

A RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Escola de Lisboa

Mestrado em Direito Empresarial

Lourenço Maria Lobo Machado de Sousa Chaves

Sob orientação do Professor Doutor Paulo Olavo Cunha

Março 2018

Palavras-Chave

Responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização; deveres dos membros do órgão de fiscalização; responsabilidade pela insolvência da sociedade; business judgment rule.

Índice

Introdução.....	5
Nota introdutória	6
1 - A fiscalização das Sociedades Comerciais e os respectivos órgãos	7
1.1 - A importância e a evolução da fiscalização societária	7
1.2 - Estruturas de fiscalização das sociedades comerciais	8
1.3 - Controlo político e fiscalização económico-financeira	10
2 - Requisitos para o exercício da função de fiscalização	11
2.1 - Requisitos de elegibilidade	11
2.2 - Incompatibilidades	11
2.3 - Os deveres dos membros do órgão de fiscalização, e em especial, os “elevados padrões de diligência profissional”	12
a) Deveres gerais.....	12
b) Deveres específicos	16
3 - A responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização	18
3.1 - Enquadramento da questão	18
3.2 - Responsabilidade perante a sociedade	19
3.3 - Responsabilidade perante sócios	20
3.4 - Responsabilidade perante terceiros.....	21
3.4.1 - Responsabilidade perante credores sociais	22
3.4.2 - Responsabilidade perante outras pessoas/entidades que não credoras	23
3.5 - A responsabilidade pela insolvência da sociedade	23
3.6 - A exclusão da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização	25
3.6.1 - A aplicação da <i>business judgment rule</i> aos membros do órgão de fiscalização	25
3.6.2 - Outros modos de exclusão da responsabilidade.....	27
3.7 - A inadmissibilidade de limitar ou excluir contratualmente a responsabilidade	28
3.8 - A obrigação de prestação de caução ou de celebração de seguro de responsabilidade civil	29
3.9 – Especificidades da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização em face da responsabilidade dos membros do órgão de administração.....	29
Conclusões.....	31
Bibliografia.....	33

Abreviaturas

AG	Assembleia Geral
art.	artigo
CC	Código Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-lei
DSR	Direito das Sociedades em Revista
nº	número
pág.	pág.
RDS	Revista de Direito das Sociedades
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ROC	Revisor Oficial de Contas
SA	Sociedade Anónima
SNC	Sociedade em Nome Colectivo
SQ	Sociedade por Quotas
SROC	Sociedade de Revisores Oficiais de Contas

Introdução

A presente dissertação pretende analisar o regime da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização.

A matéria da fiscalização societária, ao contrário do que se passa com a administração, não foi uma matéria particularmente trabalhada pelas nossas jurisprudência e doutrina. Esta situação, a nosso ver, não é condizente com a sua importância nas sociedades comerciais.

Este trabalho versará sobre um tema central da fiscalização societária, e que influencia todo o regime dos órgãos de fiscalização.

Focar-nos-emos sobretudo no regime previsto no CSC, contudo para uma análise completa desta temática teremos de cruzar o regime societário com outros regimes, designadamente com o CC e com o CIRE.

A presente dissertação está dividida em três capítulos, o primeiro destina-se à fiscalização societária e às estruturas previstas no CSC, o segundo capítulo é referente aos requisitos necessários para o exercício da função de fiscalização, e o terceiro capítulo a todo o regime da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização.

Esperamos, no decurso do presente trabalho, e através da verificação de determinados pressupostos estar em condições de demonstrar que o âmbito de responsabilização dos membros do órgão de fiscalização das sociedades comerciais se poderá enquadrar de uma forma mais ampla do que aquela que geralmente lhe tem sido atribuída. Para este efeito socorrer-nos-emos não apenas do recurso aos diplomas legais vigentes no âmbito desta matéria mas também, e de maneira particularmente significativa, de trabalhos de carácter doutrinal desenvolvidos por algumas das mais relevantes figuras de âmbito nacional.

