improving the Clean Development Mechanism Post-2012, p. 78; com a mesma crítica SCHATZ – Discounting the Clean Development Mechanism, p. 704 e 723

⁷³ Para mais desenvolvimentos sobre esta temática, ver GENCHLIK – Making Transfer of Clean Technology Work..., p. 258

⁷⁴ O autor desenvolve esta problemática em GENCHLIK – Making Transfer of Clean Technology Work..., p. 282

Para a construção da noção de “empresa sustentável” a definição que interessa é a presente na alínea c), do número 5 do artigo 12.º do Protocolo, isto é, “*reductions in emissions that are additional to any that would occur in the absence of the certified project activity*”⁷⁵.

Aplicando, portanto, esta definição como mínimo exigível à noção de “empresa sustentável”, uma empresa para ser reconhecida como sustentável tem de ter uma contribuição adicional para o desenvolvimento sustentável, que não ocorreria na ausência da implementação das práticas de responsabilidade social por parte da empresa.

2.4.1.2. Best Available Technology /Technique (BAT)

O critério seguinte que se propõe, envolve o conceito de “*Best Available Technology /Technique (BAT)*” presente, na União Europeia, na Diretiva 2010/75/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição) – DEI⁷⁶ e, nos EUA, no *Clean Water Act (CWA)*⁷⁷. Este é um critério que permite que se acompanhe a evolução em termos tecnológicos⁷⁸ e se utilize a mesma [a tecnologia] em proveito da proteção ambiental.

Na Europa, a noção de *Best Available Techniques* (em português, “Melhores Técnicas Disponíveis” – MTDs) tem por objetivo estabelecer um máximo de emissões admissíveis à empresa, ou seja, medindo as emissões feitas pela MTDs, o teto máximo de emissões estabelecido para efeitos de licenciamento da empresa será esse⁷⁹ – a menos que a aplicação desses valores signifique “*custos desproporcionadamente elevados relativamente aos benefícios ambientais recolhidos*”⁸⁰. Apesar desta exceção

⁷⁵ Artigo 12.º, n.º5, alínea c), KYOTO PROTOCOL TO THE UNITED NATIONS: Framework Convention on Climate Change

⁷⁶ DIRETIVA 2010/75/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição) – DEI. Jornal Oficial da União Europeia (2010/11/24)

⁷⁷ FEDERAL WATER POLLUTION CONTROL ACT, as amended through P.L. 107-303, November 27, 2002

⁷⁸ BUSH, Brittan J. – Addressing the Regulatory Collapse behind the Deepwater Horizon Oil Spill: Implementing a Best Available Technology Regulatory Regime for Deepwater Oil Exploration Safety and Clean up Technology, p. 549-550

⁷⁹ Considerando 13, 15 da DIRETIVA 2010/75/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição). Jornal Oficial da União Europeia (2010/11/24); neste sentido, LANGE, Bettina – Searching for the Best Available Techniques – Open and Closed Norms in the Implementation of the EU Directive on Integrated Pollution Prevention and Control, p. 77

⁸⁰ Considerando 16 da DIRETIVA 2010/75/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição). Jornal Oficial da União Europeia (2010/11/24)

económica, deve-se alcançar um elevado nível de proteção ambiental não devendo ser causada uma poluição significativa⁸¹.

Neste diploma relativo às MTDs define-se MTDs como sendo “a fase de desenvolvimento mais eficaz e avançada das atividades e dos seus modos de exploração, que demonstre a aptidão prática de técnicas específicas para constituírem a base dos valores-limite de emissão e de outras condições do licenciamento com vista a evitar e, quando tal não seja possível, a reduzir as emissões e o impacto no ambiente no seu todo”⁸², sendo considerada a melhor técnica a que for mais eficaz em alcançar um elevado nível de proteção ambiental em geral⁸³.

No CWA, a exigência que se faz é a da implementação de um padrão *de Best Available Technology* (BAT) em medidas de controlo e práticas, como por exemplo nos métodos de operação⁸⁴, o que significa utilizar nestes casos a tecnologia mais eficiente que existe no mercado⁸⁵. Tal como afirma THOMAS A. CINTI em “*The Regulator’s Dilemma: Should Best Available Technology or Cost Benefit Analysis Be Used to Determine the Applicable Hazardous Waste Treatment, Storage, and Disposal Technology*”, no mínimo, o *standard* do BAT exige que se utilize as técnicas mais evoluídas e disponíveis na indústria; e no máximo que se utilize tecnologias em fase piloto⁸⁶.

