

Prática empresarial — sobre o equilíbrio entre o sucesso empresarial e a responsabilidade ambiental e social

Stephen J. Turner ¹

SUMÁRIO

Muitos resultados indesejados para o ambiente e para os direitos humanos estão ligados ou são diretamente atribuíveis a práticas empresariais. Como o direito internacional relativamente a direitos humanos e questões ambientais não se aplica diretamente a atores não estatais como empresas, é importante analisar este enquadramento jurídico e extrajurídico que determinam como operaram as empresas e a extensão da influência dos mesmos no impacto que as empresas têm nos direitos humanos e no ambiente.

1. INTRODUÇÃO

² Ao considerar “práticas empresariais” o foco está normalmente virado para as empresas, já que a empresa (ou sociedade) tem sido o formato mais popular e mais bem sucedido para a maioria das grandes e médias empresas nos séculos XX e XXI ³. O desenho do direito societário tem uma influência significativa na determinação das práticas empresariais que as empresas adotam. Este desenho tem sido extremamente bem sucedido na facilitação de investimento e na proteção dos interesses dos sócios, mas também tem, muitas vezes, levado a resultados indesejados no âmbito dos direitos humanos e do ambiente. (Estes resultados são frequentemente muito bem documentados e, por isso, não é o propósito deste capítulo rever exemplos individuais ou performances individuais de empresas). Isto, por sua vez, tem levado a uma série de respostas diferentes, tanto jurídicas como extrajurídicas por parte da comunidade internacional, governos, sociedade civil e das próprias empresas.

Portanto, para providenciar uma visão das práticas empresariais, este artigo segue um processo de três etapas. A primeira etapa é uma análise ao direito societário, de forma a

¹ Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de Essex. Especialista nas áreas de direito ambiental internacional, governança ambiental global, direito das alterações climáticas e direito societário.

² Traduzido para o português por Inês Barros (ines.barros1996@gmail.com).

³ Stephen J. Turner, *A Global Environmental Right* (Earthscan by Routledge 2014) 40-44.

realçar os fundamentos comerciais, com base nas quais as empresas tomam decisões e desenvolvem estratégias. A segunda é um resumo das principais respostas jurídicas e extrajurídicas para os resultados indesejados das operações societárias. A fase final, é uma análise das práticas empresariais efetivas relacionadas com a performance societária de questões de ASG, tendo em consideração a mistura de obrigações legais e não legais a que os administradores das sociedades estão submetidos no seu processo decisório ⁴. Ao fazê-lo comentar-se-á o que parecem ser os factores dominantes que afetam o processo decisório nas sociedades. O artigo concluirá comentado brevemente as possíveis estratégias de reforma.

2. O DESENHO DA SOCIEDADE COMO UMA CONSTRUÇÃO JURÍDICA

Não obstante os impactos que as empresas têm nos direitos humanos e no ambiente, pode-se argumentar que o desenho da sociedade é uma das construções legais mais bem sucedida da civilização moderna; é, certamente, uma das mais prevalentes. Hoje, em todos os cantos do mundo, este enquadramento jurídico tem sido adotado como a plataforma principal para as grandes e médias empresas; e, em muitas jurisdições, também é frequentemente usado por pequenas empresas ⁵. Tem sido progressivamente adotada em todas as grandes jurisdições do mundo através de processos associados à colonização, transplante e globalização ⁶.

O sucesso da sociedade é baseado em certas características que tornam esta construção muito atraente para os empresários a utilizarem nas suas empresas comerciais. A primeira característica é que as sociedades têm uma “personalidade jurídica separada” da dos seus proprietários ou daqueles que estão envolvidos na sua gestão. Esta característica é concedida à empresa no momento em que é criada ⁷. Na prática, isto significa que as sociedades podem celebrar contratos em nome próprio, empregar pessoas por direito próprio, continuar a existir depois da morte dos seus fundadores e proprietários, e também significa que a própria empresa assumirá a propriedade dos seus ativos e passivos negociais. Isto ajuda a facilitar o investimento e o comércio. Contudo, também significa que, quando uma empresa-mãe cria uma subsidiária noutro país (inevitavelmente com a sua própria “personalidade jurídica separada”), não é (exceto em circunstâncias altamente específicas) diretamente responsável pelas dívidas ou perdas dessa subsidiária ⁸. Isto, em conjunto com questões juris-

⁴ Retirado de entrevistas com representantes responsáveis por estratégias e tomadas de decisão ambientais, sociais e de governança de 14 empresas cotadas distintas de uma diversidade de setores, conduzida por Dr. Stephen J. Turner (entre novembro 2017 e março de 2018). Mais detalhes em arquivo com o autor.

