UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – ESCOLA DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO
E
FACULDADE DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS E EMPRESARIAIS

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO, EM ESPECIAL NAS SOCIEDADES ABERTAS

RUI AFONSO BELLO DA SILVEIRA DE FIGUEIREDO MARCOS

MESTRADO EM DIREITO E GESTÃO

SOB A ORIENTAÇÃO DO SENHORES PROFESSORES PEDRO MAIA E
JORGE BRITO PEREIRA

Lisboa
Julho de 2017

NOTA PRÉVIA

O texto que se apresenta corresponde à dissertação elaborada, no âmbito de Curso de Mestrado em Direito e Gestão, pertencente à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Tem-se consciência exacta do volume da investigação empreendida. Esta foi a que se conseguiu realizar no prazo e com as limitações de espaço assinaladas regulamentarmente aos candidatos.

Aos Senhores Doutores Pedro Maia e Jorge Brito Pereira, meus ilustres orientadores, permita-se-me, reconhecidamente, agradecer a orientação e o estímulo dispensados.

ABREVIATURAS

Al.	Alínea
Als.	Alíneas
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BJR	*Business Judgment Rule*
CC	Código Comercial
CCiv	Código Civil
Cfr.	Conforme
Cit.	Citado
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CVM	Código dos Valores Mobiliários
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DSR	Direito das Sociedades em Revista
EROC	Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas
IDET	Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho
Nº	Número
P	Página
PP	Páginas
RDS	Revista de Direito das Sociedades
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RJSA	Regime Jurídico de Supervisão de Auditoria
RLJ	Revista de Legislação e de Jurisprudência
ROA	Revista da Ordem de Advogados
ROC	Revisor oficial de Contas
SROC	Sociedade de Revisores Oficiais de Contas
SS	Seguintes
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

A dissertação versa a governação societária (*corporate governance*), na perspectiva da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização nas sociedades anónimas. Tentaremos traçar os contornos do regime de responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização das sociedades que resulta da reforma operada pelo Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de Março, a qual trouxe a revitalização de alguns dos órgãos de fiscalização e a instituição de novos órgãos. Cingir-nos-emos às sociedades abertas que adoptaram o modelo anglo-saxónico.

O tema assume uma enorme relevância no quadro da nevrálgica questão do governo das sociedades, pois, a par de um desenvolvimento das formas de fiscalização societária e de uma (re)definição das competências dos órgãos de fiscalização, torna-se imperioso criar um adequado regime de responsabilidade para estes órgãos. Os episódios escandalosos que tumultuaram o mundo financeiro no virar do século vincaram a importância do tema.

A abordagem da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização das sociedades anónimas abertas apela, desde logo, a que se identifique que órgãos são esses e quem são os seus membros. Começaremos, assim, por enunciar os órgãos que, no modelo anglo-saxónico de governação da sociedade anónima, assumem funções de fiscalização. Em seguida, traçar-se-ão as tarefas que cabem aos membros destes órgãos, assim como os deveres que lhes são impostos. Delineado o quadro geral da fiscalização interna das sociedades anónimas, estaremos em condições de analisar as situações e os pressupostos da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização. Optaremos por encarar unicamente a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização para com a sociedade, por se tratar de uma responsabilidade de natureza contratual. Já a responsabilidade para com os credores sociais ou para com os sócios e terceiros considera-se uma responsabilidade de natureza aquiliana. Abordaremos ainda a *business judgment rule* e a sua aplicabilidade aos órgãos de fiscalização.

I – SOCIEDADE ANÓNIMA FECHADA E ABERTA

Importa distinguir, antes de tudo, as sociedades anónimas abertas das fechadas. As abertas caracterizam-se, fundamentalmente, pela dispersão do capital, conforme resulta do art. 13º do Código dos Valores Mobiliários[1]. A instituição que assume um renovado protagonismo, à face do actual Código, é a sociedade com o capital aberto ao investimento do público, designada também pelo Código, de modo abreviado, apenas por sociedade aberta[2].

A lei, e nomeadamente o CVM, não define, nem conceptualiza, o que é a sociedade aberta, limitando-se a estabelecer critérios normativos de enquadramento, de acordo com o art. 13º do CVM.

As sociedades anónimas que a lei considera sociedades abertas, com base no art.13º do CVM, são[3]: as constituídas por *oferta pública;* aquelas em que se verifica uma *emissão de acções* (ou valores mobiliários equiparados) *através de oferta pública*; as sociedades cujas *acções* (ou valores mobiliários equiparados) se encontram *admitidas à negociação* em mercado regulamentado de acções (ou de valores mobiliários equiparados); aquelas cujas *acções* sejam *alienadas em oferta pública de venda ou em oferta pública de troca*, envolvendo quantidades superiores a 10% do capital social; e as sociedades que se constituem por cisão de sociedade aberta ou que incorporem por fusão a totalidade ou parte do património de sociedades abertas.

A sociedade aberta e, dentro dela, em especial, a cotada, corresponde ao subtipo de sociedade em que existe uma mais nítida separação entre a propriedade e o controlo. A existência de um universo de acionistas, tipicamente simples investidores, interessados na sociedade na estrita proporção das ações de que são titulares e, sobretudo, na óptica da sua posterior alienação com lucro, traz um conjunto de especificidades ao governo das sociedades, expressamente contempladas no CVM, e que justifica uma maior preocupação com a sua tutela. Tal reflecte-se em diversos traços de regime, constantes dos arts. 15º, 16º, 20º, 22º a 26º, 188º, 245º e 245º/1, b), 246º e 246º-A, 248º do CVM e dos arts. 374º-A/1, 396º/1 e 3, 413º/2 a), 414º/4 e 6, 423º-B/4 e 5, 444º/2 e 6, e 446º-A a 446º-F[4] do CSC[5].

---

[1] A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Governo das Sociedades*, Coimbra, 2017, p. 33.
[2] Ver art. 13º do CVM e PAULO CÂMARA, *Manual de direito dos valores mobiliários*, Coimbra, 2011, p. 495.
[3] P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, Coimbra, 6ª ed., 2015, pp. 92-93.
[4] Nas sociedades anónimas abertas cujas acções se encontram admitidas à negociação em mercado regulamentado (*maxime* em bolsa de valores), deve ser instituído o cargo de secretário (da sociedade), regulado nos arts. 446º-A a 446º-F do CSC. Por sua vez, a sua competência encontra-se legalmente estabelecida no art. 446º-B. A existência deste órgão não está dependente de menção contratual. Ver P. OLAVO CUNHA, *Designação de pessoas colectivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas*, *in* DSR, Ano 1, Vol. 1, 2009, p. 185.
[5] A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual*…, cit., pp. 33-34.

As sociedades abertas "regem-se pelas normas gerais aplicáveis às sociedades anónimas, bem como por normas especiais constantes do CSC e do CVM, Regulamentos e Recomendações da CMVM e dos Mercados em que as suas acções tenham sido admitidas à negociação[6].

Ainda assim, porém, quando nos confrontamos, como adiante veremos, com uma sociedade anónima de natureza especial e objecto de regulamentação autónoma, nomeadamente uma sociedade financeira ou seguradora, não se pode prescindir da enumeração dos requisitos consignados em diplomas de natureza especial. Nestes casos, deve atender-se ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), a legislação sobre seguros e, ainda, à Lei nº 148/2015, de 9 de Setembro, relativa às Entidades de Interesse Público, nomeadamente ao Regime Jurídico de Supervisão de Auditoria (RJSA).

À luz da reforma de 2006, distinguem-se quatro subtipos de sociedades anónimas, com regimes diferentes: a sociedade anónima (simplesmente), qualquer que seja a sua dimensão, disciplinada pelas normas do CSC, com excepção daquelas que forem unicamente aplicáveis à grande sociedade anónima (ou à cotada); a grande sociedade anónima, à qual se aplica o CSC em geral, com as especificidades impostas pela sua dimensão (em especial, arts. 413º, nº 2, al. a), 374º-A, 396º, nº 1, 414º, nºs 4 e 5, 423º-B, nº 4); a sociedade anónima aberta (não cotada), regulada pelas disposições do CSC e sujeita ao regime mais vigoroso do CVM (arts 13º a 29º); e a sociedade anónima (aberta) cotada, à qual se aplicam, para além dos preceitos normativos comuns a qualquer grande sociedade anónima ou sociedade aberta, regras próprias e específicas constantes do CSC (arts. 77º, nº 1, 414º, nº 6 e 423º-B, nº 5).[7]

Mostram-se diferentes as preocupações de governo das sociedades abertas[8] e, particularmente, no que se refere àquelas cujas acções se encontram admitidas à negociação em mercado regulamentado. Há quem tenha já sustentado "que a sociedade anónima cotada, mais até do que configurar-se como um subtipo da sociedade anónima, atinge já algum grau de autonomia que obriga a ponderar a (não) aplicabilidade de algumas regras gerais relativas às

---

[6] A. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais, valores imobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, vol. 1, As Sociedades Comerciais, Coimbra, 7ªed., 2013, p. 551.

[7] P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades*…, cit., pp. 94-95.

[8] Como salienta A. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades*…, cit., p. 539, "não se pode confundir sociedades abertas com sociedades admitidas à negociação em mercado regulamentado, ou com acções cotadas em bolsa. Estas são sempre sociedades abertas, mas nem todas as sociedades abertas têm acções admitidas à negociação em mercado regulamentado". P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades*…, cit., na p. 94, sublinha também a necessidade de "desfazer a ideia de que as sociedades abertas são sociedades cujas participações (ações) ou outros valores mobiliários se encontram necessariamente admitidas à cotação em mercado regulamentado, *maxime* em bolsa de valores. Com efeito, nem todas as sociedades abertas são cotadas". Para este autor "Entre as sociedades abertas contam-se, pois, todas as que se constituam por meio de ofertas públicas ou que realizem ofertas públicas (de subscrição), qualificando-se a sociedade como aberta por referência à oferta pública que esteja na base da sua constituição ou aumento de capital". T. ANSELMO VAZ, *Impugnação de deliberações sociais em sociedades abertas*, *in* IV Congresso Direito das Sociedades em Revista, 2016, refere também, na p. 260, que resulta de todo o elenco do art. 13º do CVM que as sociedades abertas podem estar ou não cotadas em bolsa.

sociedades anónimas em geral"[9]. A diferente configuração societária traduz-se em diversos aspectos[10], cuja relevância em termos de governo se apresenta de vulto. Daí que se deva atender às especificidades das empresas cotadas.

II – OS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO NA ESTRUTURA ORGÂNICA DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

1. A estrutura orgânica das sociedades anónimas

Existem, fundamentalmente, dois tipos de estruturação orgânica para a administração e controlo das sociedades anónimas: os chamados sistema monístico e sistema dualístico[11]. O sistema monista, originário dos países anglo-saxónicos, surge, hoje em dia, prevalecente nos diversos ordenamentos jurídicos. Assenta num modelo em que o próprio órgão de administração concentra as funções de fiscalização da sociedade. Pelo contrário, no sistema dualista, de origem germânica, cada uma daquelas funções está cometida a um órgão distinto[12].

No nosso país, o modelo de governação societário, na sua linhagem tradicional ou clássica[13], confiava a administração e a fiscalização da sociedade a dois órgãos. Eram eles,

---

[9] A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual*…, cit., p. 34. Ver ainda M. PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Direito de voto nas sociedades cotadas: da admissibilidade de categorias de acções com voto plural às L-Shares*, *in* RDS, Ano VII, Vol. 2, 2015, pp. 446-447. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades*…, cit., p. 540, sublinha que a questão que se coloca é a de saber se a sociedade aberta representa ou não um novo tipo societário. No fundo, em causa está saber-se, face ao regime que lhe é dedicado, se se revela um sub-tipo societário com características distintivas em relação às da sociedade anónima.

[10] Sobre estes aspectos, ver A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual*…, cit., p. 34.

[11] COUTINHO DE ABREU, *Governação das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2010, na p. 35, realça que são usualmente designados entre nós, embora menos correctamente, por monista e dualista. O autor refere ainda, na p. 36, que em Portugal "há alguma impropriedade" nesta distinção, por termos no monista não um mas dois órgãos e no dualista não dois mas três órgãos. Também PAULO CÂMARA, *Os modelos de governo das sociedades anónimas*, Colóquios do IDET, nº3, Coimbra, 2007, pp. 186-187, é da mesma opinião, acrescentando que, quando entra em cena o modelo anglo-saxónico, que concentra as funções de administração e de fiscalização no órgão de administração, de onde é emanada a comissão de auditoria, é preferível não o qualificar como modelo monista, uma vez que é a própria lei a esclarecer que a comissão de auditoria, embora constituída por administradores, constitui um órgão autónomo (art. 423º-B, nº 1). J. FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades, A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Coimbra, 2015, pp. 82-83, comunga da opinião que deve ficar definitivamente afastada a contraposição entre "modelos monistas" e modelos "dualistas", pois está claramente desadequada perante o modelo tradicional português, habitualmente apresentado como sendo monista (por contraposição ao modelo dualista de origem germânica) quando na verdade pressupõe necessariamente dois órgãos de administração e fiscalização: por um lado, o conselho de administração (ou administrador único) e, por outro, o conselho fiscal (ou fiscal único). Mesmo o modelo anglo-saxónico, tal como consagrado entre nós, se apresenta como dualista, porquanto a comissão de auditoria constitui, por si, um órgão autónomo e necessário. Aliás, RAÚL VENTURA, *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo*, Coimbra, 1994, na p. 12, também já sublinhara que a terminologia sistema monista e sistema dualista podia ser adequada para outros ordenamentos, como, por exemplo o francês, mas não para o tradicional português, onde existiam obrigatoriamente dois órgãos: o conselho de administração e o conselho fiscal.

[12] PAULO CÂMARA, *Os modelos*…, cit., pp. 183-184.

[13] Sendo o único modelo de governação admissível até à entrada em vigor do CSC, continua a ser um modelo que é comum à grande maioria das sociedades anónimas portuguesas. O modelo clássico pode, desde 2006, revestir uma de duas configurações – simples ou mais complexa. A mais complexa foi chamada modelo reforçado na proposta da CMVM. Ver P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades*…, cit., p. 761 e nota 1088 da p. 761. Este autor refere ainda, na nota 1087 da p. 761, que a CMVM chamou latino a este modelo de governação na sua proposta de alteração ao CSC. A designação de modelo latino foi ainda usada por G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil*, Coimbra, 2006, na p. 23; por PAULO CÂMARA, *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, *in* Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Coimbra, 2008, p. 77; por PAULO CÂMARA e G. FIGUIREDO DIAS, *O Governo das Sociedades Anónimas*, *in* O Governo das Organizações. A vocação universal do corporate governance, Coleção Governance Lab, Coimbra, 2011, p. 73; por J. PINTO FURTADO, *Competências e funcionamento dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais*, *in* Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, p. 596; e por MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, II, Das sociedades em

respectivamente: o conselho de administração e o conselho fiscal. Com a entrada em vigor do CSC, as sociedades anónimas passaram a poder assumir, a par da estrutura tradicional, a estrutura de tipo germânico ou dualista. Por sua vez, a reforma do direito societário introduziu uma terceira estrutura orgânica das sociedades anónimas: a estrutura monística[14] ou anglo-saxónica.

Bem mostra PEDRO MAIA[15] que a administração da sociedade pode obedecer a três estruturas diferentes (art. 278º): numa, designada pela doutrina de monista, a administração é entregue a um só órgão, o conselho de administração (ou administrador único) (arts. 278º, nº 1, a) e 390º ss.); noutra, dita dualista, a administração compete a dois órgãos distintos, o conselho geral e de supervisão[16] (arts. 278º, nº 1, c), e 434º ss.) e o conselho de administração executivo[17] (ou administrador executivo único) (arts. 424º ss.); na terceira, designada anglo-saxónica, a administração compete a um conselho de administração (art.278º, nº 1, b)) – tal como sucede na estrutura monista. Mas, nesta última e mais recente, o conselho de administração integra um outro órgão, de fiscalização[18], com a designação de comissão de auditoria, que é composto por uma parte dos membros do conselho de administração. Assim, os membros da comissão de auditoria, que é um órgão de fiscalização da sociedade, são, simultaneamente, administradores membros do conselho de administração[19].

Pode assim afirmar-se que, de acordo com as als. a), b) e c) do nº 1 do art. 278º, as sociedades anónimas podem adoptar uma de três modalidades de administração e fiscalização. A estrutura tradicional apresenta conselho de administração e conselho fiscal. A estrutura monística abarca conselho de administração, que inclui uma comissão de auditoria, e ROC.

Especial, Coimbra, 2006, p. 760. No entanto, tal como realça J. FERREIRA GOMES, *Da administração*…, cit., p. 82, a designação de modelo latino tem sido alvo de críticas. Uma delas reside no facto de alguns sistemas jurídicos não latinos, como o Japão, facultarem a adopção desta estrutura (PAULO CÂMARA, *Os modelos*…, cit., p.189).

[14] COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 4ª edição, Coimbra, 2011, p. 60, prefere as designações "estrutura tradicional/estrutura de tipo germânico/estrutura monística", P. OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades*…, cit., pp. 759 e ss., procede à distinção entre o modelo clássico, o modelo germânico (ou de inspiração germânica) e o (novo) modelo anglo-saxónico, assim como A. PEREIRA DE ALMEIDA, *Os Administradores Independentes*, *in* A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Coimbra, 2007, pp. 164-166. M. PUPO CORREIA, *Direito Comercial (Direito da Empresa)*, Ediforum – Edições Jurídicas, Lisboa, 2011, p. 244, refere os três figurinos básicos da estrutura orgânica da administração e fiscalização da sociedade: a estrutura "tradicional", "latina", ou "monista", a "anglo-saxónica", e conhecida como "germânica" ou dualista. Alguns autores usam, igualmente, indistintamente as designações de sistema anglo-saxónico e sistema anglo-americano. Tal é o caso de CALVÃO DA SILVA, "Corporate Governance"- Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão, *in* RLJ, 2006, p. 31, e J. PINTO FURTADO, *Competências*…, cit.., p. 597. P. CAETANO NUNES, *Os modelos de governo das sociedades anónimas – Os poderes-deveres dos non-executive directors*, *in* IV Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2016, pp. 73-75.

[15] PEDRO MAIA, *Tipos de Sociedades Comerciais*, *in* Estudos de Direito das Sociedades, Coimbra, 2015, p. 28.

[16] Este órgão designava-se apenas "conselho geral" antes do Decreto-Lei nº 76-A/2006.

[17] Este órgão designava-se "direcção" antes da reforma de Março de 2006.

[18] A fiscalização compete assim à comissão de auditoria e a um revisor oficial de contas.

[19] Já que o modelo anglo-saxónico confia a fiscalização a membros do órgão de administração, PAULO CÂMARA, *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, *in* Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Coimbra, 2008, p. 104, fala em fiscalização endógena da gestão societária.

Por fim, a estrutura de tipo germânico[20] engloba conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão, e ROC.

Tais modelos denunciam um patente propósito flexibilizador dos modelos de governação das sociedades anónimas existentes antes da reforma societária de 2006. Promoveram-se aprimoramentos nos modelos de governação já conhecidos e estabeleceu-se uma nova estrutura de administração e fiscalização das sociedades de cariz anglo-saxónico. A lei prevê a existência obrigatória de uma comissão de auditoria dentro do órgão de administração (art. 278º, nº 1. alínea b))[21].