Da mesma forma que acontece na Europa, também o CWA prevê exceções económicas⁸⁷.

Tal como seria de esperar, esta abordagem tecnológica tem críticos e falhas apresentadas pelos mesmos⁸⁸.

Transpondo estas duas semelhantes definições para o âmbito da noção de “empresa sustentável”, o que isto significaria é que uma empresa considerada sustentável teria obrigatoriamente de utilizar as MTDs aplicáveis à indústria em causa. Não

⁸¹ Considerando 16 da DIRETIVA 2010/75/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição). Jornal Oficial da União Europeia (2010/11/24)

⁸² Ponto 10 do artigo 3.º da DIRETIVA 2010/75/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição). Jornal Oficial da União Europeia (2010/11/24)

⁸³ Alínea c) do ponto 10 do artigo 3.º da DIRETIVA 2010/75/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição). Jornal Oficial da União Europeia (2010/11/24)

⁸⁴ BUSH – Addressing the Regulatory Collapse behind the Deepwater Horizon Oil Spill..., p. 550; no mesmo sentido, CINTI, Thomas A. – The Regulator’s Dilemma: Should Best Available Technology or Cost Benefit Analysis Be Used to Determine the Applicable Hazardous Waste Treatment, Storage, and Disposal Technology. Rutgers Computer & Technology Law Journal, vol. 16, no. 1 (1990), p. 147

⁸⁵ CINTI – The Regulator’s Dilemma..., p. 163

⁸⁶ CINTI – The Regulator’s Dilemma..., p. 153-154

⁸⁷ BUSH – Addressing the Regulatory Collapse behind the Deepwater Horizon Oil Spill..., p. 552

⁸⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre os críticos ver BUSH – Addressing the Regulatory Collapse behind the Deepwater Horizon Oil Spill, p. 550

pode acontecer, como aconteceu no caso da BP⁸⁹, existir uma empresa considerada sustentável que não utilize a tecnologia e a técnica de ponta. Para que seja uma empresa dita sustentável de acordo com a proposta, como forma a obter um elevado nível de proteção ambiental capaz de evitar ou mitigar acidentes do tipo do “*Deepwater Horizon*”, esta deve implementar as MTDs aplicáveis à sua atividade industrial.

2.4.1.3. Orientações Relativas a Auxílios Estatais à Proteção Ambiental e à Energia

O último critério que se propõe analisar de forma a integrar a construção da definição legal de “empresa sustentável” não é um critério singular como se analisou nos subtítulos anteriores. Neste caso, atender-se-á às orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia.

É reconhecido tanto pela União Europeia – daí a existência destas orientações – como por outros autores⁹⁰ que um dos incentivos que se poderá conceder a uma empresa de forma a que implemente na sua estrutura práticas de responsabilidade social é dos chamados impostos “verdes” – fiscalidade verde. É necessário, contudo, ter em atenção que Portugal se enquadra numa organização interestatal como a União Europeia, ao nível da qual se estabelece uma política comum de concorrência, nomeadamente no que toca a auxílios de estado.

De acordo com o artigo 107.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (futuramente referido como TFUE) estes são, *a priori*, proibidos sendo concedidas ou exceções diretas (n.º 2) ou exceções por via de uma avaliação da Comissão (n.º 3). Significa isto que, em primeira instância, os auxílios de Estado são proibidos podendo ser aceites, todavia, caso se enquadre numa das situações do n.º 2 ou se a Comissão, após uma avaliação, afirmar que aquele auxílio é compatível com a política de concorrência da União Europeia⁹¹.

Esta breve introdução é relevante já que os auxílios verdes de que se falou não enquadram um dos casos previstos pelo n.º 2, o que significa que ficam sujeitos à análise da Comissão. Neste contexto, surgem as orientações em análise no presente no subtítulo.

⁸⁹ Para mais desenvolvimento relativamente a este caso concreto ver, BUSH – Addressing the Regulatory Collapse behind the Deepwater Horizon Oil Spill...