⁵ Turner (n 1).

⁶ Ibid.

⁷ L.C.B. Gower, *Principles of Modern Company Law* (4th edn, Stevens and Sons 1979) 22.

⁸ P. T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law* (2nd edn, OUP 2007) 45-79.

dicionais e o princípio de *forum non conveniens*, pode proteger empresas-mãe de responsabilidade das suas subsidiárias relativamente à degradação dos direitos humanos e do ambiente. Existem vários exemplos de situações em que isto aconteceu em detrimento de comunidades locais nas operações destas subsidiárias ⁹.

A segunda característica é que o direito societário no mundo inteiro facilita a responsabilidade limitada dos sócios ¹⁰. Isto significa que os sócios de empresas de “responsabilidade limitada” (que representam a grande maioria) não são responsáveis por nenhuma das dívidas da empresa; apenas são responsáveis pelo valor que investiram quando adquiriram as quotas. Mais uma vez esta característica tem sido uma enorme componente para o sucesso negocial das sociedades já que facilita muito o investimento, devido à capacidade dos investidores de usufruírem a propriedade, em parte ou na totalidade das empresas limitando simultaneamente o seu risco financeiro. Como resultado, quando uma empresa falha e entra em insolvência, os credores dessa empresa naturalmente apenas podem tentar recuperar as suas dívidas dos sócios de forma limitada. Similarmente, quando uma empresa não tem fundos suficientes para compensar aqueles cujos direitos humanos foram afetados negativamente, nos quais tenham um impacto negativo ou para remediar a degradação ambiental que tenha causado, os sócios podem beneficiar de proteção contra a responsabilidade total. Isto pode significar que as culturas e as práticas empresariais evoluem no sentido de maximização dos lucros sem consideração completa e adequada dos direitos humanos e das preocupações ambientais, já que o risco financeiro associado apenas é parcialmente suportado pelos proprietários do negócio.

A terceira característica final, e possivelmente a mais profunda em termos de efeitos, é o dever jurídico da administradores da sociedade tomarem decisões que beneficiam a sociedade. Isto também é aplicado, de uma forma ou de outra, em todas as jurisdições. É uma característica necessária do direito societário, já que proporciona segurança aos sócios. Significa isto que as pessoas que gerem uma sociedade estão legalmente obrigadas a tomar decisões que levem a resultados financeiros bem sucedidos e, assim sendo, a preencherem o propósito do investimento de capital que receberam ¹¹. Esta é a razão pela qual há estritas sanções para assegurar que os administradores de sociedade tomam decisões que levem ao sucesso comercial da sociedade ¹². Contudo, isto também significa que a proteção dos direitos humanos e do ambiente não têm o mesmo nível de prioridade no direito societário. Com algumas exceções menores em certas jurisdições ¹³, pode-se dizer que genericamente

⁹ Um dos exemplos mais extremos foi o desastre de Bhopal em 1984. Ver *Re Union Carbide Gas Plant Disaster at Bhopal India Opinion and Order*, 12 May 1986: 634 F.Supp. 842 (SDNY 1986), 25 ILM 771 (1986); *aff'd as modified* 809 F.2d 195 (USCA 2d Cir), 26 ILM 1008 (1987); cert. Den. 108 S. Ct. 199 (1987).

¹⁰ H.G. Henn and J.R. Alexander, *Laws of Corporations* (3rd edn, West Publishing Co. 1983) 25.

¹¹ Gower (n 5) 255.

¹² Turner (n 1).

¹³ Ver como exemplo *Companies Act 2006* (UK). s. 172(1)(d).

não existe um dever jurídico no direito societário que exija que os administradores assegurem que as suas decisões protegem os direitos humanos e o ambiente. Como resultado, quando os administradores tomam decisões, têm o dever de priorizar o sucesso da sociedade em termos comerciais. Qualquer empresa tenderá a racionalizar as despesas e custos em geral para assegurar que cumpre esse dever jurídico. Resulta disto que as despesas em proteção do ambiente e em preocupações relacionadas com outras partes interessadas podem legitimamente, de um ponto de vista do direito societário, tornar-se subservientes ao dever geral que os administradores têm de gerir as empresas de uma forma que seja comercialmente bem sucedida.