Nota introdutória

O tema que pretendemos analisar neste trabalho está inserido no âmbito da governação societária, versando mais precisamente sobre a responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização.

Pese embora a fiscalização societária possa ser exercida pelos sócios, por exemplo em sede de AG, quando empregarmos o termo fiscalização societária estamo-nos a referir apenas à fiscalização societária orgânica.

O presente trabalho centrar-se-á na responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização, e por esse motivo uma análise exaustiva do tema obrigar-nos-ia a analisar a também a responsabilidade dos ROC. Todavia devido ao carácter sintético que se exige de um trabalho com as limitações do presente, a mencionada análise não irá ser realizada. Não obstante, sempre que se justificar faremos uma breve referência ao regime da responsabilidade dos ROC.

Neste trabalho pretendemos analisar a responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização pela fiscalização, e tendo este objectivo quando empregarmos este termo estamos a referir-nos apenas a esta responsabilidade. Temos a consciência que a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização não se limita ao previsto na lei civil nem na lei comercial, todavia não pretendemos analisar outros tipos de responsabilidade como a criminal, a contraordenacional ou a fiscal.

1 - A fiscalização das Sociedades Comerciais e os respectivos órgãos

1.1 - A importância e a evolução da fiscalização societária

Tendo o órgão de administração competência para efectuar a gestão da sociedade, compreende-se, que em regra, seja da competência de outro órgão, o controlo dessa gestão.

Uma vez que nem todos os sócios de uma sociedade têm influência na administração da mesma, é facilmente compreensível que aqueles que não fazem parte do centro decisório da sociedade pretendam que exista um controlo da gestão da mesma¹. A existência de um órgão de fiscalização permite um controlo mais eficaz e mais regular que o controlo exercido em sede de AG, e com a presença daquele órgão podem ser atenuadas assimetrias informativas existentes entre os sócios que controlam a gestão da sociedade e os sócios que não têm influência na gestão.

A fiscalização societária pode também ser vista como um meio de atenuar eventuais problemas de *corporate governance* entre o órgão de administração e o órgão de fiscalização, como o problema dos custos de agência, na medida em que sem a fiscalização societária os sócios terão mais dificuldades em sindicar a gestão da sociedade, e com isso os gestores podem sentir-se tentados a aumentar os seus proveitos e por consequência a diminuir os proveitos da sociedade e como tal também os dos sócios².

A fiscalização societária tem sido objecto de diversas mutações ao longo dos anos³.

Inicialmente não existia previsão legal de fiscalização, pelo que esta estava condicionada à vontade dos sócios, podendo estes optar por prever a fiscalização nos estatutos da sociedade⁴.

¹ CUNHA, PAULO OLAVO – *Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª Edição, Almedina, 2016, pág. 524.

² GOMES, JOSÉ FERREIRA – *Da Administração à Fiscalização de Sociedades*, Almedina, 2017, pág. 20 a 24.

³ Para uma análise detalhada da evolução da fiscalização, ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA – *A Fiscalização das Sociedades Comerciais – Estudo da Reforma Legislativa*, Banco de Portugal, 1997, pág. 3 a 14.

⁴ DUARTE, RUI PINTO – “O quadro legal das Sociedades Comerciais ao Tempo do Alves & C.^{as}”, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2008 pág. 487.

Numa segunda fase, que coincidiu com a entrada em vigor do Código Comercial de 1888, a fiscalização passou a ser obrigatória, através da existência de um conselho fiscal⁵, para as SA.

Só em 1969 voltaram a existir novos desenvolvimentos nesta matéria, e foi precisamente nesta fase que se deram grandes desenvolvimentos neste tema. Até 1969 os únicos preceitos existentes sobre fiscalização eram referentes à obrigação da fiscalização nas SA e a uma lista reduzida de competências. O DL nº49381 de 1969 teve um impacto muito grande nesta matéria, uma vez que alargou a competência do órgão de fiscalização, impôs deveres e previu ainda a responsabilidade civil dos membros deste órgão.