Pode afirmar-se que, a partir de 30 de Junho de 2006, data da entrada em vigor do Decreto-Lei nº76-A/2006 (art. 64º), as sociedades anónimas dispõem de um maior e mais flexível leque de escolhas do modelo de governação[22]. Todavia, no contrato de sociedade anónima tem de constar, obrigatoriamente, a estrutura adoptada para a respectiva administração e fiscalização (art. 272º, al. g))[23].

O legislador português procurou, sobretudo pela consagração do modelo anglo-saxónico, "acompanhar os mais recentes desenvolvimentos verificados na teoria do *corporate governance*, em resposta às escandalosas fraudes da Enron, da Worldcom e de tantas outras sociedades…"[24]. Este modelo é adoptado, principalmente, pelas grandes sociedades com um número razoável de administradores (executivos)[25]. Colheu significativa adesão em sociedades cotadas em bolsa. Por seu turno, a introdução do modelo anglo-saxónico facilitou a adaptação das grandes sociedades nacionais aos quadros jurídicos externos e permitiu às sociedades estrangeiras que participem significativamente em sociedades portuguesas replicar nestas as suas estruturas orgânicas[26].

Não se pode omitir ainda, na sequência da exposição já mencionada de PEDRO MAIA, que, no domínio da fiscalização das Entidades de Interesse Público, estas também devem adoptar um dos modelos de administração e fiscalização consagrados no nº 1 do art. 278º CSC. Quando a Entidade de Interesse Público adoptar a modalidade de conselho de administração e conselho fiscal, a fiscalização dessas entidades ficará submetida a um conselho

[20] O modelo de inspiração germânica sofreu alterações mais significativas que o de estrutura clássica, com a reforma de 2006. Ver P. OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades…*, cit., nota 1093 das pp. 764-765.
[21] P. OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades…*, cit., p. 760.
[22] CALVÃO DA SILVA, "*Corporate Governance*"..., cit., p. 31.
[23] Após a reforma, a lei passou a consagrar um direito de escolha irrestrito, com a excepção do sistema clássico simplificado, que não pode ser adoptado pelas sociedades emitentes de valores mobiliários ou pelas sociedades de grande dimensão (art.278º, nº 3, e 423º, nº 2, a) CSC). Ver PAULO CÂMARA, *Os modelos…*, cit., p. 235.
[24] CALVÃO DA SILVA, *"Corporate Governance"…*, cit., p. 32.
[25] P. OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades…*, cit., p. 768.
[26] P. OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades…*, cit., p. 770, e J. FERREIRA GOMES, *Da administração…*, cit., p. 659.

fiscal e a um ROC ou SROC que não seja membro daquele órgão. Assim o determina o nº 1 do art. 3º da Lei nº 148/2015.[27].

O minucioso conjunto de requisitos legais indicado para a composição do órgão de fiscalização das Entidades de Interesse Público não prejudica, nos termos do referido diploma, diversas outras exigências legais ditadas em razão do sector de actividade, como já vimos anteriormente[28].

1.1. Os órgãos de fiscalização nas sociedades anónimas de estrutura monística: a comissão de auditoria e o ROC

A estrutura monística consiste num modelo de organização da sociedade anónima, característico das sociedades de matriz anglo-saxónica, em que a fiscalização da sociedade se inspira num modelo de autocontrolo, por ser exercida por membros do próprio órgão de administração que não desempenham funções executivas. Esta estrutura apresenta como órgãos sociais, para além da assembleia geral, o conselho de administração, que inclui a comissão de auditoria, e o ROC[29].

Ao conselho de administração cabe a administração da sociedade, que se consubstancia nas tradicionais funções de gestão e de representação da sociedade. No seio do conselho de administração, surge a comissão de auditoria a quem fundamentalmente cabe as funções de fiscalização da sociedade. Por seu turno, o ROC é, também, um órgão de fiscalização. Eleito pela assembleia geral sob proposta da comissão de auditoria, tem o dever de proceder ao exame das contas da sociedade, assim como levar a cabo as funções enquadradas no art. 420º, nº 1, als. c), d) e e) (cf. o art. 446º, nº 3).

O conselho de administração das sociedades de estrutura monística, de acordo com o art. 390º, nº 1, "é composto pelo número de administradores fixado no contrato de sociedade". No entanto, este número não deverá ser inferior a quatro, na medida em que a comissão de auditoria é composta, segundo o art. 423º-B, nº 2, por um número mínimo de três administradores. Exclui-se, assim, a hipótese, deixada em aberto pelo nº 2 do art. 390º, de estas sociedades optarem por ter um administrador único[30], conforme o nº 5 do art. 278º.

---

[27] Para maiores desenvolvimentos, ver RUI MARQUES e JOAQUIM MIRANDA SARMENTO, *As entidades de interesse público e as novas regras de supervisão de auditoria nas sociedades*, *in* RDS, Ano VIII, Nº3, 2016, pp. 577-593.
[28] Ver, *supra*, pp. 2-3.
[29] Cf. o art. 278º, nº 1, al. b).
[30] Sobre a discussão acerca do número mínimo de administradores nas sociedades de estrutura anglo-saxónica, ver SOVERAL MARTINS, *Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração*, *in* Reformas do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios do IDET, nº 3, Coimbra, 2007, pp. 258-259, que advoga dois administradores a acrescentar aos três que compõem a comissão de auditoria. Este autor conclui que devem ser cinco os administradores que adoptem este modelo, qualquer que seja o respectivo capital social. P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades*…, cit., pp. 768-769, aponta que o órgão de administração terá de ter um mínimo de cinco

Ao conselho de administração da sociedade anónima cabe a administração da sociedade em sentido lato, que abarca, tanto a gestão como a representação da sociedade[31]. Contudo, impõe-se fazer uma ressalva no que toca ao conselho de administração das sociedades de estrutura monística, pois, neste caso, nem todos os administradores podem desempenhar estas ou algumas destas tarefas de administração. Neste tipo de estrutura, de acordo com o nº 3 do art. 423º-B, é vedado o exercício de funções executivas na sociedade aos administradores que pertençam à comissão de auditoria. O exercício de funções executivas caberá apenas ao(s) administrador(es) que não seja(m) membro(s) da comissão de auditoria.

O conselho de administração pode funcionar de diversas formas. Os administradores, que não pertençam à comissão de auditoria, podem desempenhar todas as matérias de administração, salvo se o contrato de sociedade o proibir, de acordo com a primeira parte do nº 1 do art. 407º, em que o conselho de administração pode incumbir algum ou alguns dos administradores do desempenho de algumas matérias de administração, ou se o contrato de sociedade autorizar o conselho de administração a delegar a gestão corrente da sociedade num ou mais administradores, que não sejam membros da comissão de auditoria, ou mesmo numa comissão executiva, tendo em conta o nº 3 do art. 407º[32]. No caso de a delegação ocorrer, os demais membros do conselho de administração, sendo ou não membros da comissão de auditoria, deixam de ter o dever de deliberar em conselho sobre as matérias de gestão que hajam sido delegadas, mantendo, contudo, o poder de o fazer.

No seio do funcionamento do conselho de administração, podem existir administradores com diferentes competências. Uns são os administradores da comissão de auditoria, que são administradores não executivos; outros, os administradores-delegados ou membros da comissão executiva, a quem compete a gestão corrente da sociedade, são os administradores executivos; finalmente, existem os administradores que não pertencem a nenhuma daquelas comissões nem são administradores-delegados, são os administradores não delegados.

---

membros, sendo dois executivos, pressupondo que a sociedade tenha um capital social superior a 200. 000 euros, cfr. arts. 390º, nº 2 e 422º-B, nº3. Desta forma, o conselho de administração seria composto por um número ímpar de administradores, que iria ao encontro ao estabelecido antes da reforma de 2006. Já PAULO CÂMARA, *Os modelos*…, cit., p. 216, defende que o número mínimo de administradores pode ser, qualquer que seja o montante do capital social da sociedade, de quatro, pelo que, neste caso, é permitida a existência de um administrador-executivo único. Esta questão não colheu uma interpretação consensual, pois segundo P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades*…, cit., nota 1101 da p. 769, o nº5 do art. 278º é extremamente infeliz, qualquer que seja o seu sentido.

[31] Esta forma de caracterização da administração em sentido lato encontra-se em COUTINHO DE ABREU, *Governação*…, cit., p. 37 e em SOVERAL MARTINS, *A responsabilidade dos membros do conselho de administração por actos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva*, *in* BFDUC nº78, Coimbra, 2002, p. 366. Para mais desenvolvimentos, ver ainda PEDRO MAIA, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, BFDUC, nº62, Coimbra, 2002, pp. 137-138 que fala de um "modelo de atribuição de uma esfera de competência exclusiva ao órgão de administração para gerir a empresa social", em que "o conselho de administração não só é competente para gerir a empresa social como é o *único* órgão competente para o fazer" e SOVERAL MARTINS, *A responsabilidade dos membros*…, cit., p. 370.

[32] NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, BFDUC nº 14, Coimbra, 1997, p. 78, refere que os administradores delegados e a comissão executiva são qualificáveis como órgãos da sociedade, mas não como órgãos verdadeiramente autónomos, na medida em que os seus poderes não são originários, pois derivam do conselho de administração e reportam-se à gestão corrente, sendo a sua competência concorrente e não exclusiva.

O administrador executivo "é tradicionalmente definido como o administrador no qual tenha sido delegada a gestão corrente da sociedade (nos termos do art. 407º/3)". Por contraposição, o administrador não executivo[33]ou delegante "é tradicionalmente entendido como o membro do conselho de administração que não recebe poderes delegados nem integra a comissão executiva". Os administradores não delegados, "em virtude da delegação da gestão corrente da sociedade numa comissão executiva ou num ou mais administradores delegados, passam a responder apenas por uma "vigilância geral" (e não analítica) da actuação dos delegados, nos termos do nº8 do art. 407º"[34].

O modelo anglo-saxónico, formado pelo conselho de administração, comissão de auditoria e ROC, introduziu uma verdadeira novidade em matéria de fiscalização. A comissão de auditoria, constituída no seio do conselho de administração, configura-se como um modelo de autocontrolo societário, já que as funções de fiscalização passam a ser exercidas por membros de pleno direito do órgão de administração da sociedade, os quais não assumem funções executivas. A comissão de auditoria supervisiona a gestão - a exercer pelos administradores executivos – e controla o desempenho de funções do revisor oficial de contas (cfr. art. 423º-F, als. a), b), n) e o))[35].

A comissão de auditoria integra o número de administradores fixado nos estatutos, no mínimo de três membros efectivos, conforme o nº 2 do art. 423º-B. São designados "administradores não executivos", por serem membros do conselho de administração que não podem desempenhar funções executivas. Surgindo igualmente como membros de um órgão de fiscalização, estão sujeitos a várias incompatibilidades e a regras para a composição da comissão de auditoria. As regras para a composição da comissão de auditoria estabelecidas no CSC reportam-se ao nº 3 do art. 414º, que estabelece que podem ser membros da comissão de auditoria as sociedades de advogados, as SROC ou pessoas singulares com capacidade jurídica plena e qualificações e experiência profissional adequada ao exercício das funções.

---

[33] PAULO CÂMARA, *Os modelos*…, cit., na p. 219, evidencia que o estatuto dos membros da comissão de auditoria, que são administradores não executivos, difere do dos (eventuais) restantes administradores não executivos. Também PAULO CÂMARA, *Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas*, *in* A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Almedina, Coimbra, 2007, p. 235.

[34] J. FERREIRA GOMES, *Da administração*…, cit., pp. 668-669. Há que ressalvar que o dever de vigilância geral que incumbe aos administradores não deve ser confundido com o dever de fiscalizar que impende sobre os membros da comissão de auditoria. Os deveres de fiscalização, política e contabilística, são mais amplos e exigentes do que o dever de vigilância geral, que se traduz apenas num dever de vigiar o andamento geral da gestão quanto às matérias delegadas e não na necessidade de vigiar todos os actos praticados pelos administradores delegados. Sobre o dever de vigilância geral, ver ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores das sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra, 2002, pp. 113-123; e SOVERAL MARTINS, *A responsabilidade dos membros*…, cit., pp. 375-377. CALVÃO DA SILVA, "*Corporate Governance*"…, cit., p. 44, ressalva que a amplitude de vigilância – vigilância especial, analítica, circunstanciada – da gestão pela comissão de auditoria (art. 423º-F) é muito superior à da vigilância geral pelos administradores não executivos (delegantes), que se traduz numa vigilância geral (art. 407º, nº8). Como sublinha J. FERREIRA GOMES, *Da administração*…, cit., pp. 669, o modelo anglo-saxónico não pressupõe necessariamente uma delegação da gestão corrente da sociedade, mas pressupõe a existência de "administradores sem funções executivas" (art.423º-B/3), pelo que fica afastada a hipótese de fazer coincidir o conceito de administrador não executivo com o de administrador não delegado.

[35] P. OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades.*…, cit., p. 768.

Por sua vez, estas regras exigem que nas sociedades, emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, e nas sociedades, que cumpram os critérios referidos na al. a) do nº 2 do art. 413º, pelo menos um dos membros da comissão de auditoria tenha curso adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos de auditoria ou contabilidade, e que seja independente, conforme o nº 4 do art. 423º-B. Nas sociedades com valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, a maioria dos membros da comissão de auditoria deve ser independente, conforme o nº 5 do art.423º-B.

A comissão de auditoria, pese embora estar compreendida no conselho de administração nos termos do disposto no art. 278º, assume-se como um verdadeiro órgão da sociedade anónima, autónomo em relação àquele[36].

No modelo anglo-saxónico, a fiscalização é exercida por quem simultaneamente toma parte das decisões de gestão (art. 423º G, nº 1, al. b). Apresenta-se, por conseguinte, mais próxima dos actos fiscalizados, quer no tempo, quer no grau acrescido de esclarecimento quanto ao conteúdo e fundamento dessas decisões, já que os membros da comissão de auditoria têm acesso a toda a informação relevante. Aqui reside a grande vantagem de tal modelo.

Por fim, o ROC é designado pela assembleia geral sob proposta da comissão de auditoria, sendo-lhe aplicáveis as regras de incompatibilidade previstas no art. 414-A, assim como as constantes do EROC[37]. O ROC da sociedade de estrutura monística parece ser um verdadeiro órgão social[38]. Militam a seu favor o facto de este exercer funções que são próprias do conselho fiscal, conforme o nº 3 do art. 446º, assim como o de figurar no Capítulo VI, relativo à administração e fiscalização das sociedades anónimas, onde se enunciam os órgãos da sociedade.

Apresentámos, em síntese, os dois modelos que implicam uma fiscalização através de órgão integralmente externo à administração: o modelo clássico e o modelo dualista. Como modelo de fiscalização interna, avulta o modelo anglo-saxónico, se bem que se registe que em Portugal a comissão de auditoria constitui um órgão autónomo em relação ao conselho de administração (art. 423º-B, nº 1)[39].

---

[36] Neste sentido, ver MENEZES CORDEIRO, *Manual*…, II, cit., p. 779; P. OLAVO DA CUNHA, *Direito das Sociedades*…, cit., p. 620; J. FERREIRA GOMES, Da administração…, cit., p. 659; e ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade Civil dos Membros de Órgãos de Fiscalização das Sociedades Anónimas*, Coimbra, 2009, p. 55. Opinião contrária parece ter PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades*…, cit., na p. 454, ao escrever que "a comissão de auditoria não é um órgão autónomo, mas uma comissão integrada no Conselho de Administração". ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., pp. 56-57, identifica vários argumentos a favor da defesa desta autonomia.

[37] Para maior desenvolvimento, ver ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., pp. 43-45.

[38] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., p. 57.

[39] PAULO CÂMARA, *O Governo*…, cit., p. 80.

1.2. A repartição de competências entre a comissão de auditoria e o ROC

Apesar de a autonomização orgânica entre a comissão de auditoria e o ROC visar um objectivo de cisão das funções política e financeira de fiscalização, a comissão de auditoria e o ROC partilham algumas funções, provavelmente como medida de reforço da fiscalização[40].

Nas als. a) a f) do art. 423º-F, definem-se as competências da comissão de auditoria[41]. Realce merece também a atribuída pela al. n) do mesmo artigo que é a de fiscalizar a revisão de contas aos documentos de prestação de contas da sociedade. O art. 423-G, nº 1, estabelece ainda os deveres dos membros da comissão de auditoria. Por outro lado, por reenvio do nº 2 do art. 423º-G para o art. 420º-A, recai sobre o presidente da comissão de auditoria um dever de vigilância especial semelhante ao do revisor oficial de contas. O nº 1 do art. 420º, nas suas als. a) a f), aplicável ao ROC, nos quadros de uma estrutura societária que inclua a comissão de auditoria, por força de uma remissiva do nº 3 do art. 446º, atribui-lhe funções rigorosamente simétricas às da comissão de auditoria[42]. Estas competências são decalcadas das atribuídas ao fiscal único e ao conselho fiscal.

Por conseguinte, como acentuou G. FIGUEIREDO DIAS, "a desejada segregação de funções de fiscalização não terá sido aqui concretizada de um modo absolutamente feliz, já que se verifica uma clara partilha (ou mesmo sobreposição) de funções entre a comissão de auditoria e o ROC". Ao ROC "sobra, como função verdadeiramente específica, a da revisão e certificação legal de contas, visto possuir a qualidade profissional exigida pela lei para o efeito e ser exigida a sua intervenção profissional nos casos previstos na lei"[43].

Constitui, assim, um modelo de fiscalização da sociedade, onde, mais do que uma repartição de funções entre dois órgãos de fiscalização[44], se logra o ambicioso objectivo cautelar de estabelecer um *duplo grau de fiscalização*, sendo certo que algumas das funções aparecem partilhadas entre aqueles órgãos[45].

A separação entre a função política e a função contabilística[46] não é, no modelo anglo-saxónico, total[47]. O facto de, neste modelo, existirem dois órgãos de fiscalização dificulta a

---

[40] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p.28. Sublinha G. FIGUEIREDO DIAS, *Estruturas de Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil, in* Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, vol. I, Coimbra, 2007, na p. 805, que se pretendia que a dupla função fiscalizadora, política e financeira, fosse segregada, isto é, desempenhada por órgãos distintos e autónomos.

[41] CALVÃO DA SILVA, "*Corporate Governance*"…, cit., p. 42, realçou que estas competências de vigilância "são tão iguais às do conselho fiscal que bem podia o art. 423º-F ter-se cingido a remeter para o art. 420º (competência do fiscal único e do conselho fiscal)". Também a composição qualitativa, remuneração e destituição da comissão de auditoria assemelha-se ao conselho fiscal.

[42] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., pp. 28-29.

[43] Cf. o art. 42º do EOROC, instituído pelo Decreto-Lei nº487/99, de 16 de Novembro.

[44] Segundo ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., p. 58, parece ser posição incontestada na doutrina que a comissão de auditoria se assume como um órgão de fiscalização.

[45] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 29.