Isto pode ser pernicioso; pode significar, por exemplo, que a deflorestação, os padrões laborais degradantes, poluição da água e do ar, se tornam subprodutos naturais da produção de empresas que legitimamente tentam minimizar a sua despesa financeira geral. Esta característica pode reforçar os efeitos negativos das duas primeiras características mencionadas acima e levar a que os administradores priorizem os interesses das sociedades acima dos interesses humanos ou ambientais que poderão ser negativamente afetados pelas suas decisões.

O ponto importante a estabelecer aqui é que a obrigação de tomar este tipo de decisões, é uma obrigação jurídica. É também importante enfatizar que este enquadramento jurídico está agora tão fortemente enraizado globalmente que dá a aparência de uma construção jurídica que não pode mudar. Ainda que esta seja uma posição que alguns já começaram a desafiar ¹⁴, a maioria das iniciativas tomadas pela comunidade internacional para discutir os impactos negativos das empresas relativamente aos direitos humanos e o ambiente não desafiam esta construção jurídica de direito societário em si mas tentam influenciar a maneira como as empresas realizam o seu trabalho, frequentemente através de mecanismos voluntários, nos quais as sociedades são convidadas a participar. A secção seguinte irá providenciar uma visão geral destas iniciativas.

3. RESPOSTAS AOS EFEITOS DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS NOS DIREITOS HUMANOS E NO AMBIENTE

As diferentes respostas ao funcionamento das empresas em termos do impacto que têm nos direitos humanos e no ambiente são indicadores úteis quanto ao nível de crescimento de determinação que a comunidade internacional tem em relação às preocupações de ASG e também da dimensão do desafio envolvido. Para efeitos deste capítulo e para uma fácil

¹⁴ Eg. Beate Sjöfäll & Benjamin J. Richardson, 'The Future of Company Law and Sustainability' in Beate Sjöfäll & Benjamin J. Richardson (eds), *Company Law and Sustainability — Legal Barriers and Opportunities*, (CUP, 2014) 327-337; também Turner (n 1) 79-82.

análise, as respostas serão hierarquizadas em três categorias: primeira, as respostas de instituições internacionais como as Nações Unidas (UN) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE); segunda, os diferentes tipos de legislação que tem sido adotada ao nível nacional podendo afetar a forma de funcionamento das empresas; e terceira, as respostas de organizações não governamentais (ONG). Ao fazê-lo, esta secção terá em conta as mudanças que tiveram lugar neste campo ao longo do tempo. Estas refletem-se no entendimento dos desafios enfrentados pelos diferentes negócios e setores da indústria, e também os diferentes factores que podem levar a que as empresas mudem e desenvolvam as suas práticas de tomada de decisão.

Para analisar a primeira categoria de respostas, é útil considerá-las por ordem cronológica. Desde do início dos anos de 1970 que, as Nações Unidas demonstraram preocupação relativamente aos efeitos que as operações de sociedades transnacionais poderiam ter nos direitos humanos e no ambiente. Isto ficou comprovado através de relatórios dessa época¹⁵, que até incluíam uma tentativa inicial de negociar um código de conduta para estas empresas transnacionais¹⁶. À medida que os efeitos se foram agravando ao longo dos anos de 80 e 90 do século passado, a comunidade internacional ficou sob maior pressão para responder. Em 2000, as Nações Unidas anunciaram a Global Compact¹⁷. As sociedades podem subscrever a UN Global Compact de forma voluntária, mas ao fazê-lo concordam em reportar as ações que estão a levar a cabo tendo em consideração com questões de ASG. Tem sido uma iniciativa com sucesso no sentido em que tem sido vastamente aceite pelas empresas, os Estados e a comunidade de ONGs. Em 2003, o subcomissário das Nações Unidas para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Conselho Económico e Social aprovou um “esboço de normas” que propunham estabelecer padrões relacionados com os direitos humanos e o ambiente que as sociedades transnacionais teriam de cumprir¹⁸. Porém, este “esboço de normas” não foi formalmente adotado e foi vastamente criticado por governos e pela comunidade jurídica *inter alia* por falhar em mencionar adequadamente os aspetos práticos de tentar impor o direito internacional de direitos humanos e ambiente a entidades não governamentais¹⁹.

Após o fracasso do “esboço de normas”, as Nações Unidas nomearam o Prof. John Ruggie da Universidade de Harvard como Representante Especial do Secretário-Geral (SRSG)

¹⁵ Um exemplo inicial é, The United Nations Department of Economic and Social Affairs, Multinational Corporations in World Development (United Nations, 1973).

¹⁶ Ver Karl P. Sauvant, ‘The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations — Experience and Lessons Learned’ (2015) 16 The Journal of World Investment & Trade 11, 12.