Com o CSC a função de fiscalização foi novamente merecedora de atenção por parte do legislador e ganhou importância na organização societária⁶.

A reforma de 2006 teve particular incidência na organização societária, e como tal a fiscalização não foi esquecida. Através desta reestruturação societária, entre outros objectivos, pretendeu-se que os órgãos de fiscalização não perdessem a vocação política que lhes era inerente, uma vez que era concedida a possibilidade de a fiscalização ser facilmente reduzida a um fiscal único, que era um ROC, e como tal o controlo exercido por este tinha essencialmente um carácter económico-financeiro e já não uma vocação política, que era o principal objectivo da fiscalização⁷.

1.2 - Estruturas de fiscalização das sociedades comerciais

A estrutura de fiscalização das sociedades comerciais pode ser cingida ao caso das SA, uma vez que é neste tipo social que a fiscalização é sempre obrigatória⁸ e também

⁵ O primeiro órgão de fiscalização legalmente previsto foi o conselho fiscal em 1888. Só em 1986 com o CSC e com a introdução do modelo germânico passou a ser possível que a fiscalização fosse entregue a outro órgão, o conselho geral. Com a reforma de 2006 e com o acolhimento do modelo anglo-saxónico no CSC, passou a ser admitido que a fiscalização fosse entregue a um outro órgão, a comissão de auditoria. Para uma análise mais detalhada dos vários órgãos de fiscalização ver Ponto 1.2.

⁶ Uma vez que até aí a fiscalização era marginalizada, e com o CSC a fiscalização foi integrada no principal instrumento legislativo societário.

⁷ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização das sociedades e responsabilidade civil (Após a reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006, pág. 13 a 16.

⁸ Nas SNC a fiscalização orgânica nunca é obrigatória, todavia nada obsta a que nos estatutos deste tipo social se preveja a existência de um órgão de fiscalização.

Nas SQ a fiscalização orgânica não é, em regra, obrigatória, contudo tal como nas SNC, nada obsta a que seja previsto nos estatutos a existência de um órgão de fiscalização (art. 262º nº1 do CSC). A especificidade da fiscalização das SQ face às SNC é que a fiscalização nas primeiras torna-se obrigatória quando, durante dois anos consecutivos, sejam ultrapassados dois dos três limites previstos no art. 262º nº2 do CSC, esta obrigação cessa quando os mesmos limites

porque, em regra, é neste tipo social que surgem mais questões jurídicas relacionadas com a fiscalização devido aos interesses que em regra existem neste tipo de sociedades, como interesses financeiros e problemas relacionados com a dispersão do capital social⁹.

Existem vários aspectos que vão fazer variar a estrutura de fiscalização das SA tais como o modelo de governação escolhido¹⁰, o facto de a sociedade ser ou não emitente de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, alguns aspectos contabilísticos como o balanço e o total das vendas líquidas e outros proveitos, e ainda o número de trabalhadores empregados em média durante o exercício.

No modelo de governação clássico, modelo que é paradigmático da estrutura de governação das SA existente em Portugal¹¹, a gestão encontra-se entregue a um conselho de administração ou administrador único¹² e a fiscalização cabe a um conselho fiscal ou fiscal único (art. 413º nº1 do CSC).

Neste modelo a estrutura de fiscalização pode ser centralizada num único órgão (fiscal único ou conselho fiscal), fazendo o ROC ou SROC parte deste – denominado modelo simples. Ou pode a estrutura de fiscalização ser composta por um conselho fiscal e por um ROC ou SROC que se situa à margem deste órgão – denominado modelo reforçado. As sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e as sociedades que embora não tenham esta natureza aberta sejam totalmente dominadas por outra sociedade e ultrapassem, durante dois anos consecutivos, dois dos limites previstos no art. 413º nº 2 a) do CSC devem adoptar o modelo reforçado. Em todos os restantes casos existe liberdade total para adopção do modelo simples ou do modelo reforçado.

referidos não sejam ultrapassados durante dois anos consecutivos (art. 262º nº3 do CSC). Se a SQ tiver por objecto a gestão de participações sociais noutras sociedades tem obrigatoriamente que ser organicamente fiscalizada nos termos do art. 10º nº2 do DL nº 495/88 de 30 de Setembro.