[46] Função contabilística também designada função financeira por G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 28.

compatibilização das suas competências. O intérprete das normas sobre cada um destes órgãos poderia, a um primeiro relance, ser levado "à conclusão que à comissão de auditoria cabe um papel de fiscalização política, ao passo que o ROC se ocupa da fiscalização contabilística". Não cabe qualquer dúvida que o ROC das sociedades de estrutura monística desempenha, nos temos do disposto no nº 1 do art. 446º, *in fine*, e nº 3, funções exclusivamente de revisão e certificação legal das contas da sociedade, não lhe cabendo nenhum papel na fiscalização política da sociedade. Já aos membros da comissão de auditoria não pertencem apenas funções de fiscalização política, uma vez que também assumem competências no âmbito da fiscalização das contas da sociedade. Fiscalizam, por exemplo, a revisão de contas aos documentos de prestação de contas da sociedade, de acordo com a al. n) do art. 423º-F. Bem vistas as coisas, as competências da comissão de auditoria mais parecem um desenho sobreposto às desenvolvidas pelo ROC[48].

III – OS DEVERES DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

A responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização decorre de uma desconformidade entre a conduta destes órgãos e a que normativamente lhes é exigível, dando origem a uma obrigação de indemnizar. Desta forma, há que determinar a conduta que é exigível aos membros dos órgãos de fiscalização no exercício das suas funções. Trata-se de identificar as fontes dos deveres dos membros dos órgãos de fiscalização, para, num momento posterior, elencar e analisar esses deveres. Abordar a responsabilidade civil dos fiscalizadores exige, primeiramente, discernir os deveres inerentes ao cargo ou função[49].

Reconhecem-se, como fontes de deveres dos membros dos órgãos de fiscalização, desde logo, a lei, em que os deveres decorrem principalmente do CSC e do CVM, e, em seguida, naturalmente do pacto social[50]. A Lei nº 148/2015, de 9 de Setembro, introduz alterações de índole societária, sendo atribuídos, no nº 3 do art. 3º, deveres adicionais aos órgãos de fiscalização das Entidades de Interesse Público.

---

[47] G. FIGUEIREDO DIAS, *Estruturas…*, cit., *na* p.805, salienta que se tal efeito de segregação parecia assegurado no modelo anglo-saxónico, em que a função de fiscalização é exercida pela comissão de auditoria e a revisão de contas é confiada ao ROC, não o é totalmente.
[48] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade…*, cit., p. 58.
[49] A. FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Civil dos Administradores, in* Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Coimbra, 2008, p. 261.
[50] Para maiores desenvolvimentos, ver ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade…*, cit., pp. 69-71.

Os deveres legais são todos aqueles que derivam da lei e que se traduzem em imposições legais de conduta aos administradores ou fiscalizadores. De modo a sistematizar os deveres dos membros dos órgãos de fiscalização, importa distinguir entre deveres fundamentais ou gerais e deveres de conteúdo específico[51].

1. Deveres de conteúdo específico

São múltiplas as competências legalmente atribuídas, de modo expresso, aos órgãos de fiscalização nos vários modelos de governo. Os deveres legais específicos, no caso das sociedades de estrutura anglo-saxónica, resultam essencialmente das competências legais impostas nos arts. 423-F e 423-G e de outras normas dispersas pelo mesmo diploma, relativas à fiscalização das sociedades anónimas[52].

1.1. Os deveres de fiscalização

O dever de fiscalização de um órgão fiscalizador corresponde a uma obrigação de conteúdo genérico. As competências específicas encontram-se consagradas no CSC e no EROC. Entre elas, encontram-se duas grandes dimensões na actividade desenvolvida pelos órgãos de fiscalização. Uma compreende a fiscalização política e a outra a fiscalização contabilística ou financeira[53].

Estas duas linhas de fiscalização reclamam intervenções diferentes na sociedade fiscalizada, podendo, inclusivamente, ser desempenhadas por órgãos distintos. Daí a necessidade de se estabelecer uma segregação entre as actividades de fiscalização política e de fiscalização contabilística. A fronteira separadora, segundo alguns autores, ocorreria pela atribuição destas funções a órgãos distintos e autónomos[54].

---

[51] Segundo COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, IDET nº 3, Coimbra, 2007, p. 17, os deveres de cuidado e de lealdade são deveres legais gerais enquanto os deveres legais específicos resultam imediata e especificamente da lei, com numerosos exemplos no CSC e fora dele. Já P. PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais*, *in* DSR, Ano I, Vol. 2, 2009, na p. 69, usa a terminologia "deveres fundamentais" para os que constam no art.64º. Este autor, na p. 61, diz ainda que prefere distinguir categorias de actos em vez de categorias de deveres. Usa, ainda, na p. 65, a terminologia "deveres fundamentais de gestão" e "deveres vinculados de administração". Empregando também a designação "deveres fundamentais", ver G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 50.

[52] Com mais desenvolvimento, ver ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., pp. 89-138. Em termos sistemáticos, e trabalhando com os mesmos deveres deste autor, ver A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual*…, cit., pp. 316-320, e, sobre o dever de vigilância, p. 327.

[53] A expressão "fiscalização contabilística" é usada por COUTINHO DE ABREU, *Governação*…, cit., p. 184, enquanto G. FIGUEIREDO DIAS usa a designação "fiscalização financeira".

[54] Os modelos monístico e germânico de governação são aqueles em que estas funções se encontram claramente autonomizadas.

1.1.1. Os deveres de fiscalização política

No modelo anglo-saxónico, o art. 423º-F, nas suas als. a) e b), refere que compete à comissão de auditoria "fiscalizar a administração da sociedade" e "vigiar pela observância da lei e do contrato de sociedade" A fiscalização política desdobra-se na fiscalização da administração da sociedade e na fiscalização da legalidade.

A primeira questão que se levanta é em relação ao que deve ser fiscalizado. Não dissentimos da opinião de ESTÊVÃO MARQUES[55], de que a administração que deve ser fiscalizada pelos membros dos órgãos de fiscalização é a administração em sentido amplo[56], que abrange a gestão da sociedade e a representação da sociedade. De forma mais precisa, a fiscalização da actividade de administração da sociedade não se restringe à actuação dos administradores ou dos membros dos órgãos de administração da sociedade, mas estende-se a todos os sujeitos ou órgãos que desempenham aquela actividade de administração, sejam eles os administradores ou o órgão de administração propriamente dito da sociedade, a assembleia geral ou os próprios trabalhadores da sociedade[57].

Cumpre, após se ter averiguado o que deve ser fiscalizado, determinar como se deve fiscalizar. No fundo, a questão que se coloca é se estamos perante um controlo de legalidade formal, em que o órgão de fiscalização se limita a avaliar, por exemplo, o cumprimento das regras de reunião da administração, do sistema de impedimentos e incompatibilidades dos administradores; ou se os poderes de fiscalização surgem mais amplos, caindo no campo da avaliação do mérito das decisões de administração.

Sublinha COUTINHO DE ABREU[58] que os membros dos órgãos de fiscalização não podem imiscuir-se na administração da sociedade. No entanto, a fiscalização da administração da sociedade não pode limitar-se a um controlo de legalidade formal, uma vez que os membros dos órgãos de fiscalização devem vigiar a observância de regras de gestão correcta[59], controlar a adequação da organização empresarial e a eficácia económica da sociedade[60].

---

[55] ESTEVÃO MARQUES, *Responsabilidade…*, cit., p. 93.

[56] Na administração da sociedade, distingue-se, habitualmente, a administração em sentido amplo da administração em sentido estrito. A primeira abarca a gestão da sociedade e a representação, enquanto a segunda se restringe à gestão ou actividade interna da sociedade. Segundo COUTINHO DE ABREU, *Governação…*, cit., p. 39, a administração em sentido estrito refere-se ao conjunto de actividades de gestão da sociedade que não se confundem nem sequer exigem o exercício de funções de representação.

[57] Para maior desenvolvimento, ver COUTINHO DE ABREU, *Governação…*, cit., pp. 39-44.

[58] COUTINHO DE ABREU, *Governação…*, cit., p. 185.

[59] Avaliando, por exemplo, se os administradores actuaram diligentemente ou se se informaram convenientemente.

[60] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade…*, cit., p. 94. JOANA GIL, *Contributo para uma dogmática da fiscalização das sociedades anónimas – A competência técnica*, Coimbra, 2006, p. 115, refere que o critério presente em alguma doutrina italiana, que é o de "controlo da legalidade substancial", é o mais acertado. A autora refere ainda, na p. 117, que "fiscalizar a administração é realizar a vigilância geral pela observância por parte da administração dos bons princípios de administração e adoptar as medidas tendentes a evitar a prática de actos contrários àqueles princípios".

Segundo ESTÊVÃO MARQUES[61], a fiscalização da administração da sociedade não se esgota na fiscalização política. Conforme o disposto na al. b) do art. 423º-F, os membros dos órgãos de fiscalização, representados neste caso pela comissão de auditoria, devem zelar pela observância da lei, assim como pela observância do próprio pacto social.

1.1.2. Os deveres de fiscalização contabilística

O legislador consagrou vários deveres de conteúdo específico que configuram e dão corpo à fiscalização contabilística.

A fiscalização contabilística incumbe ao ROC e, no caso das sociedades anónimas, que tenham adoptado o modelo anglo-saxónico, à comissão de auditoria[62], tendo em conta a relação entre as normas do CSC e do EROC. Ao ROC atribui-se exclusivamente a revisão e certificação legal de contas[63], previstas no nº 4 do art. 420º e no nº 1 do art. 446º do CSC. A comissão de auditoria tem como competências, de acordo com as als. c), e), do art. 423º-F, "verificar a regularidade dos livros, registos contabilísticos e documentos que lhes servem de suporte", "verificar a exactidão dos documentos de prestação de contas". Estas competências estão inseridas na fiscalização contabilística. Em alguns casos, em que se enquadra o art. 423º-F, os órgãos de fiscalização, como a comissão de auditoria, têm também o dever de fiscalizar a própria revisão de contas do ROC, consagrando-se como que uma revisão de segundo grau das contas da sociedade[64].

A fiscalização contabilística contempla, no seu exercício, dois momentos capitais: o primeiro é a revisão de contas e o segundo a certificação legal de contas[65]. O primeiro momento, sendo inspectivo, revela-se numa actividade de análise de documentos e recolha de informações. E o segundo momento, assumindo cariz valorativo, projecta-se na avaliação das contas da sociedade, partindo dos dados recolhidos e resultando na emissão de um juízo sobre as contas da sociedade. Aludimos à certificação legal de contas.

Nas sociedades abertas, existe "um regime especial de fiscalização que prevê a intervenção de um auditor nos actos mencionados no art.8º do CVM. Este auditor é necessariamente um ROC que preencha os requisitos do art. 9º e que se encontre registado como tal

---

[61] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., p. 95.
[62] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 28, nota 42, refere que "a função de fiscalização política se pode afirmar, em relação à comissão de auditoria, como preponderante em relação à função de fiscalização financeira".
[63] No mesmo sentido, ver G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 29.
[64] JOANA GIL, *Contributo*…, cit., na p. 112, alude também à função instrumental e secundária da comissão de auditoria em relação ao ROC, conservando competências ao nível da fiscalização contabilística.
[65] Ver mais desenvolvidamente G. FIGUEIREDO DIAS, *Controlo de Contas e Responsabilidade dos ROC*, in Temas Societários, Colóquios do IDET, nº2, 2006, p. 170.

junto da CMVM. Em termos de funções, o ROC aproxima-se do auditor interno enquanto o auditor registado junto da CMVM desempenha funções de auditoria externa"[66].

A distinção entre o ROC e o auditor reside no facto deste último ter procedido ao respectivo registo como auditor externo junto da CMVM, "ficando assim habilitado a exercer a auditoria de sociedades abertas, nos termos impostos pelo art.8º CVM. De forma redundante, o auditor é sempre um ROC ou uma SROC, mas nem todos os ROC são auditores"[67].

Na fiscalização da sociedade aberta, cumpre sublinhar que o auditor é um sujeito que desempenha um papel diferente do ROC, o qual integra os respectivos órgãos. Enquanto o auditor referido no CVM desempenha funções de auditoria externa em relação à sociedade, o ROC corresponde sensivelmente à figura do auditor interno.

No tocante aos pressupostos e ao regime da responsabilidade do ROC e dos auditores, esta distinção colhe relevo. Como sublinha G. FIGUEIREDO DIAS, isto faz toda a diferença[68]. O CVM "preocupou-se em estabelecer, para o auditor, um regime também ele especial de responsabilidade, que, todavia, é privativo dos auditores no exercício exclusivo da sua função de fiscalização de sociedade aberta, e não em toda a sua actividade[69]".

Tornou-se entendimento comum, com base na Directriz Técnica 701 emitida pela Ordem dos ROC, que a mesma pessoa pode acumular, junto da sociedade, as funções de ROC membro do órgão de fiscalização da sociedade e de auditor, para efeitos do cumprimento do disposto no art. 8º do CVM e de outras disposições congéneres, sustentando-se inclusivamente que a certificação legal de contas e o relatório de auditoria possam ser elaborados e assinados pela mesma pessoa e que constem do mesmo documento.

1.2. Outros deveres legais específicos

Muitos outros deveres específicos se podem apontar aos membros dos órgãos de fiscalização. São de assinalar: os deveres de reunir e de assistir às reuniões dos órgãos sociais; o dever de informar; o dever de guardar segredo; o dever de denúncia; o dever de impugnar as deliberações sociais; o dever de convocar a assembleia geral; o dever de receber as comunicações de irregularidades (*whistleblowing*); o dever de vigilância; e o dever de prestar caução ou segurar a responsabilidade. Estes deveres não esgotam todas as competências dos órgãos

---

[66] A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual…*, *cit.*, p. 328 e G. FIGUEIREDO DIAS, *Controlo…*, cit., pp. 171-172.
[67] G. FIGUEIREDO DIAS, *Controlo…*, cit., nota 24 da p. 172. O facto de o ROC individual poder registar-se como auditor, constitui uma novidade introduzida pela CVM, uma vez que no domínio do anterior Código do Mercado de Valores Mobiliários apenas eram admitidas ao registo como auditores as SROC.
[68] Ver ainda L. MENEZES LEITÃO, *A Responsabilidade Civil do Auditor de uma Sociedade Cotada*, *in* ROA, Ano 65, Vol. III, Dez 2005, pp. 663 e ss.
[69] G. FIGUEIREDO DIAS, *Controlo…*, cit., pp. 172-173.

de fiscalização e dos seus membros. Em todo o caso, são os que melhor demarcam o respectivo âmbito de actuação e aqueles que mais zelo cumpridor reclamam.

2. Deveres fundamentais ou gerais

Originariamente, o art. 64º CSC tinha a seguinte redacção:

"*Os gerentes, administradores, ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores*".

Após a reforma do CSC, o art. 64º do CSC recebeu outra redacção sob a nova epígrafe "Deveres fundamentais". Reza assim:

"1. Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e

b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

1. Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade."

O art. 64º surgiu, nesta nova configuração, desdobrado em dois números: o nº 1 relativo aos administradores, e o nº 2, quanto à fiscalização. No nº 1 do art. 64º encontram-se vertidos na alínea a) os deveres de cuidado (*duty of care*) e na alínea b) os deveres de lealdade (*duty of loyalty*)[70]. Como sublinha certeiramente G. FIGUEIREDO DIAS[71], "a reforma veio, de forma muito pouco clara, substituir o anterior dever de diligência consagrado no art. 64º por um dever de cuidado e um dever de lealdade (art. 64º, nº 1, als. a) e b))"[72].

---

[70] N. CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Coimbra, 2011, na p. 13, sublinha que a redacção do art.64º nº 1 sofre uma incontestável influência da cultura jurídico-societária norte-americana e das doutrinas de *Common Law*, estabelecendo-se, por conseguinte, um claro paralelismo com os *duty of care* e *duty of loyalty* (ou *duty of fair dealing*) daquele direito. PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais, in* DSR, Ano 1, vol. 1, 2009, refere, na p.18, os deveres de cuidado (*duty of care*) e os deveres de lealdade (*duty of loyalty*) como sendo de clara influência anglo-americana. MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades, in* ROA, Ano 66, Vol. II, 2006, na p. 447, refere que os deveres de cuidado e de lealdade são designados direitos fiduciários na Inglaterra. A BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Deveres fiduciários de cuidado: imprecisão linguística, histórica e conceitual*, in RDS, Ano VII, Números 3/4, 2015, Coimbra, na p. 619, afirma que "a complexidade dogmática e a incerteza conceitual introduzidas com a reforma de 2006 foram mais recentemente agravadas com a divulgação da expressão *deveres fiduciários*, para designar, conjuntamente, os deveres de cuidado e os deveres de lealdade que adstringem os administradores".

[71] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 43.

[72] FÁTIMA GOMES, *Reflexões em Torno dos Deveres Fundamentais dos Membros dos Órgãos de Gestão (e Fiscalização) das Sociedades Comerciais à Luz da Nova Redacção do Artigo 64º. do CSC, in* Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais , vol. 2, Coimbra, 2007,

De modo diverso, já no que toca aos membros dos órgãos de fiscalização, o legislador não procedeu, no nº 2 do art. 64º, ao desdobramento entre deveres de cuidado e deveres de lealdade.

A diferente formulação do nº 2 do art. 64º, pelo que concerne aos órgãos de fiscalização, em confronto com o nº 1 que respeita aos administradores, suscita dúvidas quanto ao sentido a dar ao nº 2. Descortinam-se duas interpretações acerca do nº 2 do art. 64º.

A primeira, segundo G. FIGUEIREDO DIAS[73], parece apontar, no que respeita aos membros dos órgãos de fiscalização, para que os deveres de lealdade se encontrem subalternizados em relação aos deveres de cuidado, constituindo aqueles um simples meio de cumprimento destes últimos. Posição idêntica assume P. OLAVO CUNHA[74], ao afirmar que "a lei parece subsumir os deveres de lealdade aos deveres de cuidado, na medida em que determina que o cumprimento destes pressupõe *elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade*".

No entanto, na tese de G. FIGUEIREDO DIAS[75], "permanece obscura a razão pela qual, de acordo com a formulação legal, o dever de lealdade constitui, para os administradores, um dever autónomo, com uma densidade equivalente ao dever de cuidado, enquanto para os fiscalizadores, o mesmo *dever de lealdade* constituiu um *modo de exercício do dever de cuidado*, erigido este último, aparentemente em dever fundamental". Só que, como ninguém ignorará, o zelo cuidadoso pode não ser leal e também pode existir uma lealdade descuidada. Por isso, G. FIGUEIREDO DIAS muito bem acentua que "não é evidente que os deveres de cuidado possam ser cumpridos "empregando (…) deveres de lealdade. Sobretudo quando se tenha em consideração que os primeiros correspondem a deveres técnicos, enquanto os segundos podem ser qualificados como deveres morais ou éticos".