¹⁷ United Nations Global Compact Disponível em: www.unglobalcompact.org/ acedido pela última vez a 4 de novembro de 2017.

¹⁸ Sub-Commission Resolution 2003/16, Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Rights, U. N. Doc. CN.4/Sub.2/2003/L. 11 at 52 (2003).

¹⁹ Ver para um exemplo: L. Catá Backer, ‘Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nations’ Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law’ (2005) 37 Colum. Hum. Rts. L. Rev. 101.

em 2005. O trabalho do Prof. Ruggie resultou num relatório final que defendia aquilo que ficou conhecido como o enquadramento “proteger, respeitar e remediar”²⁰. Segundo este enquadramento, será expectável que os Estados protejam os direitos humanos, expectável que as empresas “respeitem” os direitos humanos e que as vítimas de direitos humanos tenham acesso a recursos judiciais e não judiciais para remediar impactos negativos resultantes de atividades empresariais. Desde em então, em muitos trabalhos tem-se tentado esclarecer como podem as empresas “respeitar” os direitos humanos e isto gradualmente tem tido alguma influência na regulamentação, na prática empresarial e no desenvolvimento de enquadramentos relacionado com “*due diligence*”²¹. Após estes desenvolvimentos, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas adotou uma resolução, em 2014, para estabelecer um grupo de trabalho intergovernamental para considerar a elaboração de um esboço de um instrumento internacional vinculativo para regular os impactos causados por empresas transnacionais (e outros negócios empresariais) nos direitos humanos²². Esta proposta tem estimulado muito debate, mas nenhum instrumento deste tipo foi implementado até agora²³.

Adicionalmente em cooperação com a UN Global Compact e a Iniciativa Financeira do PNUD, foram desenvolvidos os Princípios de Investimento Responsável²⁴. Estes são um conjunto de princípios que devem ser tidos em consideração na forma como são feitos e geridos os investimentos. Os princípios requerem que os investidores e os gestores de ativos tenham em consideração preocupações relacionadas com ASG, exigem que se divulguem informações de ASG por parte das empresas nas quais os investimentos são feitos e que quando necessário se façam representações apropriadas de forma a influenciar a conduta de empresas que beneficiam de investimento²⁵.

Paralelamente a estas iniciativas, a OCDE tem ativamente assumido um papel de liderança nesta área ao desenvolver *guidelines* dirigidas a governos, que as multina-

20 United Nations Human Rights Council, Promotion and Protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, U.N. Doc. A/HRC/17/31 (2011).

21 . G. Ruggie, *Just Business*, (New York: W.W. Norton & Co. 2013); Karin Buhmann, ‘Neglecting the Proactive Aspect of Human Rights Due Dilligence: A Critical Appraisal of the EU’s Non-Financial Reporting Directive as a Pillar One Avenue for Promoting Pillar Two Action’ (2018) 3 *Business and Human Rights Journal* 23, 24; Olga Martin-Ortega, ‘Human Rights Due-Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last?’ (2013) 31(4) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 44, 55-57.

22 Human Rights Council, *Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights*, A/HRC Res. 26/9 (26 June 2014) para. 9.

23 Olivier De Schutter, ‘Towards a New Treaty on Business and Human Rights’ (2015) 1 *Bus. & Hum. Rts. J.* 41; Carlos Lopez, ‘Struggling to Take Off? The Second Session on Intergovernmental Negotiations on a Treaty on Business and Human Rights’ (2017) 2 *Bus. & Hum. Rts. J.* 365.

24 Principles of Responsible Investment. Disponível em: www.unpri.org (última vez acedido a 4 de novembro de 2017).

25 Ibid.

cionais deveriam cumprir ²⁶. Estas são princípios não vinculativos relacionados com a conduta empresarial e são significativos no sentido em que representam um código multilateral no qual os governos acordaram. Mais recentemente, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da UN (ODS) também têm tido um papel a influenciar empresas, destacando as prioridades globais às quais podem aliar as suas próprias estratégias operacionais ²⁷.

A segunda categoria consiste em legislação. Diferentes jurisdições desenvolveram requisitos para as empresas cumprirem que afetam diretamente as práticas empresariais no que toca a questões de direitos humanos e ambientais. Algumas jurisdições requerem cada vez mais relatórios por parte das empresas relativamente a decisões que tenham tomado em matéria de ASG. Por exemplo, nos Estados Unidos, ao nível federal, o Dodd Frank Act ²⁸ inclui disposições que requerem que as empresas apliquem verificações “*due diligence*” nas suas cadeias de fornecimento quando adquirem certos minerais, numa tentativa de assegurar que não são adquiridos “minerais de conflito”. Outro exemplo-chave é a Diretiva Relativa a Relatórios Não Financeiros aprovada pela União Europeia, que requer legalmente, a partir de 2018, que grandes empresas apresentem relatórios sobre a forma como gerem os desafios sociais e ambientais ²⁹.