⁹ É importante referir que o regime das SA relativo à responsabilidade pelas dívidas sociais (art. 217º do CSC), transmissão de participações sociais (art. 328º do CSC), estrutura de organização societária (art. 278º do CSC), número mínimo de sócios (art. 273º nº1 do CSC) e de capital social mínimo (art. 276º nº5 do CSC) permite-nos concluir que este tipo social está sobretudo pensado para empresas de média/grande dimensão, ao invés das SQ, que apesar de poderem perfeitamente acolher empresas de média dimensão, são a nosso ver um tipo social que está mais vocacionado para empresas de pequena dimensão, uma vez que neste tipo social não é exigido uma estrutura de organização societária tão pesada como nas SA, por exemplo não é exigido um número significativo de sócios (art. 7º nº2 do CSC) e não é necessário capital social mínimo (art. 201º do CSC), parece-nos por isso que o facto de existirem empresas de média dimensão que optam por ser SQ é justificado pelo facto dos sócios pretenderem ter responsabilidade limitada sem ter de suportar os elevados custos exigidos às SA.

¹⁰ Modelo clássico (art. 278º nº1 a) do CSC), modelo anglo-saxónico (art. 278º nº1 b) do CSC) e modelo germânico (art. 278º nº1 c) do CSC).

¹¹ CUNHA, PAULO OLAVO - obra citada, 2016, pág. 761.

¹² Administrador único apenas é permitido se o capital social da sociedade não for superior a € 200 000, aplicando-se ao administrador único os preceitos do CSC relativos ao conselho de administração que não exigem a pluralidade de administradores (art. 390º nº2 do CSC).

No modelo anglo-saxónico que se caracteriza pelo facto de tanto a função de administração como a função de fiscalização serem entregues a administradores, ainda que os administradores encarregues da fiscalização não possam ter funções executivas (art. 423º B nº3 do CSC), a administração cabe a um conselho de administração, já a função de fiscalização cabe a uma comissão de auditoria, que é um órgão que se situa dentro do próprio conselho de administração, e nesse sentido a fiscalização societária é assegurada por administradores não executivos e por um ROC autónomo (art. 278º nº1 b) e art. 423º-B nº 1 e 3 do CSC).

No modelo germânico a função de administração é concedida a um conselho de administração executivo ou administrador único (art. 424º do CSC) e por sua vez a fiscalização cabe ao conselho geral e de supervisão e a um ROC à margem deste órgão (art. 278º nº1 c) e art. 441º do CSC).

1.3 - Controlo político e fiscalização económico-financeira

A evolução da fiscalização das sociedades comerciais fez com que, para além do controlo político, fosse necessário também uma fiscalização económico-financeira¹³. O controlo político é a fiscalização que incide sobre a administração da sociedade e sobre a observância da lei – sendo efectuada pelos órgãos de fiscalização (conselho fiscal, comissão de auditoria e conselho geral e de supervisão). Por sua vez, a fiscalização económico-financeira é a que incide sobre aspectos contabilísticos da sociedade – e é efectuada por ROC.

¹³ Refere a este propósito que se trata da “dupla função fiscalizadora”, DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização* (...) obra citada, 2006, pág. 18. Esta separação de funções na fiscalização é referida por outros autores como CUNHA, PAULO OLAVO – obra citada, 2016, pág. 524, DOMINGUES, PAULO DE TARSO – “O exercício e funções de administração por parte dos órgãos de fiscalizadores”, *Cadernos de Direito Privado*, nº46. 2014, pág. 3 e OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE – *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2017, pág. 299.