Uma segunda interpretação sugere que, apesar das diferenças, os membros dos órgãos de fiscalização devem observar os deveres de cuidado e os deveres de lealdade de forma autónoma, não existindo qualquer subalternização. Isto é, a redacção do nº 2 do art. 64º deve ser interpretada em termos de atribuir autonomia e igual dignidade e importância a cada uma das categorias de deveres, deveres de cuidado e deveres de lealdade. Como sublinha G. FIGUEIREDO DIAS[76], "já que não é possível vislumbrar qualquer justificação útil para uma tal disparidade. Assim se alcançaria uma desejável simetria entre os preceitos do nº 1 e do nº 2

---

p. 552, sublinha que com a nova redacção do art. 64º se deu uma alteração significativa, senão mesmo profunda, do sentido do dever de diligência.

[73] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 51.

[74] P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades*…, cit., p. 543.

[75] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 52.

[76] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 53.

do art. 64º, permitindo que o preenchimento de ambas as cláusulas se fizesse, em cada caso, à custa de padrões e concepções paralelas, uma vez que tudo aponta para uma proximidade muito estreita entre os fundamentos e a teologia daquelas normas".

A. PERESTRELO DE OLIVEIRA[77] realça, quanto ao nº 2 do art. 64º, que, "apesar da redacção infeliz, o sentido da mesma é o da vinculação dos membros do órgão de fiscalização a deveres de cuidado e deveres de lealdade, que têm que ser colocados em paralelo e que, na sua essência, não diferem daqueles que vinculam os administradores. As diferenças que se descortinam são, na realidade, fruto da natureza das funções dos dois órgãos". Aliás, CALVÃO DA SILVA[78] já sublinhara que, "independentemente do copioso verbalismo utilizado no nº 1 e no nº 2 do art. 64º, o verdadeiro e decisivo alcance interpretativo não pode deixar de ser substancialmente o mesmo nos dois tipos de profissionais, administradores e titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização". Neste sentido, a interpretação da norma do art. 64º, nº 2, como tendo um sentido e um alcance idênticos ao da norma análoga proposta para os administradores (art. 64, nº 1), é defendida por vários autores[79].

Comungamos desta segunda interpretação da norma, pelo que cumpre agora analisar os deveres de cuidado e de lealdade para os membros dos órgãos de fiscalização.

2.1. Deveres de Cuidado

Os deveres de cuidado, previstos na al. a) do nº 1 do art. 64º, concretizam-se nas ideias de disponibilidade, competência técnica e conhecimento da sociedade adequados às suas funções e empregando, nesse âmbito, a diligência de um gestor criterioso e ordenado.

Ao invés, quanto aos deveres de cuidado, previstos no nº 2 do art. 64º, o legislador não discriminou para os membros dos órgãos de fiscalização as concretizações possíveis, tal como o fez para os gerentes e administradores das sociedades. Na verdade, o nº 2 limita-se a indicar que sob os órgãos de fiscalização impendem deveres de cuidado, tendo de observar nessa linha elevados padrões de diligência profissional. Ao intérprete pede-se assim que leve a cabo uma concretização e densificação do conteúdo dos deveres de cuidado exigidos aos membros dos órgãos de fiscalização.

Os deveres de cuidado surgiram, em primeiro lugar, para os administradores das sociedades e, só depois, se alargaram aos membros dos órgãos de fiscalização. Perante um maior desenvolvimento doutrinal e uma jurisprudência mais abundante, somos levados a recorrer

[77] A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual*…, cit., p. 320.
[78] CALVÃO DA SILVA, "*Corporate Governance*"…, cit., p. 52.
[79] Para além dos mencionados, também ESTEVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., p. 74.

aos deveres de cuidado, tal como são aplicados aos administradores. Isto para, em seguida, nos atrevermos a densificar estes deveres no tocante à sua aplicação aos membros dos órgãos de fiscalização.

O *duty of care* "consiste no dever dos administradores de cumprirem com diligência as obrigações derivadas das suas funções. Tal dever deriva da regra moral subjacente a todo o *law of negligence* e que impõe àquele que assume uma função que comporta um risco de provocação de danos a obrigação moral de cumprir o seu dever com diligência"[80].

O dever de cuidado (na esteira do "*duty of care*") encontra-se, doutrinalmente, subdividido em quatro deveres. Segundo RICARDO COSTA[81], as principais manifestações, ou subdeveres, do dever de cuidado consistem no: dever de controlar, ou vigiar, a condução da actividade da sociedade, as suas políticas, práticas, etc. (*duty to monitor*); no dever de se informar e de realizar uma investigação sobre a atendibilidade das informações que são adquiridas e que podem ser causa de danos, seja por via dos normais sistemas de vigilância, seja por vias ocasionais (*duty of inquiry*); o dever de se comportar razoavelmente no *iter* de formação de uma decisão, obtendo a informação necessária para o habilitar a tomar uma boa decisão (*reasonable decisionmaking process*); e o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis, dentro de um catálogo mais ou menos discricionário de alternativas possíveis e adequadas[82]. RICARDO COSTA evidencia que os dois primeiros subdeveres do dever de cuidado "podem muitas vezes conjugar-se de uma forma muito estrita e até absorverem-se em hipóteses concretas enquanto subdever (global e uno) de controlar e vigiar a evolução económico-financeira da sociedade e o desempenho dos gestores (não só administradores), em geral sobre a actuação dos restantes administradores, trabalhadores e colaboradores com

[80] P. CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, Coimbra, 2006, p. 22.

[81] RICARDO COSTA, *Deveres gerais dos administradores e "gestor criterioso e ordenado", in* I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, 2011, pp. 166-167; RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule, in* Reformas do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios do IDET nº3, Coimbra, 2007, p. 59; e RICARDO COSTA/G. FIGUEIREDO DIAS, *Artigo 64º, in* Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Jorge Manuel Coutinho Abreu (coord.), IDET, Nº 1, Coimbra, 2010, pp. 732-733. Com uma classificação idêntica, ver P. CAETANO NUNES, *Corporate*…, cit., pp. 22-23; J. SOARES DA SILVA, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades: Os Deveres Gerais e os Princípios da Corporate Governance, in* ROA, Ano 57, Vol, II, 1997, pp. 623-624; VÂNIA MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social, in* RDS, Ano I, Nº2, 2009, p. 390; e HUGO SANTOS e ORLANDO GUINÉ, *Deveres fiduciários dos administradores: algumas considerações (passado, presente e futuro), in* RDS, Ano V, Nº 4, 2013, pp. 695-698.

[82] O *duty to monitor* impõe que o administrador esteja sempre atento às flutuações da rentabilidade da empresa, controle os recursos humanos e, no caso das sociedades anónimas cotadas em bolsa, esteja atento ao mercado de valores mobiliários, sendo um exemplo deste dever de vigilância aquele que recai sobre os administradores não delegados face aos delegados e a uma eventual comissão executiva, nos termos previstos no art. 407º, nº 8, devendo aqueles zelar pelo cumprimento dos deveres que sobre eles impendem e também o dever que recai sobre os membros da Comissão de Auditoria, nos termos do artigo 423º -F. O *duty to monitor* traduz-se no dever de investigar e aferir a fiabilidade das informações que obriga o administrador a obter as informações correctas e a analisar escrupulosamente a sua veracidade e os riscos que as mesmas comportam (até a nível financeiro). O terceiro subdever (*reasonable decisionmaking process*) consiste no dever de, no processo de tomada de decisões, comportar-se razoavelmente e obter informação para que tome uma decisão acertada. Por fim, o quarto subdever (*reasonable decisions*) é o dever de tomar e executar decisões razoáveis, equitativas e ponderadas, até porque o administrador se encontra ao comando da sociedade e as suas decisões poderão reflectir-se na rentabilidade da mesma (no maior ou menor lucro). Ver VÂNIA MAGALHÃES, *A conduta*…, cit., p. 390.

funções de gestão, em especial na relação entre administradores não executivos e administradores executivos"[83].

Desdobram BRUNO FERREIRA[84] e FRAGOSO MENDES[85] os deveres de cuidado em dever de vigilância e investigação; dever de disponibilidade; dever de preparar adequadamente as decisões de gestão, dever de tomar decisões de gestão racionais; e dever de tomar decisões de gestão razoáveis. BRUNO FERREIRA acrescenta ainda que estes deveres podem ser classificados em duas categorias: deveres que dizem respeito à tomada de decisões (o dever de preparação adequada de decisões de gestão, o dever de tomar decisões de gestão racionais e o dever de tomar decisões razoáveis); deveres desligados da tomada de decisões de gestão, relacionados com o acompanhamento da actividade da sociedade (o dever de vigilância e investigação e o dever de disponibilidade).

COUTINHO DE ABREU[86] opta por uma nomenclatura que compreende: o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, o dever de actuação procedimentalmente correcta (para a tomada de decisões), e o dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis[87]. O primeiro dever corresponde ao *duty of monitor*, ou seja, ao dever de vigilância e de controlo da actividade da sociedade. ENGRÁCIA ANTUNES[88] refere o *duty of monitor*, dever de acompanhamento e vigilância da gestão quotidiana dos negócios sociais; *duty to inquiry*, dever de exame e averiguação de circunstâncias ou factos relevantes para a gestão social de que tenham tomado conhecimento; e *process to care*, dever de observância de processos adequados tendentes à tomada de decisões.

A fonte inspiradora dos nossos autores parece encontrar-se no elenco dos deveres específicos do dever de cuidado gizados por MELVIN EISENBERG[89]: o dever de controlo ou supervisão da actividade da sociedade (*duty to monitor*), o dever de obter informação (*duty of inquiry*), o dever de comportar-se razoavelmente no processo de formação de uma decisão; e o dever de tomar decisões razoáveis.

---

[83] RICARDO COSTA, *Deveres gerais*…, cit., p. 167.
[84] BRUNO FERREIRA, *Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes*, *in* RDS, Ano I, Nº3, 2009, p. 711.
[85] FRAGOSO MENDES, *Entre o temerário e o diligente – A business judgment rule e os deveres dos administradores. Da sua origem à implementação no ordenamento jurídico português*, *in* RDS, ANO VI, 3-4, 2014, p. 820.
[86] COUTINHO DE ABREU, *Deveres de Cuidado*…, cit., p. 20.
[87] N. CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres*…, *cit*., p. 17 considera, sublinhando que não se afasta da nomenclatura de Coutinho de Abreu, como subdeveres de cuidado: o dever de vigilância, o dever de preparar adequadamente as decisões de gestão, e o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis. Também MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Dever de os Administradores Não Aproveitarem, Para Si ou Para Terceiros, Oportunidades de Negócio Societárias*, *in* RCEJ, nº 20, 2011, na p. 26, apresenta as manifestações do dever de cuidado, com base em COUTINHO DE ABREU.
[88] ENGRÁCIA ANTUNES, *Manual de Direito das Sociedades*, Porto, 2011, p. 327.
[89] MELVIN A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratory e dei funzionari delle società nel diritto americano*, GC, 1992, pp. 618 e ss.

Na óptica de ESTÊVÃO MARQUES[90], a "imposição de deveres de cuidado aos membros dos órgãos de fiscalização significa que, no exercício das suas funções de fiscalização da administração e das contas da sociedade, bem como no das inerentes funções de informação dos sócios ou auxílio dos órgãos de administração, aqueles devem empregar o tempo, o esforço e o conhecimento exigidos pela natureza da sua própria actividade e pelas próprias circunstâncias concretas". Traduz-se, concretamente, na exigência assinalada aos membros dos órgãos de fiscalização para que procedam a um controlo organizativo-funcional do próprio órgão de fiscalização, sempre que este seja colegial; também se projecta no dever de desenvolverem um procedimento correcto, obtendo toda a informação relevante disponível sempre que tenham que tomar uma decisão substancialmente correcta; ou, até, sempre que julguem necessário, nomeadamente no caso da comissão de auditoria, de acordo com a al. p) do nº 1 do art. 423-F, deve esta contratar a prestação de serviços de peritos que coadjuvem um ou vários dos seus membros no exercício das suas funções. A. PERESTRELO DE OLIVEIRA[91] salienta que o dever de cuidado "implica a imposição de deveres de diligência na fiscalização societária, devendo os membros do órgão em causa demonstrar disponibilidade, competência técnica e conhecimento da actividade da empresa".

O art. 64º impõe ainda aos administradores, na al. a) do nº 1, que, no exercício dos deveres de cuidado, empreguem a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Já quanto aos membros dos órgãos de fiscalização, no nº 2, estabelece-se que estes devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional.

Por seu turno, CARNEIRO DA FRADA[92]reconhece que a discrepância legal não se afigura nada fácil de justificar entre a diligência de um gestor criterioso e ordenado exigível aos administradores e a diligência profissional dos titulares dos órgãos sociais com funções de fiscalização. Estranhou também que não se consagrasse o critério de elevada diligência profissional relativamente ao dever de administrar. E conclui, colocando a seguinte questão "Será viável ou oportuno destrinçar-se para o efeito entre a administração e a fiscalização das sociedades?".

Via de regra, a medida da diligência de um gestor criterioso e ordenado significa que o administrador, no exercício das suas funções, deve usar um certo grau de esforço (tensão de vontade) no sentido de descobrir os actos adequados à realização do fim imposto. No entanto,

---

[90] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., p. 76.
[91] A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual*…, cit., p. 320.
[92] CARNEIRO DA FRADA, *A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores*, *in* Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira, Coimbra, 2007, p. 206. Também CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores in* A Reforma do Código das sociedades comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Rául Ventura, Coimbra, 2007, pp. 65-66.

COUTINHO DE ABREU[93]afirma que "a norma, após algumas precisões, acaba por remeter para a "diligência de um gestor criterioso e ordenado", que é uma formulação das mais genéricas do dever de cuidado e abrangente daquelas precisões". Por seu turno, MENEZES CORDEIRO[94] sublinha que a bitola da diligência de um gestor criterioso e ordenado parece confinada apenas aos deveres de cuidado quando antes se reportava a todos os deveres, pois o administrador que cumpra o dever de lealdade está igualmente a agir como um gestor criterioso e ordenado.

No caso dos membros dos órgãos de fiscalização, o nº 2 do art.64º impõe que estes guardem "elevados padrões de diligência profissional" no exercício dos deveres de cuidado. A diligência profissional deve adequar-se ao tipo de órgão de fiscalização e às qualidades dos membros que o integram.

Em relação aos ROC, G. FIGUEIREDO DIAS[95] entende que se afigura possível, com maior ou menor rigor, preencher um conceito desta natureza, recorrendo às regras profissionais vertidas no EROC. Contudo, o "respectivo preenchimento apresenta maiores dificuldades em relação a todos os restantes membros dos órgãos de fiscalização, já que não existe, em relação a estes, um padrão objectivamente avaliável". "O exacto conteúdo daquela cláusula geral só poderá, pois, ser alcançado em conjugação com as normas especiais do CSC onde se consagram os deveres e as funções específicas de cada órgão de fiscalização, referidos nos arts. 423º-F e 423º-G para a comissão de auditoria. Os padrões de diligência com que os deveres de cuidado na fiscalização da sociedade devem ser exercidos aferir-se-ão em função da exacta e criteriosa observância dos especiais deveres e funções que, de acordo com aquelas normas, recaem sobre os membros dos órgãos de fiscalização".

Centrando-nos agora na comissão de auditoria, o nº 4 do art.423º-B, em algumas sociedades como as abertas e as sociedades que preencham os requisitos da al. a) do nº 2 do art.413º, reclama a presença de, pelo menos, um membro com curso superior adequado ao exercício das suas funções e com conhecimentos em auditoria ou contabilidade. A esta luz, de acordo com ESTÊVÃO MARQUES[96], a diligência profissional deve ser avaliada, nuns casos, tendo em atenção as qualificações profissionais para o exercício das funções de fiscalização, e, em outros, tendo em conta estas qualificações assim como os seus conhecimentos de contabilidade ou auditoria. Uma outra questão diz respeito à diligência profissional exigida aos membros que não possuam as mencionadas qualificações especiais. Em ambas as situações,

[93] COUTINHO DE ABREU, *Deveres de Cuidado*…, cit., p. 20.
[94] MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais*…, cit., p. 486.
[95] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 54.
[96] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., pp. 77-79.

deverá recorrer-se a um padrão de diligência superior ao do "fiscalizador médio"[97], que, porém, deve ser concretizado caso a caso. A diferente composição do órgão de fiscalização em termos qualitativos também suscita reflexão. É o caso da composição da comissão de auditoria, que, em certo tipo de sociedades anónimas, obriga a uma qualificação superior de, pelo menos, um dos membros. Pergunta-se: será que os seus diferentes membros estão sujeitos a graus de diligência profissional diversos, com a exigência de uma maior diligência para os mais qualificados? Para ESTÊVÃO MARQUES, nesta questão, deve ter-se em conta, tanto o plano das relações internas como o das externas. Importará, no primeiro plano, exigir o requisito de uma maior diligência no desempenho de funções exercidas por ROC, SROC, ou ainda sociedades de advogados, traduzida num maior grau de censurabilidade da sua conduta. A significar que "no plano das relações internas e para efeitos de direito de regresso entre os membros dos órgãos de fiscalização solidariamente responsáveis, determinados sujeitos podem vir a ser mais responsáveis do que outros. Acrescenta ainda que, em objecção a esta ideia, se pode argumentar que todos os membros dos órgãos de fiscalização podem hodiernamente rodear-se da melhor informação, solicitando a colaboração de peritos contratados, conforme a al. p) do nº 1 do art. 423-F. No que toca ao plano externo, defende que "a diferenciação da diligência deve ser vista *cum grano salis*", na medida em que eles serão responsáveis desde que haja, pelo menos, negligência, remetendo-se para as relações internas as consequências da diferente censura a que cada um está sujeito.

2.2. Deveres de Lealdade

Define-se o dever de lealdade como o dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se, portanto, de promover o seu próprio benefício ou interesses alheios[98]. Ou seja, "exige-se que o administrador, enquanto representante da sociedade, não permita jamais que o seu interesse pessoal se sobreponha ao interesse social"[99].

Estes deveres têm consagração expressa na al. b) do nº 1 do art. 64º: "*Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e*

[97] A doutrina diverge entre o critério civilístico do *bonus pater familias*, previsto no nº2 do art. 487º CC, referente ao "homem-médio", "medianamente cuidadoso e prudente", modelo de "um bom cidadão comum", e um padrão de diligência mais rigoroso face ao comum. J. FERREIRA GOMES, *Da administração*…, cit., na p.730, sublinha que o legislador estabeleceu uma "bitola de diligência mais exigente do que a bitola comum (*bonus pater familias*), por se dirigir a especialistas fiduciários encarregues, consoante o caso, da gestão de bens alheios ou da vigilância desta".
[98] COUTINHO DE ABREU, *Deveres de Cuidado*…, cit., p. 22.
[99] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*, …, cit., pp. 49-50.

ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores".

A al. b) do nº 1 do art. 64º refere muito genericamente os deveres de lealdade, havendo que proceder, no entendimento de COUTINHO DE ABREU[100], a alguma concretização. Os administradores devem comportar-se com correcção quando contratam com a sociedade, não concorrer com ela, não aproveitar em benefício próprio oportunidades de negócio societárias, assim como bens e informações da sociedade, não abusar do estatuto ou posição de administrador. Para G. FIGUEIREDO DIAS[101], os deveres de lealdade podem ser decompostos num leque de deveres de amplitude menor: prossecução do interesse social; proibição de utilização do nome e aproveitamento de oportunidades de negócio da sociedade em benefício próprio; obrigação de não actuação em caso de conflito de interesses; dever de participação de ocupação em cargos em sociedades concorrentes; e dever de segredo; etc.[102].