A terceira e última categoria é a relacionada com entidades não governamentais. Neste aspeto, têm existido inúmeras iniciativas que também afetaram significativamente as práticas empresariais. Naturalmente há ONGs que tentam publicitar as más práticas das empresas e existem muitos exemplos deste trabalho estar a ser desenvolvido, no passado e atualmente ³⁰. Contudo, existem certas entidades não governamentais cujo trabalho conduziu à criação de enquadramentos de *standards* para as empresas cumprirem. Muitas vezes, os exemplos são iniciativas de múltiplas partes interessadas, como a *Forest Stewardship Council* (FSC), que desenvolveu um conjunto de *standards* comerciais voluntários aos quais as empresas podem obedecer e assim sendo beneficiar de acesso a um

26 OECD, ‘OECD Guidelines for Multinational Enterprises’ (2011). Disponível em: <http://www.oecd.org/corporate/mne/48004323.pdf> (última vez acedido a 4 de novembro de 2017).

27 The United Nations Sustainable Development Goals. Disponível em: <https://www.un.org/sustainable-development/sustainable-development-goals/> (última vez acedido a 7 de maio de 2018); também Price Waterhouse Cooper, ‘SDG Reporting Challenge 2017 — Exploring Business Communication on the Global Goals’ (PWC, 2017). Disponível em: <https://www.pwc.com/sdgreportingchallenge> (acedido pela última vez a 7 de maio de 2018).

28 The Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Pub. L. 111-203) 2010 (US).

29 European Council and Parliament Directive 2014/95/EU of 22 Oct. as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups [2014] L 330/1.

30 E.g. The Business and Human Rights Resource Centre. Disponível em: <https://www.business-human-rights.org/en> (acedido pela última vez a 13 de janeiro de 2018).

certo mercado ³¹. Este tipo de iniciativas usa frequentemente a aprovação dos consumidores como incentivo.

Além disto, as próprias ONGs e empresas têm estado envolvidas em sistemas de relatório de ASG e “índices de sustentabilidade” que as empresas podem procurar cumprir para demonstrar o *standards* das suas práticas ³². Baseado em diferentes indicadores, os sistemas de relatório podem demonstrar até que ponto a empresa integrou preocupações ASG nos seus recursos humanos e nas suas operações ³³. Os “índices de sustentabilidade” são operados por certas bolsas de valores para criar critérios que as empresas têm de cumprir caso queiram ser incluídas nestas listas específicas. Esta inclusão pode melhorar a reputação da empresa e torná-la elegível para investimento pelos investidores que pretendem investir o seu dinheiro em empresas que cumpram critérios específicos de ASG ³⁴.

4. AS PRÁTICAS EMPRESARIAIS DAS SOCIEDADES EM RESPOSTA ÀS QUESTÕES AMBIENTAIS E DE DIREITOS HUMANOS

A tensão entre a arquitetura jurídica da legislação societária detalhada na secção dois e as respostas da comunidade internacional e da sociedade civil às questões de ASG, detalhadas na secção três cria uma dinâmica desafiante na estratégia e no processo decisório empresarial. Manifesta-se numa variedade de práticas empresariais relacionadas que têm emergido nas décadas mais recentes. Portanto, é importante ter em consideração até que ponto as empresas efetivamente integram preocupações de ASG nas operações e o equilíbrio que é alcançado entre o que podem ser prioridades concorrentes.

De importância fundamental é a relação e tensão que pode existir entre a responsabilidade jurídica que os administradores da sociedade têm para atingir lucros e a pressão que existe para responder a preocupações de ASG. Naturalmente existe legislação e regulamentação relacionada com certos aspetos de performance de ASG e isto varia entre os sectores, jurisdições e especialmente entre países em variados estados de desenvolvimento. Contudo, para além de leis e regulamentação, ainda que exista preocupação genuína sobre questões de ASG dentro de uma empresa, o investimento de recursos humanos ou ativos

³¹ Disponível em: <https://ic.fsc.org> (última vez acedido a 4 de novembro de 2017); ver Graeme Auld, *Constructing Private Governance: The Rise and Evolution of Forest, Coffee, and Fisheries Certification* (Yale University Press 2014) 2.