2 - Requisitos para o exercício da função de fiscalização

2.1 - Requisitos de elegibilidade

Para o exercício de funções de fiscalização societária existem diversos requisitos de elegibilidade. Quando a fiscalização for entregue a um fiscal único este deve obrigatoriamente ser um ROC ou SROC (art. 413º nº1 a) do CSC). Relativamente a este ponto o legislador adicionou no art. 414º nº1 do CSC outro requisito que proíbe que o ROC ou SROC que seja fiscal único, seja também sócio da sociedade. Nas restantes situações, nada obsta a que pelo menos um membro do conselho fiscal, comissão de auditoria ou do conselho geral de supervisão seja sócio da sociedade.

No caso das sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e das sociedades que ultrapassem dois dos limites previstos no art. 413º nº2 a) do CSC, os órgãos de fiscalização dessas sociedades devem ter nos termos do art. 414º nº4 e 423º B nº4 do CSC (aplica-se igualmente por remissão directa aos membros do conselho geral e de supervisão nos termos do art. 434º nº4 do CSC) pelo menos um membro com curso superior adequado, conhecimentos de auditoria ou contabilidade e ser independente¹⁴. Se a sociedade for emitente de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado os membros do órgão de fiscalização devem ser na sua maioria independentes nos termos do art. 414º nº6, 423º B nº5 do CSC (aplica-se por remissão aos membros do conselho geral e de supervisão art. 434º nº4 do CSC).

2.2 - Incompatibilidades

Para além dos requisitos de elegibilidade o desempenho de funções de fiscalização está sujeito a um elenco de incompatibilidades que está previsto no artigo 414º A do CSC, e apesar deste elenco no nº1 se referir apenas aos “membros do conselho fiscal, fiscal único ou revisor oficial de contas” o mesmo aplica-se igualmente, com as necessárias

¹⁴ Nos termos do art. 414º nº5 do CSC, o critério de independência afere-se pela inexistência de qualquer associação a grupos de interesses específicos da sociedade e pela isenção na análise e decisão. Nesta disposição não é independente quem for titular ou representar sócio com pelo menos 2% do capital social da sociedade e quem tenha sido eleito por mais de dois mandatos como membro de algum órgão social da sociedade.

adaptações, aos membros da comissão de auditoria (art. 423º B nº3 do CSC, com excepção a alínea b) do nº1) e aos membros do conselho geral e de supervisão (art. 434º nº4 do CSC, com excepção da alínea f) do nº1¹⁵).

2.3 - Os deveres dos membros do órgão de fiscalização, e em especial, os “elevados padrões de diligência profissional”

Antes de ser analisada a temática da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização é imperioso sabermos que tipo de deveres impendem sobre os membros destes órgãos¹⁶.

a) Deveres gerais

Desde a reforma 2006 que a redacção do art. 64 do CSC contempla no seu nº 2 que os titulares dos órgãos de fiscalização “devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade”. Todavia, antes de qualquer análise deste art. 64º nº2 do CSC deve ser feita uma análise do artigo 64º nº1, uma vez que só interpretado e compreendido o art. 64º nº1 se deve passar para o nº2.

No art. 64º nº1 do CSC estão previstos em paralelo os deveres gerais dos administradores e gerentes, mais concretamente o dever de cuidado e o dever de lealdade. Quanto ao primeiro, e recorrendo ao elemento teleológico consideramos que o sentido deste dever é prever que os administradores e gerentes estejam obrigados a um dever de boa administração, ou seja deve existir da parte destes uma administração cuidada da sociedade, sendo que não se pode, em abstracto, definir o que é ou não é uma administração cuidada, esta análise terá de ser feita caso a caso uma vez que a

¹⁵ Partilhando a perplexidade de PAULO OLAVO CUNHA no sentido da não aplicação aos membros do conselho geral e de supervisão da incompatibilidade prevista no art. 414º A nº1 f) do CSC (pelo art. 434º nº4 do CSC), que possibilita que os membros do conselho geral e de supervisão possam exercer funções em empresas concorrentes, não vendo nós razões para esta diferenciação face aos membros do conselho fiscal e da comissão de auditoria, CUNHA, PAULO OLAVO - obra citada, 2016, pág. 878.