De acordo com A. PERESTRELO DE OLIVEIRA[103], não são apenas os administradores que estão vinculados a deveres de lealdade. Os membros dos órgãos de fiscalização não fogem também a deveres desse tipo, com relevância não inferior, devido à sua posição orgânica e aos inúmeros conflitos de interesses, regulados e não regulados por lei.

Os deveres de lealdade, no que toca aos fiscalizadores, têm consagração expressa no nº 2 do art. 64º: *"Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade."*

No quadro dos órgãos de fiscalização, o dever de lealdade assume também o sentido de evitar danos para a sociedade, o que envolve, entre outros deveres, designadamente, uma proibição de agir em conflito de interesses, uma proibição de concorrência e de apropriação de oportunidades de negócio, embora com um alcance mais restrito devido às características das funções que incumbem aos membros dos órgãos de fiscalização. No entanto, o conteúdo activo do dever de lealdade tem menor importância no caso dos fiscalizadores, o que não

---

[100] Para maior desenvolvimento, ver COUTINHO DE ABREU, *Deveres de Cuidado*…, cit., pp. 29-30. Seguindo Coutinho de Abreu, ver F. NUNES PINTO, *A responsabilidade civil dos administradores das sociedades, in* RDS, Ano VII, Nº 1, 2015, pp. 98-101.

[101] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização,* …, cit., p. 50.

[102] Ver, também, RICARDO COSTA/G. FIGUEIREDO DIAS, *Artigo 64º*…, cit., pp. 743-744; MENEZES CORDEIRO, *Anotação ao art. 64º, in* Código das Sociedades Comerciais Anotado, António Menezes Cordeiro (coord.), Coimbra, 2.ª ed., 2011, p. 253; N. PINTO OLIVEIRA, *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência,* Coimbra, 2015, pp. 43-44; J. DIAS LOPES, *Governo da sociedade anónima e negócios com acionistas de controlo, in* RDS, Vol. V, Números 1/2, 2013, pp.149 e ss.; C. BAPTISTA GOMES, *A responsabilidade civil dos administradores assente em deliberações dos sócios, in* RDS, Ano VII, Números 3/4, 2015, pp. 722-723; e SÓNIA SERAFIM, *Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O dever de cuidado, a business judgment rule e o dever de lealdade, in* Temas de Direito das Sociedades, Manuel Pita, António Pereira de Almeida (coord.), Coimbra, 2011, pp. 586-591. Com base na análise da jurisprudência, P. CAETANO NUNES, *Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administrador*es, *in* II Congresso de Direito das Sociedades em Revista, 2012, na p. 191, enumera as seguintes situações do dever de lealdade dos administradores de sociedades comerciais; negócio consigo mesmo, apropriação do património societário, utilização de informação societária, concorrência, apropriação de oportunidades de negócio societárias, atribuições patrimoniais indevidas e deslealdade na obtenção de remuneração.

[103] A. PERESTRELO OLIVEIRA, *Manual*…, cit., p. 321.

significa que estes não tenham o dever de prosseguir o interesse social, mas o mesmo normalmente reconduz-se ao diligente exercício das suas competências[104].

Na verdade, os deveres de lealdade concretizam-se, no caso dos membros dos órgãos de fiscalização, em situações típicas, que encontram consagração legal, como o dever de não concorrência com a sociedade, o dever de não apropriação das oportunidades de negócio da sociedade, o dever de guardar segredo, ou, mesmo, a proibição de não discriminar os sócios, assumindo-se como verdadeiros deveres legais específicos[105].

Quanto ao dever de não concorrência com a sociedade, o nº 3 do art. 398º CSC[106] dispõe que "…os administradores não podem exercer por conta própria ou alheia actividade concorrente da sociedade nem exercer funções em sociedade concorrente ou ser designados por conta ou em representação desta". Como não opera uma distinção entre administradores, este artigo leva a concluir que o dever de não concorrência impende não apenas sobre os administradores executivos, mas também sobre os administradores não executivos, contemplando, assim, os membros da comissão de auditoria. Uma situação susceptível de reparo, pois o grau de dedicação à sociedade dos administradores não executivos é muito inferior ao dos administradores executivos[107].

No que respeita ao dever de não apropriação das oportunidades de negócio da sociedade, refira-se que, embora não esteja consagrado legalmente no ordenamento jurídico português, traduz-se numa manifestação do dever de lealdade. Para CAETANO NUNES[108]é possível operar uma concretização mais profunda deste dever, enunciando quatro conjuntos de situações típicas: celebração de um negócio vantajoso de que se teve conhecimento por força do exercício de funções; celebração de um negócio vantajoso com utilização de informação privilegiada ou de património ou de pessoal da sociedade; prática de um acto isolado de concorrência; e celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinergéticos relevantes. No entanto, quanto aos membros dos órgãos de fiscalização, levanta-se a dúvida se são proibidos os quatro ou só alguns[109]. Relativamente aos administradores não executivos, de sociedades anónimas de estrutura monista, o dever de não apropriação das oportunidades de negócio da sociedade só compreende, via de regra, as situações típicas de celebração de um negócio vantajoso de que se teve conhecimento por força do exercício de

---

[104] A. PERESTRELO OLIVEIRA, *Manual*…, cit., p. 320.
[105] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, p. 84; P. CAETANO NUNES, *Corporate*…, *cit*., pp. 90 e ss.; MENEZES CORDEIRO, *A lealdade no direito das sociedades*, in ROA, Ano 66, Vol. III, 2006, pp. 1059-1061; e J. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil dos Administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão*, *in* O Direito, Ano 139º, III, 2007, p. 597.
[106] Sobre as limitações à actividade concorrente de gestores de sociedades comerciais, ver P. OLAVO CUNHA, *Limitações à atividade concorrente de gestores de sociedades comerciais, in* IV Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2016, pp. 144-147.
[107] P. CAETANO NUNES, Corporate…, cit., p. 96.
[108] P. CAETANO NUNES, Corporate…, cit., p. 101.
[109] P. CAETANO NUNES, *Corporate*…, cit., p. 105.

funções e de celebração de um negócio vantajoso com utilização de informação privilegiada ou pessoal da sociedade. Para P. CAETANO NUNES[110], "o grau de dedicação dos administradores não executivos à sociedade é muito diferente do grau de dedicação dos administradores executivos", pelo que se justifica uma menor extensão dos seus deveres de lealdade. Daí que, por norma, "os administradores não executivos não estão onerados com um dever de não apropriação de oportunidades societárias, no que se refere à prática de um acto isolado de concorrência e à celebração de um negócio que ofereceria à sociedade ganhos sinergéticos relevantes"[111].

O dever de guardar segredo a que os membros dos órgãos de fiscalização estão obrigados também deve ser encarado como uma concretização dos deveres de lealdade. No exercício das suas funções, os membros dos órgãos de fiscalização têm acesso a informações e a documentos, cujo conteúdo não deve chegar ao conhecimento de pessoas exteriores à sociedade.

Por último, os membros dos órgãos de fiscalização não devem discriminar accionistas, no exercício das suas funções. Este dever resulta do dever de lealdade, mantendo-se, pela positiva, um dever de neutralidade.

Cumpre realçar que o nº 2 do art.64º desempenha no campo da responsabilidade uma dupla função: prevê deveres de cuidado e de lealdade que se traduzem em vários deveres objectivos de conduta cuja violação significa *ilicitude*; e circunscreve o critério da *culpa*: a "diligência profissional de um fiscalizador

IV – A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES ABERTAS

1. Introdução

Os arts. 81º e 82º do CSC traçam o quadro em foco. Distinguem entre a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização, em geral, e a dos revisores oficiais de contas, em particular. No que se refere à responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização, ela deve aferir-se pelos mesmos termos da responsabilidade dos administradores. O nº 1 do art. 81º estabelece que "os membros de órgãos de fiscalização respondem nos termos

[110] P. CAETANO NUNES, *Corporate*…, cit., pp. 105-106.
[111] P. CAETANO NUNES, *Corporate*…, cit., pp. 105-106 e nota 105 da p. 92.

aplicáveis das disposições anteriores" e o nº 2 que "os membros de órgãos de fiscalização respondem solidariamente com os gerentes ou administradores da sociedade por actos ou omissões destes no desempenho dos respectivos cargos quando o dano se não teria produzido se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização". A responsabilidade dos ROC encontra-se prevista no art. 82º. O nº 1 do art. 82º estabelece que os ROC respondem solidariamente, perante a sociedade e os sócios, sempre que actuem culposamente, sendo-lhes aplicável o art. 73º, enquanto o nº 2 do art. 82º estatui que os ROC respondem para com os credores da sociedade nos termos do disposto no art.78º[112].

A reforma do CSC revelou-se clarividente, uma vez que a autonomização do ROC face ao órgão de fiscalização política da sociedade operada na nova tipologia de modelos de governo societário surge incontornável[113]. Confiando-se ao ROC, em quase todos os modelos de fiscalização, o exercício de funções meramente técnicas e profissionais de revisão de contas[114], a dissociação da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização em geral (art.81º) e do ROC, enquanto órgão autónomo e com funções específicas de fiscalização (art.82º), aparece agora evidente[115].

Para MENEZES CORDEIRO[116], a jurisprudência só refere o art.64º a propósito da responsabilidade para com a sociedade. O autor afirma, por conseguinte, que o dispositivo do art.64º não pode ser usado no que toca à responsabilidade dos administradores face a terceiros: sócios, credores e estranhos. Para o autor, "de facto, o administrador relaciona-se com a sociedade. Mesmo quando para aquilatar os interesses em jogo, haja que ponderar os "interesses" dos sócios e dos *stakeholders*, o sujeito activo da relação é a sociedade. Fora dela, teremos os clássicos remédios aquilianos. De outro modo, não haverá nenhuma dogmatica consistente". Como sublinha P. PAIS DE VASCONCELOS[117], a responsabilidade civil dos gestores perante a sociedade tem natureza contratual e presunção de culpa. Já a responsabilidade civil perante credores, sócios e terceiros tem natureza aquiliana, sem presunção de culpa.

---

[112] P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades*…, cit., p. 876.
[113] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*..., cit., p. 55.
[114] À excepção do modelo latino simples, onde o ROC continua a exercer um papel bicéfalo. Ver G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., nota 88 p.55.
[115] Como salienta G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., nas pp. 92-93, a distinção entre o ROC e o auditor externo nas sociedades abertas implica um regime de responsabilidade diferente entre eles. O Código de Valores Mobiliários preocupou-se em estabelecer para o auditor um regime de responsabilidade especial, o qual é privativo dos auditores no exercício exclusivo da sua função de fiscalização de sociedade aberta, e não em toda a sua actividade. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades*…, cit., na p. 328, refere que os auditores, que podem ser SROCs (art.9º do CVM), respondem nos termos do art. 10º do CVM.
[116] MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, Coimbra, 2016, nota 2989 da p.1000 e p. 1000.
[117] P. PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais*, *in* DSR, Ano 1, Vol. 1, 2009, p. 30. Também para N. CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres*…, cit., p. 30, "de acordo com a regra geral da responsabilidade aquiliana (art.487º, nº 1 do CC), não haverá qualquer presunção de culpa nas hipóteses de responsabilidade para com os credores sociais (art.78º) ou para com sócios e terceiros (art. 79º)".

Da mesma forma, ESTEVÃO MARQUES[118] afirma que a responsabilidade dos fiscalizadores para com a sociedade assume natureza obrigacional, por os membros dos órgãos de fiscalização se encontrarem obrigados para com a sociedade ao cumprimento de um conjunto de obrigações funcionais traduzido em deveres legais, a que se podem adicionar eventualmente deveres ditos contratuais. Uma vez violados estes deveres que os ligam à sociedade, os fiscalizadores assumem uma responsabilidade de natureza obrigacional para com a sociedade.

Abordaremos, em seguida, tão somente a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização perante a sociedade[119].

2. A responsabilidade para com a sociedade

2.1. A responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização

O art.72º, nº 1[120], aplicável à responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização, por força do nº 1 do art.81º, estabelece que estes são responsáveis para com a sociedade "pelos danos a esta causados por actos ou omissões com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa".

Relembremos os pressupostos da responsabilidade. São eles: o facto ("actos ou omissões"), a ilicitude ("preterição dos deveres legais ou contratuais"), a culpa ("salvo se provarem que procederam sem culpa"), o dano ("pelos danos a esta causados"), e o nexo da causalidade entre o facto e o dano ("danos a esta causados por actos ou omissões")[121].

Iremos deter-nos essencialmente na ilicitude e na culpa[122], não cabendo, no âmbito deste trabalho, uma exposição minuciosa de todos os pressupostos, pois constituem tema nobre da doutrina civilística. Cumpre, também, assinalar as particularidades do regime

---

[118] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., pp.194-195.

[119] No caso da responsabilidade de natureza aquiliana, delitual ou extracontratual para com os credores, sócios ou terceiros em geral não existe qualquer relação contratual entre o fiscalizador e qualquer um destes sujeitos. A responsabilidade dos fiscalizadores perante os credores sociais encontra-se prevista no art.78º, nº 1, *ex* art. 81º, nº 1, enquanto a responsabilidade perante os sócios e terceiros tem de ser aferida nos termos gerais, arts. 79º, nº 1, *ex* art. 81º, nº 1, e 483º do CC. Mas, estranhamente, o legislador não menciona, no art. 82º, a responsabilidade do ROC perante outros terceiros (para além dos sócios e dos credores sociais) diversamente do que acontece com os membros dos órgãos de fiscalização em geral. Ver G. FIGUEIREDO DIAS, *Estruturas*…, cit., pp.823-825.

[120] A. MENEZES LEITÃO, *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção, in* RDS, Ano I, Nº3, 2009, pp. 677-678, refere que, se no art. 72º, nº 1, o legislador prevê a responsabilidade dos administradores para coma sociedade por violação de deveres legais ou contratuais, a sua aplicação não prescinde das disposições dos arts. 75º a 77º atendendo ao facto de a sociedade ser uma pessoa colectiva, não se limitando a concretizar o regime dos arts. 798º e 799º do CC.

[121] ELISABETE RAMOS, *Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de administração perante a sociedade, in* BFDUC, nº 73, 1997, p. 222; COUTINHO DE ABREU, *Deveres de Cuidado*…, cit., p. 30 e COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil* dos administradores de sociedades, IDET nº 5, Almedina, Coimbra, 2010, p. 7; NUNO BARBOSA, *Delegação orgânica: as relações entre administradores executivos e não executivos, in* Colóquios do IDET nº 6, 2016, p. 262; RICARDO COSTA, *Deveres gerais*…, cit, p. 185; PEREIRA DE ALMEIDA, *A Business Judgment Rule, in* I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, 2011, p. 369; e PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades*…, cit., p. 328.

[122] COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*…, cit., nas pp. 7-8, salienta que, dos pressupostos constantes no nº 1 do art.72º, a ilicitude e a culpa são os que apresentam especificidades face à comum responsabilidade civil por factos ilícitos.

instituído pelo art.72º[123], dando especial atenção ao modo como estas se projectam no caso particular da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização.

2.1.1. Facto

A responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização para com a sociedade assenta na prática de "actos ou omissões", ou seja, para que sejam responsabilizados civilmente, é necessário que tenham praticado um facto. Tal decorre do enunciado do nº 1 do art.72º.

ESTÊVÃO MARQUES[124] mostra que a referência aos actos e omissões assume, no contexto da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização, um duplo significado. O primeiro acentua que a responsabilidade dos fiscalizadores é uma responsabilidade por factos próprios[125]. De modo a serem responsabilizados civilmente, não basta a verificação da qualidade de membro do órgão de fiscalização. Torna-se necessário que este tenha praticado ou participado no facto (ilícito). No caso da comissão de auditoria, sendo esta um órgão de fiscalização pluripessoal e de funcionamento colegial, isto torna-se mais relevante. Na verdade, quando o facto tem origem numa deliberação da dita comissão, tem que se demonstrar que o membro participou na deliberação, não podendo ser responsabilizado apenas por ser membro desta. No segundo, a expressão "actos e omissões" lembra que os membros dos órgãos de fiscalização são responsáveis tanto pelas suas acções, ou seja, pelos factos positivos que constituam uma violação dos deveres legais ou contratuais a que estão sujeitos, como pelas suas omissões, entendidas como comportamento de conteúdo negativo, sempre que tivessem o "dever jurídico de praticar o acto".

2.1.2. Ilicitude

Os fiscalizadores têm a obrigação de indemnizar a sociedade sempre que violem os seus "deveres legais ou contratuais", de acordo com o nº 1 do art.72º por força do nº 1 do art. 81º, ou seja, sempre que actuem com ilicitude. Em geral, a ilicitude traduz-se numa desconformidade entre o comportamento observado pelo agente e a conduta efectivamente devida. O art. 72º não tipifica os actos ilícitos susceptíveis de gerar responsabilidade para os membros

[123] Como salientam COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores*, IDET, Miscelâneas nº 3, Coimbra, 2004, na p. 14, em matéria de responsabilidade civil pela administração, o CSC abre com uma norma de carácter substantivo dedicada à responsabilidade dos membros da administração para com a sociedade (art. 72º).
[124] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., p. 156.
[125] ELISABETE RAMOS, *Aspectos substantivos*…, cit., na p. 224, tem entendimento idêntico para os administradores.

dos órgãos de fiscalização, pelo que a conduta do agente será ilícita quando não observe os deveres legais ou contratuais[126]. Os deveres legais, tanto os específicos, como os fundamentais ou gerais, encontram-se traduzidos, os primeiros, nas competências legais que os arts. 423º-F e 423º-G encerram, e os segundos decorrem do estatuído no nº 2 do art. 64º. Já quanto aos deveres contratuais, a doutrina portuguesa não surge cristalina e transparente. Para MENEZES CORDEIRO[127], os deveres contratuais, presentes no nº 1 do art. 72º, nascem dos estatutos, das deliberações sociais, dos contratos de administração, e de pactos parassociais. Da apreciação crítica de COUTINHO DE ABREU[128] a esta interpretação, infere-se que são deveres contratuais os deveres estatutários e os que tenham origem num possível contrato de fiscalização, não sendo as deliberações dos sócios contratos, pelo que não são deveres contratuais, nem os pactos parassociais podem fazer nascer para os membros dos órgãos de fiscalização quaisquer deveres.

2.1.3. Culpa

O art. 72º, nº 1, *in fine*, ao determinar por força do nº 1 do art.81º, que os membros dos órgãos de fiscalização respondem para com a sociedade "salvo se provarem que procederam sem culpa", mostra nitidamente que a responsabilidade é fundada na culpa do agente.

No que respeita à responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização para com a sociedade, e no que concerne à problemática da culpa, importa convocar dois aspectos pertinentes: a definição do critério da aferição da culpa e a distribuição do ónus da prova nas acções judiciais.