³² Ver por exemplo The Global Reporting Initiative. Disponível em: <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx> (última vez acedido a 4 de novembro de 2017).

³³ Eg. Chitra Sriyani De Silva Lokuwadage & Kumdini Heenetigala, ‘Integrating Environmental, Social and Governance Disclosure for Sustainable Development: An Australian Study’ (2017) 26 Bus. Strat. Env. 438.

³⁴ Ver Maria Mar Miralles-Quiros, Jose Luis Miralles-Quiros & Irene Guia Arrainano, ‘Sustainable Development, Sustainable Leadership and Firm Valuation: Differences Across Europe’ (2017) 26 Bus. Strat. Env. 1014, 1015.

financeiros precisa, invariavelmente, de ser justificado do ponto de vista comercial de forma a que os administradores cumpram os seus deveres legais perante a sociedade ³⁵. Isto pode significar que a estratégia empresarial poderia ter em conta partes interessadas que são chave, o que inclui clientes, comunidades, trabalhadores e parceiros visando a maximização da força comercial da empresa ³⁶. Por outras palavras, outras considerações como aquelas relacionadas com padrões laborais, proteção ambiental, consulta da comunidade e governança interna só podem ser legitimamente incorporadas no processo decisório até onde os deveres dos administradores para com a sociedade permitirem um genuíno argumento empresarial para o fazer ³⁷. Contudo, quando não existe um argumento empresarial para o fazer, noutras palavras quando a sociedade possa não beneficiar em termos de reputação, de valor a longo prazo, de produtividade ou de atratividade como sociedade para a qual se quer trabalhar, há um claro desincentivo comercial para os administradores da sociedade fazerem qualquer tipo de investimento financeiro nesta temática. Este paradigma sugere um domínio da obrigação legal que os administradores têm no seu processo decisório de promover o sucesso comercial da sociedade. Tem havido investigação que analisa o desempenho financeiro da sociedade em relação à sua performance em certos indicadores de ASG, mas parece não existir correlação genérica entre estes dois fatores ³⁸. Por outras palavras, ter um bom desempenho em termos de indicadores de ASG nem sempre corresponde a uma boa performance financeira e, como tal, os administradores das sociedades precisam de considerar com muito cuidado as suas estratégias relativamente ao investimento em preocupações relacionadas com ASG.

A relação entre o sucesso empresarial e o investimento em preocupações de ASG é particularmente importante no campo de gestão de ativos. Embora tenha existido um movimento por parte da comunidade internacional através de uma variedade de iniciativas para gerar um maior sentido de obrigação por parte dos gestores de ativos para preocupações de ASG ³⁹, ainda existe uma obrigação empresarial que irá naturalmente desempenhar um

³⁵ Howard Pearce, 'Environment Agency Foreword' in, *Turning Questions into Answers — Environmental Issues and Annual Financial Reporting*, (The Institute of Chartered Accountants of England and Wales and the Environment Agency 2009) vii.

³⁶ KPMG, 'ESG Strategy and the Long View — A Framework for Board Oversight' (KPMG 2017). Disponível em: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/lu/pdf/lu-en-esg-strategy-framework-for-board-oversight.pdf> (acedido pela última vez a 6 de maio de 2018).

³⁷ Turner (Interviews) (n 2).

³⁸ Ver Principles for Responsible Investment, *Annual Report 2017 — Delivering an Ambitious Agenda* (Principles for Responsible Investment 2017). Disponível em: <https://annualreport.unpri.org> (acedido pela última vez a 6 de maio de 2018); também Rebecca Henderson, 'Making the Business Case for Environmental Sustainability' in Rebecca Henderson, Ranjay Gulati, Michael Tushman (eds) *Leading Sustainable Change — An Organizational Perspective* (OUP 2015) 22, 23.

³⁹ Ver Rory Sullivan, Will Martindale, Elodie Feller and Anna Bordon, *Fiduciary Duty in the 21st Century* (UNEP, PRI, Global Compact, UNEP Finance Initiative 2014). Disponível em: <https://www.fiduciaryduty21.org/resources.html> (acedido pela última vez a 14 de janeiro de 2018).

papel dominante no processo decisório. Isto reflete-se tanto na procura dos investidores como na forma como os gestores de ativos têm em consideração as preocupações de ASG nas decisões que tomam. O que isto significa na prática é que a extensão de integração de preocupações de ASG nas decisões relacionadas com a escolha das sociedades em que investir, será determinada pelas prioridades dos clientes ao invés de ser determinada por um conjunto de princípios relacionados com ASG ⁴⁰. Como tal, os grandes investidores institucionais, como fundos de pensões, e as prioridades que têm, podem influenciar fortemente o movimento de investimento nas sociedades.