⁹⁰ Neste sentido, Ed. SJÅFJELL; Ed. WIESBROCK – The Greening of European Business Under EU Law..., p. 93-95 e E3G, The Role of State Aid in Creating a Green Economy, p. 5

⁹¹ Para mais desenvolvimentos sobre os auxílios de Estado e como funciona ver, E3G, The Role of State Aid, p. 12 e 14-15; COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO: Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 (2014/C 200/01). Jornal Oficial da União Europeia (2014/06/28), p. 2

Com base nas orientações em causa, será um auxílio de estado compatível com as políticas de concorrência da União Europeia quando *“permitir[em] contribuir mais para alcançar os objetivos da União em matéria de ambiente ou energia sem afetarem negativamente as condições das trocas comerciais numa medida contrária ao interesse comum”*⁹². Significa isto que é aceitável o auxílio de estado quando este contribua para atingir o objetivo ambiental da União Europeia – presente no artigo 3.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia (TUE). Ora, verdadeiramente, o que irá interessar para a definição que se propõe é analisar alguns dos conceitos, através dos quais, a Comissão Europeia ao analisar as propostas de auxílios, poderá determinar que a empresa irá avançar no sentido da sua sustentabilidade ambiental, bem como na proteção e melhoria da qualidade do ambiente.

Existem duas noções, presentes neste documento, que se crê serem particularmente relevantes que são a de “proteção ambiental” e a de “ecoinovação”.

Assim, define-se como sendo uma medida orientada para a proteção ambiental *“qualquer medida destinada a sanar ou impedir danos ao meio físico ou aos recursos naturais, provocados pelas próprias atividades do beneficiário, a reduzir o risco desses danos ou a permitir uma utilização mais racional dos recursos naturais, incluindo medidas de poupança de energia e a utilização de fontes de energia renováveis”*⁹³. Neste sentido, e partindo da presente noção, uma empresa que tenha preocupações ambientais (nomeadamente de proteção ambiental) terá medidas que incentivem a prevenção de danos ambientais e, quando estes ocorram, de sanção dos mesmos, bem como uma estratégia de utilização racional dos recursos naturais; no fundo, tem de ter um plano de proteção ambiental no qual prevejam a gestão eficiente dos recursos naturais e medidas que previnam danos ambientais.

Por outro lado, ecoinovação define-se como *“todos os tipos de atividades inovadoras que conduzam ou visem uma melhoria significativa a nível de proteção ambiental, incluindo novos processos de produção, novos produtos ou serviços, bem como novos métodos de gestão e modelos empresariais, cuja utilização ou aplicação seja suscetível de suprir ou reduzir substancialmente os riscos para o ambiente, a poluição e outros efeitos negativos que advêm da utilização dos recursos, durante todo o ciclo de vida das atividades conexas”*⁹⁴. Essencialmente, pretende-se com esta noção que a empresa não se contente com as melhores tecnologias/técnicas do mercado e fique conformada com as melhores tecnologias /técnicas; uma verdadeira empresa sustentável terá de procurar

⁹² COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO: Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 (2014/C 200/01). Jornal Oficial da União Europeia (2014/06/28), p. 11

⁹³ COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO: Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 (2014/C 200/01). Jornal Oficial da União Europeia (2014/06/28), p. 5

⁹⁴ COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO: Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 (2014/C 200/01). Jornal Oficial da União Europeia (2014/06/28), p. 6

sempre inovar as suas técnicas, métodos, tecnologias, etc. de forma a melhorar a proteção e a qualidade do ambiente.

Assim sendo, na nossa conceção de “empresa sustentável” não só a empresa tem de ter um plano estratégico de proteção ambiental – ao qual depois se acrescentarão medidas que impliquem o critério de adicionalidade – como também se requererá que invistam na ecoinovação, isto é, em ir para além do que é hoje as MTDs – logo, tem de existir um compromisso em querer ir mais além do mínimo estabelecido /exigido. Esta ambição é compatível com a própria definição de Responsabilidade Social das Empresas e CSR apresentada a título introdutório.

2.4.2. Proposta de “Empresa Sustentável”

Analizados os critérios que se pretende utilizar como base para o desenvolvimento da proposta de definição jurídica de “empresa sustentável” cabe, neste momento, esclarecer como podem estes quatro critérios distintos interligar-se para formar a nova noção de “empresa sustentável”, terminando-se assim o presente capítulo com uma proposta, concreta, sobre a forma que tomaria este conceito.