Em matéria de aferição da culpa, a doutrina civilista distingue entre a culpa em abstracto, ou em sentido objectivo, e a culpa em concreto, ou em sentido subjectivo, para definir por que padrão se afere a conduta do lesante. Questiona-se se estará em causa a diligência que o lesante normalmente emprega nos seus actos ou a diligência que um homem médio ou normal (*o bonus pater familias*) emprega nos mesmos.

O Código Civil consagra a regra geral da culpa em abstracto, quer na responsabilidade obrigacional, quer na responsabilidade delitual (art.487º, nº 2 e art.799º, nº 2).

No caso da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização, o critério legal para aferição da culpa está contido no art.64º, nº 2. Assim, a diligência por que se afere a culpa na conduta do agente é a diligência profissional, isto é, a diligência de um fiscalizador

[126] A este propósito, ver ELISABETE RAMOS, *Aspectos substantivos*…, cit., p. 235.
[127] MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 493-494.
[128] COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*…, cit., pp. 9-11.

no exercício das suas funções. Realce-se, porém, como já observámos, que o critério é o do fiscalizador com um elevado padrão de diligência profissional. Não basta a diligência de um fiscalizador médio, isto é, o tradicional critério do *bonus pater familias*.

Prende-se o segundo aspecto com a distribuição do ónus da prova nas acções de responsabilidade civil para com a sociedade. Do art. 72º, nº 1, *in fine*, a expressão "salvo se provarem que procederam sem culpa" lança sobre os membros dos órgãos de fiscalização, para excluírem a sua responsabilidade, o ónus de provar que o dano causado à sociedade não se deve a um comportamento censurável, ou seja, a culpa sua. Em causa está uma presunção de culpa dos fiscalizadores, a qual opera sempre que se mostrem verificados os demais pressupostos da responsabilidade civil. Trata-se de uma presunção legal *iuris tantum*, que, enquanto tal, admite prova em contrário por parte dos membros dos órgãos de fiscalização. Mais do que isso, trata-se de uma presunção de culpa colectiva, uma vez que o autor da acção de responsabilidade civil, no caso de órgãos de fiscalização pluripessoal, como a comissão de auditoria, não tem de individualizar entre os seus membros os que são efectivamente responsáveis[129].Uma vez demonstrada a violação do dever legal ou contratual, que cabe à sociedade, presume-se que ela é culposa, cabendo aos fiscalizadores afastar tal presunção, demonstrando, que apesar da violação, ela não se deveu a culpa sua.

2.1.4. Dano

Omite o art.72º, nº 1, qualquer alusão no que toca à natureza do dano causado à sociedade. Impõe-se, por isso, recorrer à doutrina geral da responsabilidade civil.

Transpondo para o campo do direito societário os vários conceitos de dano, o dano real é o que se traduz na "lesão de interesses societários juridicamente protegidos", nomeadamente na forma de uma destruição, subtracção ou deterioração de certa coisa, material ou corpórea, enquanto o dano abstracto, ou de cálculo, não é mais do que o reflexo daquele dano real na situação patrimonial da sociedade, sendo este aferido pela diferença entre a situação patrimonial real e actual da sociedade e a situação em que, em termos hipotéticos, ela estaria não fosse a violação dos seus interesses juridicamente tutelados[130].

[129] ELISABETE RAMOS, *Aspectos Substantivos*…, cit., pp. 226-227 e ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., p. 162.
[130] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., pp. 164-165.

2.1.5. Nexo de causalidade entre o facto e o dano

Enfrentamos o último pressuposto da responsabilidade civil: o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano sofrido pela sociedade. A obrigação de indemnizar não advém de qualquer dano, mas apenas daqueles que tenham nexo causal com o facto que dá origem à indemnização. O nexo de causalidade entre o facto e o dano desempenha assim a dupla função de pressuposto da responsabilidade civil e de medida da obrigação de indemnizar[131].

Face à doutrina geral do direito civil, a posição que prepondera é a da teoria da causalidade adequada, nos termos da qual, para que nasça a obrigação de indemnizar, não basta que o facto ilícito tenha sido, *in casu*, condição *sine qua non* do dano, exigindo-se, ainda, em abstracto, que o facto seja causa adequada do dano. Esta teoria pode assumir no direito civil duas formulações: uma positiva ou uma negativa. De acordo com a formulação positiva, o facto será causa adequada do dano sempre que este se assuma como uma consequência natural e típica daquele, ou seja, sempre que, verificado o facto, a ocorrência do dano seja previsível como uma consequência natural dessa verificação. Nos termos da formulação negativa, o facto que se assumiu como condição do dano só não será considerado como causa adequada, se, atenta a sua natureza geral, se mostrar indiferente para a produção do dano, tendo-o causado apenas devido a circunstâncias excepcionais.

O sistema jurídico português, no seu art.563º do CCiv, parece limitar-se a consagrar a teoria da causalidade adequada, sem tomar posição sobre a sua formulação mais adequada, uma vez que estabelece que a "obrigação de indemnização só existe relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão". Diante do silêncio do legislador, cabe ao intérprete determinar qual das formulações é a que melhor se enquadra no espírito do sistema, de que fala o nº 3 do art.10º do CCiv. Assim, a doutrina civilista sustenta que a melhor formulação da teoria da causalidade adequada é a da formulação negativa[132], de acordo com a qual será responsável pelo prejuízo quem, ao agir ilicitamente, criou as condições para a produção do dano. Esta formulação só cairá se se demonstrar que o facto ilícito era indiferente na ordem natural das coisas para a produção do dano.

Para MENEZES CORDEIRO,[133] os deveres de lealdade e de cuidado, sendo normas de conduta, quando violados, tem de se fazer apelo a outras regras – culpa, ilicitude, dano e causalidade, entre outras – para determinar uma eventual responsabilidade civil.

---

[131] M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2016, p. 605.
[132] ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, reimpressão da 10ª ed., Coimbra, 2015, pp. 525 e ss.
[133] MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, I, Das sociedades em Geral*, Coimbra, 2007, p. 838.

2.2. A responsabilidade dos membros da comissão de auditoria resultante da natureza bicéfala do órgão

Abordámos a responsabilidade dos membros da comissão de auditoria no papel de fiscalizadores. Chegou a altura de nos pronunciarmos sobre a sua responsabilidade no papel de administradores não executivos. A amplitude da vigilância – vigilância especial, analítica, circunstanciada – da gestão pela comissão de auditoria (art.423º-F) é muito superior à da vigilância geral pelos administradores delegantes ou não executivos (art.407º, nº8). Naturalmente, se além dos membros da comissão de auditoria houver outros administradores não executivos (delegantes), a obrigação que sobre estes impende é apenas a obrigação de vigilância geral (art.407º, nº8), inferior à daquele órgão de fiscalização. Sempre que integram o conselho de administração, a especificidade das funções exercidas pelos membros da comissão de auditoria justifica um tratamento diferenciado dos administradores executivos em matérias diversas, designadamente no que toca à responsabilidade civil. Os administradores membros da comissão de auditoria, não podendo exercer funções executivas na sociedade e não participando nas correspondentes deliberações colegiais de administradores delegados ou da comissão executiva, não são responsáveis pelos danos resultantes dessas deliberações (art.72º, nº 3). Permanecem de fora do âmbito de aplicação directa do art.73º e ficam submetidos ao regime de responsabilidade dos membros de órgãos de fiscalização (arts. 81º e 64º, nº 2). É este precisamente o entendimento de CALVÃO DA SILVA[134].

Salienta G. FIGUEIREDO DIAS[135] que as regras de responsabilidade vertidas no art 81º aplicam-se aos membros dos órgãos de fiscalização. São os destinatários de tal norma os membros do conselho fiscal (modelo latino), os membros da comissão de auditoria (modelo anglo-saxónico), e os membros do conselho geral e de supervisão (modelo germânico).

Quanto aos membros da comissão de auditoria, verifica-se um problema de enquadramento, já que estes cumprem funções de fiscalização e são administradores não executivos da sociedade[136]. Esta circunstância levanta a questão de saber se, em matéria de responsabilidade civil, se aplicam aos membros da comissão de auditoria as regras de responsabilidade prescritas para os administradores, nomeadamente os arts. 72º, 73º e 78º a 80º do CSC, ou para os membros dos órgãos de fiscalização, nomeadamente o art. 81º.

---

[134] CALVÃO DA SILVA, "*Corporate Governance*"…, cit., pp. 44-45.
[135] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., pp. 40-41.
[136] A doutrina utiliza a designação de "administração-auditores" quando fala dos membros da comissão de auditoria. Ver RICARDO COSTA, *Comissão de auditoria e "administrador-auditor": um estatuto ambivalente*, *in* IV Congresso Direito das Sociedades em Revista, 2016, p. 95; e R. DE OLIVEIRA NEVES, *Fiscalização e Protecção do Investidor. Alguns problemas de governo societário, in* I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, 2011, p.346.

Se é certo que a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização, por força da remissão do nº 1 do art.81º, tende a reger-se pelas regras e pelos princípios estabelecidos nos artigos que precedem esta norma para os administradores, tal não permite, contudo, um tratamento jurídico indiferenciado das duas situações. A razão é simples. Apresentam-se diferentes os deveres que impendem sobre os administradores e os fiscalizadores no exercício das suas funções, quanto à sua tipologia, quanto à sua densidade e quanto ao modo de cumprimento desses deveres, o que torna diferentes os respectivos pressupostos de responsabilidade.

Sustenta G. FIGUEIREDO DIAS[137], em jeito de conclusão, que não existe para os membros da comissão de auditoria um regime uniforme de responsabilidade. Só perante o acto em concreto e as circunstâncias que rodeiam cada caso podem ser aferidos, em consonância com a função de administração ou de fiscalização, desempenhada pelo membro da comissão de auditoria, os pressupostos da responsabilidade – *maxime*, os deveres cuja eventual infracção determine a ilicitude da sua conduta e legitime um juízo de censura ética correspondente à culpa. PEREIRA DE ALMEIDA[138]remete para G. FIGUEIREDO DIAS a questão: sob que chapéu actuam os membros da comissão de auditoria, por exercerem funções de natureza bicéfala.

No caso dos membros da comissão de auditoria, que são simultaneamente administradores e fiscalizadores, assumindo funções de natureza bicéfala, também para P. CÂMARA e A. PERESTRELO DE OLIVEIRA[139], a sua responsabilidade subordina-se a regras dissemelhantes consoante o âmbito em que actuem. Quando os seus actos forem de administração, submetem-se ao regime da responsabilidade dos administradores, conforme o art. 64º, nº 1, e art.72º e ss.. Já quando ocorrerem no exercício de funções de fiscalização aplica-se o art. 64º, nº 2, e o art. 81º, que, nomeadamente, prevê a aplicação remissiva das regras sobre administração.

3. Solidariedade da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização

O art. 73º do CSC prescreve a solidariedade na responsabilidade dos administradores, isto é, a solidariedade dos obrigados a indemnizar, o que, aliás, já resultava da aplicação

[137] G. FIGUEIREDO DIAS, *Estruturas*…, cit., p. 836. Também G. FIGUEIREDO DIAS, *in artigo 81º, Responsabilidade dos Membros de Órgãos de Fiscalização, in* Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Jorge Manuel Coutinho Abreu (coord.), Coimbra, IDET, Nº 1, 2010, pp. 928-929.
[138] PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades*…, cit., p.516. Já ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das sociedades comerciais anotado*, Coimbra, 2007, na p. 441, utiliza a designação "natureza mista".
[139] P. CÂMARA, *O Governo*…, cit., p.107 e A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual*…, cit., pp. 321-322.

subsidiária do art. 497º do CCiv, que estabelece a regra da solidariedade nos casos de responsabilidade civil.

Para ESTEVÃO MARQUES[140] não existem fundamentos bastantes para afastar a aplicação do art. 73º às situações de responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização. No entanto, há alguns aspectos inerentes a esta solidariedade da obrigação de indemnizar. O primeiro tem a ver com o facto de, para haver responsabilidade solidária, ser necessário que existam pelo menos dois fiscalizadores obrigados a indemnizar. Desta forma, o âmbito de aplicação do art.73º circunscreve-se, essencialmente, aos casos em que o órgão de fiscalização assume uma composição pluripessoal, como é a da comissão de auditoria. O segundo reside no facto de a solidariedade na obrigação de indemnizar não significar que todos os membros do órgão de fiscalização se encontrem obrigados a indemnizar, pois a solidariedade prescrita no art.73º existe apenas entre os fiscalizadores que sejam considerados responsáveis, uma vez que a qualidade de membro do órgão de fiscalização não implica a responsabilidade, por esta ser por culpa e por facto próprio[141]. O terceiro atende a que a solidariedade na responsabilidade significa que a sociedade pode exigir a indemnização integral a qualquer um dos membros dos órgãos de fiscalização, sendo que o cumprimento da respectiva obrigação libera todos. O membro que cumpra a referida obrigação disporá, depois, de acordo com o nº 2 do art. 73º, de direito de regresso em relação a todos os outros responsáveis.

4. O problema da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização de funcionamento colegial

Perante um órgão pluripessoal de funcionamento colegial, como é o caso da comissão de auditoria, levanta-se a questão de determinar, quando ocorre no seu seio um facto ilícito gerador de responsabilidade, o modo como se distribui a responsabilidade pelos seus diferentes membros.

Em causa estão aqui aquelas situações em que a ilicitude resulta da adopção ou não adopção de uma deliberação colegial. Por exemplo, quando a comissão de auditoria, de acordo com a al. g) do art.423º-F, aprova o relatório sobre a sua acção fiscalizadora omitindo factos que demonstram irregularidades de que tenha tido conhecimento. O problema neste caso situa-se na forma como serão responsabilizados os membros desse órgão.

[140] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., pp. 184-185.
[141] Para a responsabilidade dos administradores, ver COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*…, cit., p. 54.

No caso da responsabilidade dos gerentes e administradores, o art.72º, nº 3, dispõe que "não são igualmente responsáveis pelos danos resultantes de uma deliberação colegial os gerentes ou administradores que nela não tenham participado ou hajam votado vencidos, podendo neste caso fazer lavrar no prazo de cinco dias a sua declaração de voto, quer no respectivo livro de actas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, quer perante notário ou conservador".

ESTÊVÃO MARQUES[142]afirma não encontrar razões para afastar a aplicação deste preceito às deliberações dos órgãos de fiscalização de funcionamento colegial, não sendo, em princípio, o membro do órgão de fiscalização responsável pelos danos causados por uma deliberação se não tiver participado nela ou se, tendo participado, votar em sentido contrário ao da deliberação, fazendo declaração de voto lavrada no prazo de cinco dias no respectivo livro de actas, em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, ou perante o notário ou conservador.

São aqui aplicáveis as notas, as questões, e as respostas que a doutrina tem registado quanto às deliberações do conselho de administração. Desta forma, pode afirmar-se que não participa em deliberação da comissão de auditoria o membro que "não está presente na reunião de molde tradicional (…) onde é tomada a deliberação, nem se faz representar (art.410º, nº 5), nem vota por correspondência (art.410, nº7)[143] ou não participa por meios telemáticos (art.410º, nº8). Este fiscalizador será, porém, responsável, se, estando em condições de exercer o direito de oposição conferido por lei, não o fizer (art.72º, nº 4).

5. Aplicabilidade da *business judgment rule* aos membros dos órgãos de fiscalização

5.1. Consagração da *business judgment rule* e seu significado

É, no contexto do nº 2 do art.72º, que se destaca a novidade trazida pela reforma de 2006[144], ao estabelecer que "*a responsabilidade é excluída se o administrador provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*". O texto legal acolheu uma formulação daquilo que os tribunais norte-americanos designam de *business judgment rule*. Uma regra de actuação judicial, criada pela jurisprudência estadunidense no início do século XIX, e que visou, acima de tudo,

[142] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., p. 186.
[143] COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*…, cit., p. 49.
[144] Em Portugal, ainda antes da tipificação da *bjr*, já a jurisprudência fazia referência à figura, sendo exemplo disso a sentença proferida na 3ª Vara Cível de Lisboa, em 27 de Outubro de 2003, por P. CAETANO NUNES.

reconhecer ao gestor um espaço de imunidade jurídica pelos seus actos de administração, salvaguardando, assim, a autonomia e a margem de discricionariedade no processo decisório. O sentido fundamental da regra é o de tornar insindicáveis as decisões empresariais que tenham sido tomadas em termos informados e sem conflitos de interesses. Sublinhe-se que o objectivo último da regra é o de procurar evitar que, no processo de determinação de infracções aos deveres de cuidado, as decisões empresariais sejam substituídas por opiniões de juízes tomadas *a posteriori*[145].

A defesa da *business judgment rule* (*bjr*) assenta num argumento essencial que é o de que é economicamente desejável a tomada de decisões arriscadas, uma vez que um sistema em que se exercesse um apertado controlo judicial inibiria os administradores de tomarem decisões arriscadas, sendo preferível tomá-las desde que se informem devidamente antes de as tomar[146]. A regra pressupõe, assim, um reconhecimento implícito, pelo legislador, do risco assumido nas decisões e opções empresariais pelos administradores no desempenho dos seus cargos, sendo apenas responsáveis pelo modo como levam a cabo a gestão da sociedade, e não pelos resultados dessa gestão, mesmos quando estes se mostrem, em concreto, prejudiciais para a sociedade[147].

Diversamente da solução norte-americana, o legislador português optou por consagrar a *bjr* sob a forma de uma cláusula de exclusão da responsabilidade, cujos pressupostos não se presumem. Têm que ser provados pelo administrador[148]. A *bjr* foi assim consagrada, entre nós, de uma forma parcial ou mitigada. No direito norte-americano, a *bjr* surge sob a forma de uma presunção de licitude, ilidível mediante prova em contrário, a produzir pelos lesados. As circunstâncias eram diferentes nos dois países. No contexto norte-americano, existia uma elevada litigância em relação à actividade dos administradores, já o cenário português era marcado pela quase inexistência de ocorrências jurisprudenciais nesta área.

---

[145] N. CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres*…, cit., p. 30-31.

[146] P. CAETANO NUNES, *Corporate*…, cit., p. 24 e RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos Administradores*…, cit., pp.53-54. No mesmo sentido, FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade*…, cit., pp. 277-278. PEREIRA DE ALMEIDA, *A Business Judgment Rule*…, cit., refere, na p. 12, que "prevalece o entendimento que os accionistas têm maiores lucros quando os administradores sabem que podem tomar decisões mais arriscadas sem receio de virem a ser alvo de acções judiciais".

[147] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 76. Em sentido idêntico, M. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, Coimbra, na p. 121, sublinha que "a actividade empresarial é arriscada e não implica a responsabilidade pelo resultado". VÂNIA MAGALHÃES, *A conduta*…, cit., na p. 393, refere, igualmente, que a obrigação do administrador perante a sociedade é uma obrigação de meios e não de resultados.

[148] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., pp. 71-72.

5.2. Articulação da *business judgment rule* com o dever de cuidado

Tal como sublinha FERREIRA GOMES[149], "antes de qualquer tentativa de sistematização dos diferentes entendimentos da *business judgment rule*, convirá não esquecer que a mesma se articula com o *duty of care*". RICARDO COSTA[150] sublinha que a *bjr* se envolve na sindicação do cumprimento do *duty of care*. Este consiste na obrigação de os administradores cumprirem, com diligência, as obrigações derivadas do seu ofício-função, à luz do mais elevado interesse da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa medianamente prudente num contexto análogo. O dever de cuidado, como vimos, compõe-se de quatro manifestações ou subdeveres.