¹⁶ Apesar de neste estudo nos centrarmos nos deveres de fonte legal, é importante referir que podem também existir deveres de fonte contratual.

“disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade” não é igual em todo o tipo de sociedades¹⁷. Já quanto ao dever de lealdade parece-nos que o seu alcance tem sobretudo uma dimensão ética nos termos do qual os administradores e gerentes devem pautar a sua actuação¹⁸, e devem sempre agir no interesse da sociedade e dos sócios¹⁹.

Depois de analisado o art. 64º nº1 do CSC cumpre fazer uma comparação com o art. 64º nº2 do CSC, e é de fácil percepção que embora situados no mesmo artigo encontramos redacções diferentes. Numa primeira análise podemos desde logo referir que no nº2 (ao contrário do nº1) os deveres de cuidado e de lealdade não estão separados por alíneas, e a segunda grande diferença entre as duas redacções é a inclusão no caso dos fiscalizadores de uma nova bitola para aferir a responsabilidade destes, “empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional”.

Quanto aos deveres de cuidado e de lealdade, como referimos não existe a mesma técnica legislativa que existe no art. 64º nº1. Analisando o artigo, este pode ser interpretado de duas maneiras distintas. Uma primeira, que a nossa ver é uma interpretação literal, que sugere que os deveres deste artigo 64º nº2 não estão consagrados com igual importância (e em paralelo como no art. 64º nº1), e que pela redacção deste preceito os deveres de lealdade e “elevados padrões de diligência profissional” são o meio para o cumprimento do dever de cuidado²⁰. Uma segunda, que apesar das diferenças existentes entre os nº1 e 2 do art. 64º do CSC, não se deve observar de modo diferente esta regra tendo em conta a regra análoga prevista para os administradores e gerentes, ou seja nesta segunda proposta sugere-se uma interpretação correctiva do art. 64º nº2, de modo a atribuir-se igual peso aos deveres, pois não visualizam argumentos para este tratamento diferenciado²¹.

¹⁷ GONÇALVES, DIOGO COSTA – *Pessoa Colectiva e Sociedades Comerciais*, Almedina, 2015, pág. 858.

¹⁸ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização (...)* obra citada, 2006, pág. 49 e 50.

¹⁹ Casos típicos em que são suscitados deveres de lealdade, são por exemplo, a proibição de concorrência e o aproveitamento de oportunidades de negócios da sociedade, CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – “A lealdade no direito das sociedades”, *ROA*, Ano 66, Vol. III, 2006, disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-a-lealdade-no-direito-das-sociedades/> ponto 15.

²⁰ Esta solução embora referida em autores como CUNHA, PAULO OLAVO – obra citada, 2016, pág. 542 e 543 e DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização (...)* obra citada, 2006, pág. 51, é também reconhecida (ainda que indirectamente) pelos autores como não sendo a interpretação ideal deste artigo e se no caso de CUNHA, PAULO OLAVO – obra citada, 2016, pág. 116 referiu esta solução, aqui este autor subalterniza os deveres gerais ao interesse social (que não poderemos desenvolver nesta sede), e acaba por equipar os deveres dos administradores e gerentes aos membros dos órgãos de fiscalização, já GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, como veremos, acaba por sugerir uma interpretação correctiva.

²¹ Esta solução é defendida por (ordem alfabética de último nome) DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização (...)* obra citada, 2006, pág. 53, MARQUES, TIAGO JOÃO ESTÉVÃO – *Responsabilidade Civil dos Membros dos Órgãos de Fiscalização das Sociedades Anónimas*, Almedina, 2009, pág. 74 e SILVA, JOÃO CALVÃO DA – “Responsabilidade civil

Defendemos que, pese embora a redacção dos dois números do artigo 64º do CSC ser bastante diferente, não conseguimos retirar, no que respeita aos deveres dos membros dos órgãos de fiscalização, nenhum sentido útil da redacção do artigo 64º nº2 do CSC²², pelo que temos alguma dificuldade em perceber como se cumpre o dever de cuidado através desta redacção²³.