Relembrando, os quatro critérios em causa, a saber, são (i) o da adicionalidade (proveniente do Protocolo de Quioto), (ii) o das Melhores Técnicas Disponíveis ou *Best Available Technology /Techniques* (na Europa, com origem na Diretiva DEI e, nos EUA, no *Clear Water Act*), (iii) o da proteção ambiental e (iv) ecoinovação, ambos descritos nas orientações relativas a auxílios de estado de proteção ao ambiente e à energia. Estes, em conjunto, formam uma base genérica do que significa e implica para uma empresa ser sustentável, que poderá ter esta forma:

Artigo 1.º

(Noção)

É considerada, para efeitos jurídicos, empresa sustentável aquela que:

- a) Tenha um plano de proteção ambiental;
- b) Utilize as Melhores Técnicas Disponíveis;
- c) Respeite um critério de adicionalidade na proteção e melhoria da qualidade do ambiente; e
- d) Incentive a Ecoinovação.

Artigo 2.º

(Definições)

Para efeitos do presente diploma legal considera-se:

- a) “Plano de proteção ambiental” um plano no qual a empresa defina as técnicas, as estratégias e os métodos para desenvolver a sua atividade sem causar danos ambien-

tais e fazer uma gestão racional dos recursos naturais necessários à atividade. Este plano deve ainda conter uma estratégia de contingência para sanar, ou pelo menos mitigar, os impactos ambientais que a atividade possa inadvertidamente ou necessariamente causar ao meio ambiente.

b) “Melhores Técnicas Disponíveis” a implementação, no desenvolvimento da atividade da empresa, das melhores técnicas, métodos e tecnologias existentes na indústria à atualidade.

c) “Adicionalidade” uma redução adicional dos impactos ambientais da empresa no meio ambiente, isto é, que uma redução que na ausência da ativa implementação, na empresa, de práticas socialmente (nomeadamente ambientais) responsáveis não ocorreria.

d) “Eco-inovação” a exploração de novas técnicas, métodos, práticas, tecnologias, etc. que possam de alguma forma contribuir para a proteção e melhoria da qualidade ambiental, reduzindo os impactos ambientais que o desenvolvimento da atividade empresarial possa trazer a todos os níveis.

3. Conclusão

Perante o paradigma atual – explicado a título introdutório – e o problema do *Greenwashing* causado pelo mesmo, propõe-se como solução, ou pelo menos mitigação, das consequências, a construção de uma noção jurídica do que é uma empresa sustentável.

Com esta solução o que se pretende fazer não é resolver por completo as problemáticas que têm por origem a implementação de práticas de *Greenwashing*, já que, tal como se viu no subtítulo dedicado ao tema, seria impossível propor tal solução. É, contudo, notório que, em casos como o da BP com o escândalo do “*Deepwater Horizon*” e no da Volkswagen com o escândalo da “*Dieselgate*”, existe uma lacuna jurídica relativamente aos casos em que empresas que podem ser consideradas sustentáveis (por via de gestão de imagem) apesar de não terem práticas socialmente responsáveis. Se se pensar nos prémios de sustentabilidade, o que acaba por acontecer é que cada associação cria critérios próprios do que é, para si, uma empresa sustentável – critérios genéricos, anteriores aos critérios específicos – gerando-se assim uma situação em que uma empresa pode ser considerada sustentável para uma associação e não sustentável para outra. Em que associação deve o consumidor acreditar? Gera-se, assim, uma dificuldade para os consumidores que pode criar nos mesmos um ceticismo nocivo para a tentativa de incentivo para as empresas de implementação de práticas sustentáveis.

Assim sendo, e de forma a solucionar esta, eventual, confusão gerada nos consumidores, propõe-se, através da criação de uma noção jurídica do que é uma empresa

sustentável, estabelecer um mínimo de critérios que uma empresa terá de cumprir para que seja, juridicamente, considerada sustentável. Não se pretendendo criar novos critérios, o que se fez foi procurar critérios, já existentes no léxico do direito ambiental, que pudessem contribuir para o desenvolvimento desta nova definição. Através destes critérios interligados, criou-se aquilo que poderia ser um diploma, no qual se estabelece em termos genéricos o que é uma empresa sustentável.