Aqui está em causa o dever de cuidado (*duty of care*) em duas das suas dimensões: o dever de se comportar razoavelmente no *iter* de formação da decisão e o dever de tomar decisões razoáveis. No entendimento de RICARDO COSTA[151], são aqueles dois subdeveres que atendem à diligência razoável na tomada de decisão. Estes dois subdeveres beneficiam, no seu escrutínio, da *bjr*. Em termos mais precisos, beneficia o subdever de tomar decisões razoáveis, desde que o subdever de se comportar razoavelmente no *iter* de formação da decisão esteja previamente respeitado.

RICARDO COSTA[152] recorre à distinção norte-americana entre forma e substância para responder à questão: em que medida recai sobre estes dois subdeveres? Quanto à forma da decisão, "apenas é admitida a responsabilidade quando se conclui que o dano resultante da decisão foi devido ao facto de os administradores, antes de tomar a decisão, não terem sido suficientemente diligentes na aquisição de informação (razoável *background* de conhecimento) sobre os elementos que determinam a decisão". No que respeita à substância da decisão, "apenas é admitida a responsabilidade em casos de decisões irracionais. Não será, por isso, o caso de, *no mais ou menos leque de discricionariedade*, ainda que irrazoável, a decisão tiver uma base racional, mesmo que com resultado menos favorável e que até possa ser qualificada como um erro de gestão."

Para COUTINHO DE ABREU[153], dada a grande amplitude do enunciado do nº 2 do art. 72º e a sua colocação logo após o enunciado do nº 1, que se refere à violação de deveres legais ou contratuais, levanta-se uma questão que é a de saber se a exclusão da respon-

[149] J. FERREIRA GOMES, *Da administração*…, cit., p. 828. SÓNIA SERAFIM, *Os Deveres*…, cit., na p. 553, salienta que a *bjr* "apresenta uma forte e quase exclusiva conexão com os deveres de cuidado".
[150] RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores*…, cit., pp. 58-59.
[151] RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores*…, cit., p. 59.
[152] RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores*…, cit., p. 60.
[153] COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*…, cit. p.47.

sabilidade prevista no nº 2 se verifica tão só em casos de violação de deveres de cuidado ou também nos casos de violação de outros deveres. Face aos seus pressupostos, para COUTINHO DE ABREU[154], a *bjr* recai no dever de cuidado, e entre os seus subdeveres, apenas no subdever de tomar decisões razoáveis.

5.3. Âmbito de aplicação do nº 2 do art. 72º

Do art. 72º, nº 1 e nº 2, ressaltam duas linhas essenciais[155]. A primeira é a de que o nº 1 do art. 72º deve aplicar-se na tarefa de sindicação do dever geral de cuidado, previsto pelo art. 64º, nº 1, al. a), enquanto normação de conduta, resultante do dever típico de gestão. A segunda é a de que o art. 72º, nº 2, deve aplicar-se sempre, mas só, quando haja uma discricionariedade e autonomia na actuação do administrador e consequente realização dos interesses da sociedade.

A regra do art.72º, nº 2, aplica-se apenas às decisões dos administradores que se insiram dentro do âmbito de aplicação do subdever de tomar decisões razoáveis, no campo das decisões discricionárias. Não entram no seu âmbito de aplicação as decisões estritamente vinculadas, como é o caso dos deveres específicos – legais, estatutários ou contratuais. Aqui não subsiste margem de liberdade ou discricionariedade, pois as decisões dos administradores são juridicamente vinculadas, na medida em que há que respeitar os deveres especificados. Também não cabe no âmbito de aplicação do art. 72º, nº 2, sindicar se o administrador cumpre ou não com o dever de lealdade.[156]

Assim, a norma é inaplicável a casos de violação dos deveres de lealdade (o administrador tem de actuar "livre de qualquer interesse pessoal") e do dever de tomar decisões procedimentalmente razoáveis (o administrador tem de agir em "termos informados"). O preceito é ainda inaplicável a casos em que sejam preteridos deveres específicos – legais, estatutários ou contratuais[157].

RICARDO COSTA[158] preconiza uma interpretação restritiva e teleológica do art. 72º, pois, enquanto o nº 1 se deverá aplicar a quaisquer deveres que sejam violados pelos administradores, o nº 2 deverá aplicar-se unicamente quando se viole o dever de cuidado e quando os

---

[154] COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*…, cit., p. 47.
[155] RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores*…, cit., p. 67.
[156] COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*…, cit., p.47; RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores*…, cit., pp. 678-69; RICARDO COSTA/G. FIGUEIREDO DIAS, *Artigo 64º*…, cit., p.747; e M. FRAGOSO MENDES, *Entre o temerário*…, cit., p. 827.
[157] COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*…, cit., p. 47. Ver, também, COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade dos membros da administração para com a sociedade, in* Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Jorge Manuel Coutinho Abreu (coord.), IDET, Nº 1, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 845-848. No mesmo sentido, ver MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O dever de os adimistradores*…, cit., p. 29.
[158] RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores*…, cit., pp. 69-72.

administradores tenham margem discricionária, ou seja, autonomia nas suas decisões. O art. 72º, nº 2, deverá, igualmente, aplicar-se apenas à responsabilidade dos administradores para com a sociedade e não para com credores sociais, sócios e (outros) terceiros, como estipulam os arts. 78º, nº 5, e 79º, nº 2.

5.4. Pressupostos do art.72º, nº 2

O art.72, nº 2, é uma norma de exclusão da responsabilidade, desde que se demonstrem os pressupostos necessários retirados da *bjr*: actuação em termos informados; ausência de interesses em relação à decisão/deliberação do órgão e /ou ao negócio/acto celebrado; decisão racional[159]. A responsabilidade é excluída se o administrador provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.

Traduz o primeiro pressuposto o reconhecimento da imputação aos administradores e fiscalizadores de um dever de obtenção da informação adequada às circunstâncias do caso. Impõe-se que uma decisão tenha sido já tomada. Uma decisão de fazer ou de não fazer, uma escolha entre várias alternativas. A simples omissão, por ignorância ou outros motivos, não beneficia da aplicação da regra.[160]

O segundo pressuposto impõe aos administradores que, no momento da tomada de decisão (consciente), tenham agido livres de qualquer interesse pessoal, isto é, que tenham sido imparciais e independentes, o que nos remete para o dever de lealdade, assim como para o (implícito) dever do administrador actuar de acordo com o interesse da sociedade. Está em causa a exigência sistemática de uma adequada gestão de conflitos de interesses.[161]

O terceiro e último pressuposto exige que a conduta do administrador cumpra "critérios de racionalidade empresarial". Este é o que suscita uma interpretação mais difícil, pelo que para se considerar cumprido este pressuposto deve-se proceder a uma interpretação restritiva-teleológica, bastando ao administrador para ficar isento de responsabilidade que prove não ter actuado de modo irracional (incompreensivelmente, sem qualquer explicação coerente)[162]. O administrador seria civilmente responsável apenas quando a sua decisão fosse considerada "irracional" e não com base em critérios de "razoabilidade".

---

[159] RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores*…, cit., p. 79.
[160] COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*…, cit., p. 38 e FERREIRA GOMES, *Da administração*…, cit., p. 905.
[161] COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*…, cit., p. 38 e FERREIRA GOMES, *Da administração*…, cit., p. 906.
[162] COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade*…, cit., p. 46; RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores*…, cit., p. 75; e COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade dos membros da administração para com a sociedade, in* Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Jorge Manuel Coutinho Abreu (coord.), IDET, Nº 1, Coimbra, 2010, p. 845.

Como conclusão, a *bjr* corresponde, entre nós, tal como foi sugerido pela CMVM na sua proposta de alteração do CSC, a uma concretização ou densificação da obrigação de prestar, na sua dimensão procedimental, que não exclui a necessidade de determinação dos resultados subalternos (que se podem dizer de "mérito") que se imponham (pela aplicação da bitola de diligência normativa) e da actuação em conformidade com os mesmos[163].

O devedor deve, assim, atender aos critérios procedimentais de gestão de um gestor criterioso e ordenado, nomeadamente: em termos estruturais, deve revelar a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções; e em termos conjunturais, relativamente à concreta decisão em causa, deve demonstrar ter actuado em termos informados, livre de quaisquer interesses pessoais e segundo critérios de racionalidade empresarial.

Em suma, porque os deveres de cariz procedimental não esgotam o conteúdo das obrigações de vigilância e de administração, não basta o seu cumprimento para afastar o juízo de ilicitude e a consequente responsabilidade do devedor.

5.5. A natureza jurídica da *business judgment rule*

O legislador português consagrou a *bjr* como pretexto para uma causa de exclusão da responsabilidade, cujos pressupostos ou requisitos não se presumem, mas, ao invés, devem ser demonstrados.[164] Não constitui uma originalidade do direito português, ao contrário do que se poderia pensar, a concepção da *bjr* como causa de exclusão da responsabilidade, em vez de enquanto pressuposto da responsabilidade[165].

Existe um debate aceso quanto à natureza jurídica da *bjr*. De uma forma geral, para uns é entendida como uma regra de exclusão da ilicitude, para outros de exclusão da culpa. Há também quem defenda que se traduz numa regra de exclusão da ilicitude e da culpa, ou, até mesmo, numa presunção de ilicitude. Por fim, há quem a considere uma concretização do dever de administrar, contribuindo para fixar a ilicitude. Iremos ver as posições de diversos autores.

CARNEIRO DA FRADA[166] frisa que a fronteira entre o campo da ilicitude e da culpa é por vezes difícil de traçar e pode, inclusivamente, apresentar-se dotada de mobilidade. A

[163] FERREIRA GOMES, *Da administração…*, cit., pp. 913-914.
[164] RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores…*, cit., p. 64 e G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização...*, cit., p.72.
[165] CARNEIRO DA FRADA, *A Business Judgment Rule…*, cit., p. 231.
[166] CARNEIRO DA FRADA, *A Business Judgment Rule…*, cit., p. 229. Também F. NUNES PINTO, *A responsabilidade civil…*, cit., na p. 105, refere que a *bjr* "constitui uma via específica de exclusão da culpa, pelo que se torna difícil cindir a ilicitude da culpa, uma vez que estas são duas realidades que se interpenetram".

ilicitude e a culpa do agente são pressupostos distintos e autónomos da responsabilidade civil, embora complementares, situam-se ambos no plano da reprovação da conduta do agente. A ilicitude documenta a contrariedade do facto do Direito, enquanto a culpa se reporta à censurabilidade da actuação do agente, em atenção à sua vontade interior, normativamente determinada[167]. É precisamente nesta tensão entre a culpa e a ilicitude da reprovação da conduta que deve ser equacionado o sentido interpretativo a dar à cláusula de exclusão da responsabilidade consagrada no nº 2 do art.72º, determinando se em jogo está uma causa de exclusão de ilicitude ou da culpa[168].

A CMVM considerou que os requisitos do nº 2 do art.72º são "uma explicitação dos elementos probatórios a serem utilizados pelo administrador demandado para ilidir a presunção da culpa". Na mesma senda, temos CALVÃO DA SILVA[169] que defende que a *bjr* tem a ver com a culpa e não com a ilicitude.

Em sentido oposto, pronunciaram-se PAULO CÂMARA, FERNANDES DE OLIVEIRA, G. FIGUEIREDO DIAS, e N. CALAIM LOURENÇO[170]. Sustentam que o nº 2 do art.72º constitui uma causa de exclusão da ilicitude. Como sublinha PAIS DE VASCONCELOS[171], os requisitos previstos no nº 2 do art.72º correspondem, em certa medida, ao que está consagrado no nº 1 do art.64º CSC. O dever de actuação "em termos informados" enquadra-se na al. a) do nº 1 do art. 64º. Por seu turno, o dever de actuação "livre de qualquer interesse pessoal" corresponde ao dever de lealdade consagrado na al. b) do nº 1 do art.64º. E o dever de agir segundo "critérios de racionalidade empresarial" integra-se no dever de cuidado e de diligência previsto na al. a) do nº 1 do art.64º.

Para CARNEIRO DA FRADA, perspectiva adoptada por FERREIRA GOMES, o nº 2 do art. 72º consubstancia uma densificação da obrigação de administração e da obrigação de vigilância, nas suas componentes procedimentais. A *bjr*, de acordo com esta perspectiva, recorta, "por dentro", o espaço da ilicitude.[172]

---

[167] PAULO CÂMARA, *O Governo das Sociedades e os Deveres Fiduciários dos Administradores*, *in* Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira, 2007, p. 171.

[168] G. FIGUEIREDO DIAS, Fiscalização…, cit., p. 74.

[169] CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil*…, cit., na p. 596, afirma que a *bjr* "se relaciona em tensão com o dever de cuidado e diligência, e não com a ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil distinto e autónomo da culpa". Também CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão*, *in* A Reforma do código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Doutor Raúl Ventura, Coimbra, 2007, p. 147. No mesmo sentido, JOSÉ VASQUES, *Estruturas e conflitos de poderes nas Sociedades Anónimas*, Coimbra, 2007, na p. 206, afirma que se afigura que "o legislador consagrou a *business judgment rule* como causa de exclusão de culpa".

[170] PAULO CÂMARA, *O Governo*…, cit., p. 52; FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade*…, cit., p. 295; G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, *cit.*, pp. 74-78; e N. CALAIM LOURENÇO, *Os deveres*…, cit., p. 45.

[171] PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade*…, cit., p. 24. Também PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule*…, cit., p. 54. Mais especificamente, considera uma presunção de ilicitude.

[172] CARNEIRO DA FRADA, *A Business Judgment Rule*…, cit., p. 231; e FERREIRA GOMES, *Da administração*…, cit., pp. 902-904. Com a mesma opinião, N. TRIGO DOS REIS, Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais, *in* Temas de Direito Comercial, Cadernos O Direito nº4, Coimbra, 2009, p.325.

Concluindo pela qualificação do art.72º, nº 2 como uma causa de exclusão simultânea de ilicitude e de culpabilidade, RICARDO COSTA[173] afirma que "decaindo a responsabilidade pelo requisito da ilicitude, decai *de forma sequencial* a culpa do agente"[174]. MENEZES CORDEIRO[175]considera que, se no direito português, a *bjr* "constitui uma específica via de exclusão de culpa", de facto, funciona como exclusão de *faute*, isto é, de culpa e de ilicitude. No mesmo sentido, observa COUTINHO DE ABREU[176] que, se o administrador provar que cumpriu as três condições do nº 2 do art. 72º, "não só (e nem tanto) ilidirá a presunção de culpa, estabelecida no nº 1 do art.72º, como demonstrará também (e mais decisivamente) a licitude da sua conduta, a não violação (relevante) e a não violação dos deveres de cuidado e de lealdade".

5.6. Aplicação da *business judgment rule* aos fiscalizadores

Na proposta de alteração ao CSC, elaborado pela CMVM, pode extrair-se um argumento contrário à aplicabilidade da *bjr* aos membros dos órgãos de fiscalização, com o fundamento de que a diversidade de regime, resultante da aplicabilidade aos administradores e inaplicabilidade aos fiscalizadores, serviria para corrigir o regime assimétrico entre a responsabilidade dos administradores e a dos fiscalizadores. Para G. FIGUEIREDO DIAS[177], a eventual não aplicabilidade da *bjr* aos órgãos de fiscalização não corrige qualquer assimetria de partida entre os regimes dos administradores e fiscalizadores. Ao invés, existindo uma assimetria de partida entre os dois regimes, esta resultará agravada pela impossibilidade de os fiscalizadores se socorrerem da cláusula de exclusão da responsabilidade do art.72º, nº 2.

Quanto à aplicabilidade da *bjr*, encontram-se, no plano doutrinal, orientações um tanto diversas. Certo entendimento doutrinal defende a aplicabilidade da *bjr* aos fiscalizadores. A *ratio legis* da norma ínsita no art.81, nº 1, justifica a aplicação genérica das regras da responsabilidade civil dos administradores à dos membros dos órgãos de fiscalização[178]. CALVÃO DA SILVA, G. FIGUEIREDO DIAS, e FERREIRA GOMES[179] defendem a aplicação da *bjr* aos fiscalizadores. Para CALVÃO DA SILVA, a *bjr* só não se aplica aos

---

[173] RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos Administradores*…, cit., p. 77.
[174] MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*…, cit., p. 984, refere que, no caso americano, a *bjr* delimita a culpa/ilicitude no conjunto.
[175] MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*…, cit., pp. 984-985. No início da p. 985 fala em exclusão de *faute*, isto é, de culpa/ilicitude e no fim afirma "há exclusão da culpa/ilicitude ou, para quem insista na contraposição, em sede contratual: de culpa. MENEZES CORDEIRO, *A grande reforma das sociedades comerciais*, *in* O Direito, Ano 138º, III, 2006, na p. 450, refere exclusão de culpa.
[176] COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil*…, cit., p. 43.
[177] G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., p. 79.
[178] ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade*…, cit., p. 174.
[179] CALVÃO DA SILVA, "Corporate Governance"…, cit., p. 55; G. FIGUEIREDO DIAS, *Estruturas*…, cit., p. 832-833; também G. FIGUEIREDO DIAS, *Controlo*…, cit., p. 313; e J. FERREIRA GOMES, *Da Administração*…, cit., p. 915. Para G. FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização*…, cit., na p. 81, ao defender-se que a *bjr* é aplicável aos órgãos de fiscalização, torna-se indiferente a qualificação dos membros da comissão de auditoria como administradores ou como fiscalizadores, porque, em qualquer caso, lhes será aplicável a *bjr*.

fiscalizadores quando estes não exerçam "*business judgment*", isto é, não actuem pela tomada de decisões.

Em sentido diferente, alguma doutrina restringe a aplicação do art.72º, nº 2, às "decisões empresariais". Para PAULO CÂMARA[180], o campo de aplicação desta regra é o das decisões empresariais – isto é, das decisões dos titulares dos órgãos de administração, tomadas isoladamente ou reunidos colegialmente. Na linha traçada, não pode, assim, pretender-se que esta regra goze de aplicação aos actos dos titulares de órgãos de fiscalização, pois os membros destes órgãos não tomam decisões empresariais. Não adoptam critérios de racionalidade empresarial. Ao invés, observam critérios de legalidade, os quais exorbitam do âmbito e da filosofia da *bjr*. Só nos poucos casos em que os órgãos de fiscalização praticam actos para-administrativos, como sejam a contratação de peritos, que não se reconduzem ao núcleo da actividade fiscalizadora, admite PAULO CÂMARA a aplicação do nº 2 do art.72º. Nos demais casos, não seria aplicável. Sustenta que a norma remissiva do nº 1 do art.81º não é de aplicabilidade cega, obrigando a juízo de adequação entre o regime de responsabilidade da administração e as singularidades do órgão de fiscalização. Entre nós, restringindo a aplicação do art.72º, nº 2, às decisões empresariais, pronunciaram-se ainda COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS[181]. Ajuíza, ainda, N. CALAIM LOURENÇO[182], uma vez que a *bjr* visa decisões empresariais, não fazer sentido a aplicação da regra aos actos dos titulares de órgãos de fiscalização. Acrescenta que "não se pode honestamente crer que estes estejam expostos a qualquer tipo de risco empresarial".