Quanto à interpretação da cláusula “elevados padrões de diligência profissional” a mesma afigura-se complicada, desde logo pela falta de elementos na redacção e também pela pouca jurisprudência sobre este tema.

Numa primeira aproximação parece-nos que a *ratio* desta cláusula visa reconhecer legalmente a exigência e a importância das funções de fiscalização no seio societário, e como consequência disso os titulares dos órgãos de fiscalização devem actuar “com redobrada atenção a todos os aspectos técnicos que o controlo da actuação dos gestores envolve e participando nessa actividade com idêntica sofisticação da utilizada por estes na administração da sociedade”²⁴. Percebe-se a utilização desta terminologia legal se pensarmos que quem fiscaliza tem de controlar a gestão da sociedade, não sendo, pois, desprovido de sentido que o grau de diligência exigido de quem controla seja superior ao de quem gere.

Todavia, como bem nota GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, é diferente a utilização desta cláusula consoante os membros do órgão de fiscalização sejam ou não ROC ou SROC, uma vez que estes estão sujeitos a determinadas regras profissionais²⁵. Situação diferente e mais complexa é o preenchimento desta cláusula perante membros do órgão de fiscalização que não sejam sujeitos a estas regras²⁶. Numa tentativa de encontrar o preenchimento desta cláusula esta autora sugere que o significado desta cláusula só pode

dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão”, *ROA*, Ano 67, Vol. I, 2007, disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/joao-calvao-da-silva-responsabilidade-civil-dos-administradores-nao-executivos-da-comissao-de-auditoria-e-do-conselho-geral-e-de-supervisao/>, ponto 5.

²² Sem pretender desenvolver muito a questão, todavia parece-nos que este artigo 64º nº2 do CSC é uma norma com uma redacção que dificulta a sua interpretação, pelo que independentemente de se considerar ou não uma norma com uma redacção infeliz, pensamos que seria benéfico, numa futura Reforma societária, uma intervenção do legislador neste ponto. Das várias possibilidades que poderiam tornar este preceito mais perceptível consideramos que a colocação de uma vírgula depois da previsão do critério dos “elevados padrões de diligência profissional” seria a nosso ver um modo mais eficaz para terminar com as dúvidas.

²³ Sem esta interpretação a Reforma, a nosso ver, perdia parte do seu objectivo, pois se com a reformulação do art. 64º do CSC se pretendeu, nomeadamente no art. 64º nº1, dar importância ao dever de lealdade, faria pouco sentido que no mesmo artigo existisse uma disposição que contrariasse esta tendência de valorização deste dever, daí que a interpretação correctiva seja a nossa ver o único modo de retirar algum sentido desta disposição.

²⁴ CUNHA, PAULO OLAVO - obra citada, 2016, pág 875.

²⁵ Regras previstas no Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (Lei 140/2015 de 7 de Setembro).

²⁶ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização* (...) obra citada, 2006, pág. 53 e 54.

ser encontrado nas normas do CSC onde estão previstos os deveres e funções dos órgãos de fiscalização, e com isso considerar-se-á ilícita a conduta dos membros do órgão de fiscalização quando esta desrespeitar os deveres de cuidado, não tendo este empregado o padrão de diligência exigido para o cumprimento dos seus deveres e funções²⁷.

Em suma concordamos com esta construção, contudo há que referir que a lei nesta questão ainda nos dá outro elemento. Como referimos anteriormente, em determinadas situações a lei exige que um dos membros do órgão de fiscalização tenham curso superior adequado ao exercício das funções e conhecimentos de contabilidade ou auditoria. A nosso ver, e como referimos acima, se a função de fiscalização já exige uma diligência superior, uma vez que é uma função de controlo, neste caso temos ainda uma exigência superior, dito de outro modo, a nosso ver a diligência que é exigida aos fiscalizadores é diferente consoante o membro do órgão de fiscalização seja: a) ROC, b) não seja ROC, mas tenha curso superior adequado e conhecimentos de auditoria ou contabilidade e c) não seja ROC nem tenha curso superior adequado nem conhecimentos de contabilidade ou de auditoria.