Esta noção tenta encontrar o equilíbrio entre a generalidade e a especificidade de forma a, por um lado, não cometer a falácia de ser demasiado genérica ao ponto de não definir nada e, por outro, de não ser tão específica que se torne impossível aplicá-la transversalmente a todo o âmbito empresarial.

Concluindo, pretendeu-se no presente trabalho explorar uma possível via de mitigação de um novo problema nas questões ambientais e empresariais: o *Greenwashing*. Sabendo que um dos problemas é a proliferação, sem certificação por parte de ninguém a não ser dos consumidores e outros *watchdogs*, de autonomações de sustentabilidade ou nomeações dúbias, propôs-se o estabelecimento de uma noção jurídica de “empresa sustentável”, para que se saiba o que significa para o direito ser uma empresa sustentável.

Referências Bibliográficas

AGÊNCIA PORTUGUESA DO AMBIENTE – Protocolo de Quioto, disponível na internet: < <https://www.apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=81&sub2ref=119&sub3ref=500> >

AGÊNCIA PORTUGUESA DO AMBIENTE – Conferência da ONU sobre Ambiente e Desenvolvimento < <https://apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=81&sub2ref=119&sub3ref=494> >

BANCAL, Jean-Charles e KALFON, Julia – The Institutional and Contractual Instruments of Kyoto’s Clean Development Mechanism. *International Business Law Journal*. vol. 2009, no. 6 (2009), páginas 665-696

BRADLEY, Timothy C. – Likelihood of Eco-Friendly Confusion: Greenwashing and the FTC Green Guides. *Landslide*. vol. 4, no. 1, (2011), páginas 39-64

BRUNDTLAND, Gro Harlem [et al.] – Our Common Future: Report of the World Commission on Environmental and Development. Disponível na internet: <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#I> >

BUSH, Brittan J. – Addressing the Regulatory Collapse behind the Deepwater Horizon Oil Spill: Implementing a Best Available Technology Regulatory Regime for Deepwater Oil Exploration Safety and Cleanup Technology. *Journal of Environmental Law and Litigation*. vol. 26, no. 2 (2011), páginas 535-570

CHERRY, Miriam A. – The Law and Economics of Corporate Social Responsibility and Greenwashing. *UC Davis Business Law Journal*. vol. 14, no. 2 (2014), páginas 281-304

CHERRY, Miriam A. e SNEIRSON Judd F. – Beyond Profit: Rethinking Corporate Social Responsibility and Greenwashing after the BP Oil Disaster. *Tulane Law Review*. vol. 85, no. 4 (2011), páginas 983-1038

CINTI, Thomas A. – The Regulator’s Dilemma: Should Best Available Technology or Cost Benefit Analysis Be Used to Determine the Applicable Hazardous Waste Treatment, Storage, and Disposal Technology. *Rutgers Computer & Technology Law Journal*. vol. 16, no. 1 (1990), páginas 145-168

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO: Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 (2014/C 200/01). *Jornal Oficial da União Europeia* (2014/06/28)

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Curso de direito comercial: volume 2, Das Sociedades. 6.^a Edição. Coimbra: Edições Almedina (2019). 9789724078403

DECRETO-LEI N.º 127/2013 de 30 de agosto, Diário da República, 1.ª série – N.º 167 – 30 de agosto de 2013

DECRETO-LEI n.º 89/2017 de 28 de julho – Divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por grandes empresas e grupos, transpondo a Diretiva 2014/95/UE. Diário da República n.º 145/2017, Série I de 2017-07-28, p. 4267-4271

DECRETO-LEI n.º 89/2017 de 28 de julho – Divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por grandes empresas e grupos, transpondo a Diretiva 2014/95/UE. Diário da República n.º 145/2017, Série I de 2017-07-28, páginas 4267-4271

DIFFENDERFER, Michelle E BAKER, Keri-Ann C. – Greenwashing: What Your Clients Should Avoid. GPSolo. vol. 28, no. 6 (2011) páginas 32-46

DIRETIVA 2010/75/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição). Jornal Oficial da União Europeia (2010/11/24)

DIRETIVA 2014/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2014 que altera a Diretiva 2013/34/EU no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos. Jornal Oficial da EU (15/11/2014)

DIRETIVA 2014/95/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 22 de outubro de 2014 que altera a Diretiva 2013/34/EU no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos. Jornal Oficial da EU (2014/11/15)