Em sentido idêntico, JOÃO POÇAS[183] afirma que a *bjr* tem a sua esfera de acção no âmbito das decisões discricionárias, onde a tónica é colocada na liberdade de escolha. A actividade de fiscalização em sentido material caracteriza-se pela inexistência de discricionariedade, pautando-se por critérios de legalidade[184]. Contrariamente, a actividade de fiscalização em sentido formal circunscreve-se à prática de actos «para-administrativos». Actos esses que, apesar de não serem praticados por administradores, se aproximam da mecânica das decisões administrativas, caracterizando-se pela existência de discricionariedade. Em atenção à génese histórica que presidiu ao surgimento da *bjr*, ao elemento literal (art. 81º, n.º 1) e às especificidades do funcionamento do órgão de fiscalização, *maxime* actividade de

[180] PAULO CÂMARA, *O Governo*…, cit., pp. 47-48.
[181] COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade dos membros*…, cit., p. 846.
[182] N. CALAIM LOURENÇO, *Os deveres*…, cit., p.35.
[183] JOÃO POÇAS, *A Responsabilidade Civil dos Membros de Órgãos de Fiscalização das Sociedades Anónimas – o Artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais e a Business Judgment Rule, in* Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais, coord: Maria de Fátima Ribeiro, Coimbra, 2013, p. 316.
[184] Os actos materialmente de fiscalização dizem respeito à actividade de fiscalização *strictu sensu* – essencialmente legalista e sucessiva, desprovida de discricionariedade, aos quais se aplicam os deveres previstos no art. 64º, nº 2.

fiscalização em sentido material, JOÃO POÇAS defende que a *bjr* só se aplica aos «actos formalmente de fiscalização».

FERREIRA GOMES[185] critica a visão de PAULO CÂMARA, que designa de redutora da actividade de fiscalização. Para FERREIRA GOMES, muitas das decisões deste órgão são discricionárias e envolvem uma complexa ponderação de múltiplas variáveis, designadamente económicas e legais. E também envolvem juízos de prognose e expectativas futuras, em cenários de incerteza e sob pressão de tempo e de custos. Ou seja, muitas das decisões do órgão de fiscalização global são "decisões empresariais" que implicam um espaço de discricionariedade. O autor não deixa de afirmar, porém, que a discussão sobre a aplicabilidade da *bjr* aos órgãos de fiscalização perde algum sentido, perante o entendimento de que o disposto no nº 2 do art.72º corresponde a uma concretização ou densificação da obrigação de prestar na sua dimensão procedimental.

CONCLUSÕES

Da exposição efectuada, podemos retirar algumas conclusões principais. Eis uma pequena síntese.

A questão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização para com a sociedade, prevista no nº 1 do art.72º por remissão do nº 1 do art.81º, bem como o problema da aplicação da *bjr*, prevista no nº 2 do art.72º, aos membros dos órgãos de fiscalização, implica necessariamente a análise dos deveres legais gerais previstos no art. 64º CSC.

O art. 64º CSC, onde constam os deveres legais gerais ou fundamentais, desdobrou-se, após a reforma, em dois números, o nº 1, com duas alíneas, que se aplica aos deveres dos administradores e o nº 2 que se destina aos fiscalizadores. Esta norma encerra os deveres de cuidado e de lealdade, ocorrendo uma concretização em subdeveres.

A responsabilidade dos fiscalizadores para com a sociedade assume natureza obrigacional, por os membros dos órgãos de fiscalização se encontrarem obrigados para com a sociedade ao cumprimento de um conjunto de obrigações funcionais traduzido em deveres legais, a que se podem adicionar eventualmente deveres ditos contratuais. Uma vez violados estes deveres que os ligam à sociedade, os fiscalizadores assumem uma responsabilidade de natureza obrigacional para com a sociedade, prevista no nº 1 do art. 72º, por remissão do nº 1 do art. 81º.

[185] FERREIRA GOMES, *Da Administração*…, cit., pp. 916-921.

O art. 72º, nº 1, dispõe que os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com a preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa. Nas sociedades abertas, de estrutura anglo-saxónica, os membros da comissão de auditoria são, simultaneamente, administradores não executivos e fiscalizadores. Neste caso, perante a natureza bifronte de tais membros, a doutrina não se mostra unânime quanto às regras a que se subordina a sua responsabilidade. Para a doutrina dominante, quando os actos destes membros forem de administração, submetem-se ao regime de responsabilidade dos administradores, de acordo com o nº 1 do art. 64º e art. 72º e ss.. No entanto, quando ocorrerem no exercício de funções de fiscalização, aplica-se o nº 2 do art. 64º e o art. 81º, o qual prevê a aplicação remissiva das regras de administração. Há quem sustente, porém, que respondem apenas enquanto fiscalizadores.

A *bjr*, nos Estados Unidos, constitui uma presunção de licitude da actividade dos administradores. Todavia, o direito português acolheu, nos termos do disposto no art. 72º, n.º 2 CSC, a *business judgment rule* como causa de exclusão de responsabilidade. À luz do texto do nº 2 do art. 72º, muito se tem discutido sobre o enquadramento dogmático da *bjr*. Surgiram então desencontradas construções sobre o tema. A *bjr* traduz-se na impossibilidade de revisão judicial das decisões empresariais se os gestores provarem, de forma cumulativa, que actuaram em termos informados, livres de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial. Se é inequívoca, por força do art. 81º, a aplicabilidade do nº 1 do art.72º aos titulares dos órgãos de fiscalização, já a aplicabilidade da *bjr* aos membros do órgão de fiscalização não recolhe unanimidade na doutrina portuguesa.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social, in* Reformas do Código das Sociedades, Colóquios do IDET nº 3, Almedina, Coimbra, 2007.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Governação das Sociedades Comerciais*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Cadernos do IDET nº 5, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE; RAMOS, MARIA ELISABETE, *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores*, IDET, Miscelâneas nº3, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 11-55.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE; RAMOS, MARIA ELISABETE, *Responsabilidade dos membros da administração para com a sociedade, in* Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Jorge Manuel Coutinho Abreu (coord.), IDET, Nº1, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 837-855.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA, *Os Administradores Independentes, in* A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao professor Doutor Raúl Ventura, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 153-172.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA**,** *A Business Judgment Rule, in* I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 359-372.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA**,** *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados* – vol. 1, As Sociedades Comerciais, Coimbra Editora, Coimbra, 7ª edição reformulada e actualizada, 2013.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Direito das Sociedades*, 2ª ed., Porto, 2011.

BARBOSA, NUNO, *Delegação orgânica: as relações entre administradores executivos e não executivos, in* E Depois do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios do IDET nº6, 2016, pp. 255-264.

CÂMARA, PAULO, *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais, in* Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 9-142.

CÂMARA, PAULO, *Os modelos de governo das sociedades anónimas, in* Reformas do Código das Sociedades, Colóquios do IDET nº3, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 180-242.

CÂMARA, PAULO, *O Governo das Sociedades e os Deveres Fiduciários dos Administradores, in* Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira, Maria de Fátima Ribeiro (Coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 163-179.

CÂMARA, PAULO, *Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas, in* A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 198-258.

CÂMARA, PAULO, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2011.

CÂMARA, PAULO; DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *O Governo das Sociedades Anónimas*, *in* O Governo das Organizações. A vocação universal do corporate governance, Coleção Governance Lab, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 43-94.

CORDEIRO, ANTÓNIO BARRETO MENEZES, *Deveres fiduciários de cuidado: imprecisão linguística, histórica e conceitual*, in RDS, Ano VII, Números 3/4, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 617-640.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 493-494.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, *in* ROA, Ano 66, Vol. II, 2006, pp. 443-488.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *A grande reforma das sociedades comerciais*, *in* O Direito, Ano 138º, III, 2006, pp. 445-453.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *A Lealdade no Direito das Sociedades*, *in* ROA, Ano 66, Vol. III, 2006, pp. 1033-1065.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, I, Das Sociedades em Especial, Almedina, Coimbra, 2ª edição, 2007.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito das Sociedades*, II, Das Sociedades em Especial, Almedina, Coimbra, 2006.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Anotação ao art. 64º*, *in* Código das Sociedades Comerciais Anotado, António Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2.ª ed., 2011, pp. 250-255.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito das Sociedades*, I, Parte Geral, 3ª edição ampliada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016.

CORREIA, MIGUEL J. A. PUPO, *Direito Comercial (Direito da Empresa)*, 12ª edição revista e actualizada, com a colaboração de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo, Ediforum – Edições Jurídicas, Lisboa, 2011.

COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, reimpressão da 12.ª edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2016.

COSTA, RICARDO, *Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule*, *in* Reformas do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios do IDET nº3, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 49-86.

COSTA, RICARDO, *Deveres gerais dos administradores e "gestor criterioso e ordenado"*, *in* I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2011, pp.157-187.

COSTA, RICARDO, *Comissão de auditoria e "administrador-auditor": um estatuto ambivalente*, *in* IV Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2016, pp.79-96.

COSTA, RICARDO; DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Artigo 64º, Deveres Fundamentais*, *in* Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Jorge Manuel Coutinho Abreu (coord.), IDET, Nº1, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 721-758.

CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.

CUNHA, PAULO OLAVO, *Designação de pessoas colectivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas*, *in* DSR, Ano 1, Vol. 1, 2009, pp. 165-213.

CUNHA, PAULO OLAVO, *Limitações à atividade concorrente de gestores de sociedades comerciais*, *in* IV Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 139-151.

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006.

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Controlo de contas e responsabilidade dos ROC, in* Temas Societários, Colóquios do IDET, nº2, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 153-207.

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Estruturas de Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil, in* Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, vol. I, pp. 803-836.

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *A Fiscalização Societária Redesenhada: Independência, Exclusão de Responsabilidade e Caução Obrigatória dos Fiscalizadores, in* Reformas do Código das Sociedades, Colóquios do IDET nº3, Coimbra, 2007, pp. 280-334.

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *artigo 81º, Responsabilidade dos Membros de Órgãos de Fiscalização, in* Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Jorge Manuel Coutinho Abreu (coord.), Almedina, Coimbra, IDET, Nº1, 2010, pp. 923-951.

EISENBERG, MELVIN A., *Obblighi e responsabilità degli amministratory e dei funzionari delle società nel diritto americano*, GC, 1992, pp. 618 e ss.

FERREIRA, BRUNO, *Os Deveres de Cuidado dos Administradores e Gerentes (Análise dos Deveres de Cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário), in* RDS, Ano 1, Nº3, 2009, pp. 681-737.

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores, in* Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira, Maria de Fátima Ribeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 201-242.

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores, in* A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao professor Doutor Raúl Ventura, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 61-102.

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA, *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, Almedina, Coimbra, 2010.

FURTADO, J. PINTO, *Competências e funcionamento dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais, in* Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, pp. 593-619.

GIL, JOANA FILIPA GONÇALVES, *Contributo para uma dogmática da fiscalização das sociedades anónimas- A competência técnica*, Coimbra, 2006.

GOMES, CATARINA BAPTISTA, *A responsabilidade civil dos administradores assente em deliberações dos sócios, in* RDS, Ano VII, Números 3/4, 2015, pp. 722-723.

GOMES, FÁTIMA, *Reflexões em Torno dos Deveres Fundamentais dos Membros dos Órgãos de Gestão (e Fiscalização) das Sociedades Comerciais à Luz da Nova Redacção do Artigo 64º. do CSC, in* Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais - Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. 2., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 551-569.

GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades, A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Almedina, Coimbra, 2015.

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção, in* RDS, Ano I, nº3, 2009, pp. 647-679.

LEITÃO, LUIS DE MENEZES, *A responsabilidade civil do auditor de uma sociedade cotada, in* ROA, Ano 65, Vol. III, Lisboa, Dezembro de 2005, pp. 663-675.

LOPES, JOÃO DIAS, *Governo da sociedade anónima e negócios com acionistas de controlo, in* RDS, Vol. V, Números 1/2, 2013, pp.77-165.

LOURENÇO, NUNO CALAIM, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, Coimbra, 2011.

MAGALHÃES, VÂNIA PATRÍCIA FILIPE, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*, *in* RDS, Ano I, Nº2, 2009, pp. 379-414.

MAIA, PEDRO, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, BFDUC, Studia Iuridica, nº62, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

MAIA, PEDRO, *Tipos de Sociedades Comerciais*, *in* Estudos de Direito das Sociedades, Jorge Manuel Coutinho de Abreu (coord.), 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 13-40.

MARQUES, RUI; SARMENTO, JOAQUIM MIRANDA, *As entidades de interesse público e as novas regras de supervisão de auditoria nas sociedades*, *in* RDS, Ano VIII, Nº3, 2016, pp. 577-593.

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Comissão Executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração*, *in* Reformas do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios do IDET, nº3, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 243-275.

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *A responsabilidade dos membros do conselho de administração por actos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva*, *in* BFDUC nº78, Coimbra, 2002, pp.365-380.

MARQUES, TIAGO JOÃO ESTÊVÃO, *Responsabilidade Civil dos Membros de Órgãos de Fiscalização das Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2009.

MENDES, MANUEL FRAGOSO, *Entre o temerário e o diligente – A business judgment rule e os deveres dos administradores. Da sua origem à implementação no ordenamento jurídico português*, *in* RDS, Ano VI, 3-4, 2014, pp. 809-832.

NEVES, RUI DE OLIVEIRA, *Fiscalização e Protecção do Investidor. Alguns problemas de governo societário*, *in* I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 335-351.

NUNES, PEDRO CAETANO, *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006.

NUNES, PEDRO CAETANO, *Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administrador*es, *in* II Congresso de Direito das Sociedades em Revista, 2012, pp. 181-224.

NUNES, PEDRO CAETANO, *Os modelos de governo das sociedades anónimas – Os poderes-deveres dos non-executive directors*, *in* IV Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2016, pp.51-77.

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2017.

OLIVEIRA, MADALENA PERESTRELO DE, *Direito de voto nas sociedades cotadas: da admissibilidade de categorias de acções com voto plural às L-Shares*, *in* RDS, Ano VII, Nº 2, 2015, pp. 435-470.

OLIVEIRA, ANTÓNIO FERNANDES DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores*, *in* Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 257-341.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, *Responsabilidade civil dos administradores. Entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

PINTO, F. NUNES, *A responsabilidade civil dos administradores das sociedades*, *in* RDS, Ano VII, Nº 1, 2015, pp. 85-107.

POÇAS, JOÃO MANUEL MIRANDA, *A Responsabilidade Civil dos Membros de Órgãos de Fiscalização das Sociedades Anónimas – o Artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais e a Business Judgment Rule*, *in* Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais, coord: Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, 2013, pp. 281-319.

RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES, *Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de administração perante a sociedade, in* BFDUC, nº 73, 1997, pp. 211-250.

RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES, *Responsabilidade civil dos administradores e directores das sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp.113-123

REIS, NUNO TRIGO DOS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais, in* Temas de Direito Comercial, Cadernos O Direito nº4, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 279-419.

RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Dever de os Administradores Não Aproveitarem, Para Si ou Para Terceiros, Oportunidades de Negócio Societárias, in* RCEJ, nº 20, 2011, pp. 23-59.

SANTOS, HUGO MOREDO; GUINÉ, ORLANDO VOGLER, *Deveres fiduciários dos administradores: algumas considerações (passado, presente e futuro), in* RDS, Ano V, Nº 4, 2013, pp. 691-711.

SERAFIM, SÓNIA DAS NEVES, *Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O dever de cuidado, a business judgment rule e o dever de lealdade, in* Temas de Direito das Sociedades, Manuel Pita, António Pereira de Almeida (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 495-596.

SERENS, M. NOGUEIRA, *Notas sobre a sociedade anónima*, BFDUC, Studia Iuridica nº14, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *"Corporate Governance" – Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão, in* RLJ, Ano 136, Nº 3940, Setembro-Outubro 2006, pp. 31-59.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade Civil dos Administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão, in* O Direito, Ano 139º, III, 2007, pp. 555-599.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão, in* A Reforma do código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Doutor Raúl Ventura, Coimbra, 2007, pp. 103-151.

SILVA, JOÃO SOARES DA, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade: os Deveres Gerais e os Princípios da Corporate Governance, in* ROA, 1997, Ano 57, Vol. II, pp. 605-628.

TRIUNFANTE, ARMANDO, *Código das sociedades comerciais anotad*o, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Almedina, Coimbra, vol. I, reimpressão da 10ª ed., 2015.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais, in* DSR, Ano 1, Vol. 1, Março 2009, pp. 11-32.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Business Judgment Rule, deveres de cuidado e lealdade, Ilicitude e Culpa, e o artigo 64º do CSC, in* DSR, Ano 1, Vol. 2, 2009, pp. 41-80.

VASQUES, JOSÉ, *Estruturas e conflitos de poderes nas Sociedades Anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

VAZ, TERESA ANSELMO, *Impugnação de deliberações sociais em sociedades abertas, in* IV Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 259-269.

VENTURA, RAÚL, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*, Almedina, Coimbra, 1994.

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA 3

ABREVIATURAS 4

INTRODUÇÃO 5

I – SOCIEDADE ANÓNIMA FECHADA E ABERTA 6

II – OS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO NA ESTRUTURA ORGÂNICA DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS 8

1.1. A estrutura orgânica das sociedades anónimas 8
1.1.1. Os órgãos de fiscalização nas sociedades anónimas de estrutura monística: a comissão de auditoria e o ROC 11
1.1.2. A repartição de competências entre a comissão de auditoria e o ROC 15

III – OS DEVERES DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS 16

1. Deveres de conteúdo específico 17
1.1. Os deveres de fiscalização 17
1.1.1. Os deveres de fiscalização política 18
1.1.2. Os deveres de fiscalização contabilística 19
1.2. Outros deveres legais específicos 20
2. Deveres fundamentais ou gerais 21
2.1. Deveres de Cuidado 23
2.2. Deveres de Lealdade 28

IV – A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES ABERTAS 31

1.Introdução 31
2. A responsabilidade para com a sociedade 33
2.1. A responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização 33
2.1.1. Facto 34
2.1.2. Ilicitude 34
2.1.3. Culpa 35
2.1.4. Dano 36
2.1.5. Nexo de causalidade entre o facto e o dano 37
2.2. A responsabilidade dos membros da comissão de auditoria resultante da natureza bicéfala do órgão 38
3. Solidariedade da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização 39
4. O problema da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização de funcionamento colegial 40
5. Aplicabilidade da *business judgment rule* aos membros dos órgãos de fiscalização 41
5.1. Consagração da *business judgment rule* e seu significado 41

5.2. Articulação da *business judgment rule* com o dever de cuidado 43
5.3. Âmbito de aplicação do nº 2 do art. 72º 44
5.4. Pressupostos do art.72º, nº 2 45
5.5. A natureza jurídica da *business judgment rule* 46
5.6. Aplicação da *business judgment rule* aos fiscalizadores..... 48

CONCLUSÕES..... 50

BIBLIOGRAFIA..... 52