Contudo, no campo do investimento existem outros dois factores que é preciso ter em conta, em primeiro lugar a administração do investimento e em segundo lugar a forma como os gestores de ativos estão agora a avaliar os factores de ASG em termos de serem potenciais riscos comerciais para as empresas que estão a examinar. A administração de investimentos obriga um gestor de ativos comunicar com a sociedade sobre questões específicas de ASG com as quais eles estão preocupados ou usar a sua procuração de voto com o intuito de influenciar o processo decisório na sociedade ⁴¹. Embora pareça que, neste momento, a administração de investimentos não é o principal motivador de mudança nas estratégias empresariais relativamente a questões de ASG, parece ser uma tendência crescente a ser cada vez mais tomada a sério ⁴². A outra forma de os factores de ASG estarem a ter um papel é através da sua presença nos riscos comerciais ou oportunidades para negócios específicos. Assim, os gestores de ativos procuram examinar a “materialidade” dos factores de ASG associados a negócios particulares antes de tomar a decisão de investir ⁴³. Por exemplo uma sociedade que é fortemente dependente de combustíveis fósseis para energia poderá ser classificada como tendo um risco comercial a longo prazo à medida que os países estão a tornar-se economias com baixa utilização de carbono. Portanto, as empresas de gestão de ativos estão a utilizar informação relacionada com estas preocupações na sua avaliação de viabilidade comercial a longo prazo de certos investimentos.

Outro aspeto das práticas empresariais que se tem desenvolvido, e ainda se está a desenvolver, é a crescente visibilidade que as operações das empresas têm através dos mecanismos dos relatórios não financeiros. Ainda que exista um movimento gradual para a adoção obrigatória de requisitos de divulgação de informação não financeira ⁴⁴, muitas

⁴⁰ Turner (Interviews) (n 2).

⁴¹ Helen Avery, ‘The Stewardship Revolution: ESG — Focused Asset Managers Finally Grasp the Power of their Proxies’ (2017) 48 *Euromoney* 38, 39.

⁴² Turner (Interviews) (n 2).

⁴³ Principles of Responsible Investment, *Shifting Perceptions: ESG Credit Risk and Ratings* (Principles of Responsible Investment, 2017) 27; Steffen Hörter, *Financial Materiality of ESG Factors for Sovereign Bond Portfolios* (Allianz Global Investors, 2017).

⁴⁴ Ver Deirdre Ahern, ‘Turning up the Heat? EU Sustainability Goals and the Role of Reporting under the Non-Financial Reporting Directive’ (2017) 13(4) *Eur. Comp. & Fin. L. Rev.* 599.

grandes empresas têm vindo desde há muitos anos a disponibilizar ativamente essa informação de forma voluntária. O problema com esta prática, contudo, é a qualidade e a utilidade da informação que está a ser disponibilizada e a extensão da comparabilidade da informação de diferentes sociedades. Certas entidades não governamentais têm tentado criar padrões internacionais de informação a disponibilizar⁴⁵, contudo estas abordagens genéricas têm também sido criticadas por não facilitar a comparação útil entre as empresas⁴⁶. Igualmente desafiante é a extensão das diferenças entre organizações empresariais e o facto de que o que pode ser um fator crucial num setor não o ser outro e, portanto, *standards* genéricos de relatórios podem por vezes não medir corretamente a performance específica de ASG num negócio ou indústria particular. Como existem hoje diversos enquadramentos de relatórios as empresas estão a tornar-se seletivas naqueles com os quais se querem comprometer⁴⁷. Aqui, mais uma vez, as empresas terão necessariamente de tomar decisões estratégicas ao avaliar até onde o seu envolvimento com um particular enquadramento de relatórios poderá beneficiar o seu negócio. Também este aspeto aponta para o predomínio da responsabilidade dos administradores por alcançar sucesso empresarial. Dito isto, a presença de um enquadramento de relatórios tem sem dúvida afetado positivamente as práticas empresariais de muitas empresas e aberto caminho para a divulgação obrigatória de informações não financeiras em certas jurisdições.