E3G, The Role of State Aid in Creating a Green Economy (2016).Disponível em: < https://gef.eu/wp-content/uploads/2017/02/The_Role_of_State_Aid_in_a_Green_Economy.pdf>

SJÅFJELL, Beate; ANKER-SØRENSEN, Linn – Directors' Duties and Corporate Social Responsibility. In Ed. BIRKMOSE, Hanne; Ed. NEVILLE, Mette; Ed. SØRENSEN, Karsten Engsis – Boards of Directors in European Companies: Reshaping and Harmonising Their Organisation and Duties. The Netherlands: Kluwer Law International (2013). 9789041141415, p. 153-178

Ed. SJÅFJELL, Beate; Ed. WIESBROCK, Anja – The Greening of European Business Under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously. London, New York: Routledge (2015). 9781138019560

EKSTRAND, Susie e NILSSON, Kristine Lilholt – Greenwashing? European Food and Feed Law Review. vol. 6, no. 3 (2011), páginas 167-173

FEDERAL WATER POLLUTION CONTROL ACT, as amended through P.L. 107-303, November 27, 2002

FEINSTEIN, Nick – Learning from Past Mistakes: Future Regulation to Prevent Greenwashing. Boston College Environmental Affairs Law Review, vol. 40, no. 1 (2013) páginas 229-258

GENCHLIK, Mei – Making Transfer of Clean Technology Work: Lessons of the Clean Development Mechanism. San Diego International Law Journal, vol. 11, no. 1 (2009), páginas 227-286

HALVORSEN, Anita M. – The Kyoto Protocol and Developing Countries – The Clean Development Mechanism. Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, vol. 16, no. 2 (2005), páginas 353-376

<http://integratedreporting.org/resource/international-ir-framework/>

<http://sinsofgreenwashing.com/>

<http://www.apee.pt/>

<http://www.oecd.org/>

<https://www.apambiente.pt/>

<https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx>

<https://www.iso.org/iso-26000-social-responsibility.html>

<https://unfccc.int/>

<https://www.unglobalcompact.org/>

<https://www.wbcsd.org/>

KYOTO PROTOCOL TO THE UNITED NATIONS: Framework Convention on Climate Change

LANE, Eric L. – Greenwashing 2.0. Columbia Journal of Environmental Law. vol. 38, no. 2 (2013), páginas 279-332

LANGE, Bettina – Searching for the Best Available Techniques – Open and Closed Norms in the Implementation of the EU Directive on Integrated Pollution Prevention and Control. International Journal of Law in Context, vol. 2, no. 1 (2006), páginas 67-88

Livro Verde – O quadro da UE do governo das sociedades, Bruxelas, 5/4/2011 [COM (2011) 164 final]

Livro Verde – Promove um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas, Bruxelas, 18/7/2001 [COM (2001) 366 final]

NGUYEN, Nhan T. [et al.] – Improving the Clean Development Mechanism Post-2012: A Developing Country Perspective. *Carbon & Climate Law Review*. vol. 2010, no. 1 (2010), páginas 76-85

SCHATZ, Andrew – Discounting the Clean Development Mechanism. *Georgetown International Environmental Law Review*. vol. 20, no. 4 (2008), páginas 703-742

TERRACHOICE, Seven Sins Report 2010 (2010)

VOS, Jacob – Actions Speak Louder than Words: Greenwashing in Corporate America. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*. vol. 23, no. 2 (2009), páginas 673-698

WEBER, Rolf H. e DERBELLAY, Aline – Regulation and Financial Intermediation in the Kyoto Protocol's Clean Development Mechanism. *Georgetown International Environmental Law Review*. 22 (2010), páginas 271-306

WERKSMAN, Jacob – The Clean Development Mechanism: Unwrapping the Kyoto Surprise. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*. vol. 7, no. 2 (1998), páginas 147-158

WILDER, Martijn e CURNOW Paul – The Clean Development Mechanism. *University of New South Wales Law Journal*. vol. 24, no. 2, (2001), páginas 577-582

WILSON, Martha C. – A Critical Review of Environmental Sustainability Reporting in the Consumer Goods Industry: Greenwashing or Good Business. *Journal of Management and Sustainability*. vol. 3, no. 4 (2013), páginas 1-13

Artigo Recebido a 16 de julho de 2020 | Aceite a 31 de agosto de 2020