Intimamente ligado às iniciativas existentes para aumentar a disponibilização de informações não financeiras por parte das empresas, tem-se verificado um crescimento dos “índices de sustentabilidade” associados a certas bolsas de valores. Têm-se desenvolvido sistemas de quantificação da performance de ASG e produzido listas públicas de *rankings* de empresas. Contudo, ainda que estes índices possam influenciar positivamente certas empresas cotadas que podem ser comercialmente suscetíveis de ter danos reputacionais através de uma fraca performance em matéria de ASG, muitas outras empresas podem operar com sucesso empresarial sem nunca se envolver nesses índices. Este é especialmente o caso para empresas não cotadas, empresas mais pequenas e sediadas em economias emergentes ou em desenvolvimento onde as práticas de ASG estão menos desenvolvidas⁴⁸. Esta é uma das razões pelas quais ainda que o enquadramento de aumento de disponibilização e índices de sustentabilidade apesar de ser útil e transformador, é pouco provável que consiga um tipo de mudança de paradigma que pode ser necessária para se atingir

⁴⁵ Ver por exemplo the Global Reporting Initiative. Disponível em: www.globalreporting.org (acedido pela última vez a 6 de maio de 2018).

⁴⁶ Klaus Dingwerth & Margot Eichinger, ‘Tamed Transparency: How Information Disclosure Under the Global Reporting Initiative Fails to Empower’ (2010) 10(3) Global Envtl. Politics 74.

⁴⁷ Turner (Interviews) (n 2).

⁴⁸ Yongqiang Gao, ‘CSR in an emerging country: a content analysis of CSR reports of listed companies’ (2011) 6(2) Baltic J. Management 263, 264.

de forma consistente resultados positivos em matéria de direitos humanos e ambiente a curto e médio prazo.

5. CONCLUSÃO

Ainda que haja inúmeras repostas para resultados indesejados causados pelas empresas no âmbito dos direitos humanos e do ambiente, as estratégias existentes são constrangidas pelo enquadramento do direito societário que existe no mundo. Em particular a responsabilidade jurídica dos administradores de tomar decisões que promovam o sucesso da sociedade, dita que mesmo quando os fatores de ASG são tidos em consideração, é obrigatório que a sociedades respondam de forma consistente com o seu sucesso empresarial a longo prazo. Assim, quando as responsabilidades de ASG são de natureza voluntária, os constrangimentos empresariais serão inevitavelmente um fator determinante nos resultados relacionados com os direitos humanos e o ambiente.

Podem existir fortes argumentos para uma sociedade adotar práticas empresariais que tenham bons resultados para os direitos humanos e o ambiente. Estes incluem melhoria reputacional junto dos clientes e trabalhadores, despesas financeiras gerais menores e um potencial aumento no investimento. Contudo, o sucesso empresarial nem sempre é um resultado acompanhado de uma performance forte em questões de ASG. Portanto, os administradores das sociedades têm a responsabilidade de investir em ASG desde que melhore o sucesso do seu negócio, sem se tornar um peso financeiro que prejudique o sucesso empresarial a longo prazo.

Tendo isto em consideração, pode-se argumentar que as possíveis vias que a comunidade internacional pode considerar reformular nesta área são as sumariadas abaixo.

A primeira, é a reforma do direito societário em todas as jurisdições para redesenhar os seus preceitos fundamentais de forma a que os deveres jurídicos no contexto societário permitam alinhar a estratégia empresarial com as expectativas e padrões específicos de ASG. Certos comentadores já começaram a defender este tipo de abordagem ⁴⁹. Tal abordagem iria resolver o desequilíbrio estrutural existente entre o direito societário e as iniciativas tomadas pela comunidade internacional de forma a proteger o ambiente e os direitos humanos.

Outra abordagem seria continuar a desenvolver mais as iniciativas jurídicas e extrajurídicas que já foram iniciadas pela comunidade internacional, com vista a aumentar o desenvolvimento de *standards* mais altos para a proteção do ambiente e dos direitos humanos. Esta abordagem gradualmente atingiria mais resultados, mas não abordaria o desequilíbrio

⁴⁹ Eg. Sjåfell & Richardson (n 12) 327-337; também Turner (n 1) 79-82.

estrutural que atualmente afeta a integração de preocupações de ASG nas práticas empresariais.

Uma terceira opção, seria desenvolver uma combinação das duas abordagens *supra* mencionadas. Isto poderia conjugar a lógica de atender aos desequilíbrios estruturais que existem entre o direito societário e as leis e iniciativas destinadas a proteger os direitos humanos e o ambiente, com a experiência e progresso do que já foi alcançado através da integração de preocupações de ASG nas práticas empresariais.

Palavras chave: direito do ambiente, direito das sociedades, práticas empresariais, responsabilidade ambiental e social das empresas.