Podem existir três²⁸ tipos de membros do órgão de fiscalização, o ROC ou SROC, o membro com “curso superior adequado ao exercício das funções e conhecimentos de contabilidade e auditoria” e o membro que não é ROC e não tem curso superior adequado, nem conhecimentos de contabilidade ou de auditoria.

Interessa saber se estes três tipos potenciais de membros do órgão de fiscalização estão em situações semelhantes, ou seja interessa saber se em caso de eventual responsabilidade estão nas mesmas circunstâncias? Deve uma fraude fiscal (não evidente) não detectada ser imputada da mesma forma a um membro de órgão de fiscalização com conhecimentos especiais e a um membro de um órgão de fiscalização sem conhecimentos especiais?

A nosso ver tem de existir uma exigência superior a um ROC e mesmo a quem tenha estes conhecimentos especiais, caso contrário não faria sentido que em determinadas circunstâncias fosse obrigatória a presença de membros com estas características, sendo a própria lei a entender que a função de fiscalização será melhor desempenhada com a presença de ROC e com membros com conhecimentos especiais. A

²⁷ *Idem*, pág. 54.

²⁸ Na verdade até podem existir quatro tipos de membros do órgão de fiscalização, todavia neste ponto o critério da independência não tem relevância.

nosso ver a consequência prática é que num caso, como o referido acima, seja mais censurável a não detecção da fraude fiscal a um ROC e um membro com especiais conhecimentos do que a um membro de órgão de fiscalização que não tenha nenhuma destas características.

Outra questão que consideramos útil tratar neste âmbito está relacionada com este padrão de diligência exigido aos membros dos órgãos de fiscalização e com as competências para o desempenho deste cargo. Como referimos acima existem requisitos para a composição dos órgãos de fiscalização, nomeadamente o requisito previsto no art. 414º nº4 do CSC, que exige, entre outros requisitos, que as sociedades referidas no art. 413º nº2 a) do CSC tenham no seu órgão de fiscalização pelo menos um membro com “curso superior adequado ao exercício das funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade”, *a contrario* retira-se que em todos os outros casos, e mesmo os restantes membros desde órgão de fiscalização, podem não ter conhecimentos certificados de contabilidade e auditoria nem ter curso superior.

Parece-nos que o padrão de diligência exigido aos membros do órgão de fiscalização é incompatível com membros que façam parte do órgão e que não tenham conhecimentos mínimos de contabilidade ou auditoria ou mesmo curso superior, daí que na nossa opinião se for nomeado como membro de um órgão de fiscalização alguém que não tenha estes conhecimentos, esse membro já está a violar o art. 64º nº2 do CSC²⁹.

b) Deveres específicos

Para além dos deveres gerais que se destinam a pautar o modo como os membros do órgão de fiscalização devem desempenhar as suas funções, existem ainda os deveres específicos, deveres estes que se relacionam especificamente com a função de fiscalização.

Dentro dos deveres específicos dos membros do órgão de fiscalização temos, entre outros, os deveres de fiscalização (art. 420º, 423º-F e art. 441º do CSC) , deveres de vigilância (art. 420º-A, art. 423º-G nº2 do CSC), dever de assistir às AG (art. 422º nº1 a), art. 423º-G nº1 B) do CSC), dever de segredo (art. 422º nº1 c), art. 423º-G d) e art.

²⁹ Importa referir que apesar da presença de um ROC as funções deste, em regra, não são coincidentes com as dos membros do órgão de fiscalização que não são ROC.

441º-A do CSC), dever de informação (art. 422º nº1 d) do CSC), dever de denúncia (art. 422º nº3, art. 423º-G nº3 e do CSC), dever de impugnar as deliberações sociais (art. 57º do CSC), dever de convocar a AG (art. 377º nº1 do CSC).

3 - A responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização

3.1 - Enquadramento da questão

A responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização é uma matéria relativamente recente. Só em 1969, com o DL nº49381, é que foi consagrada esta responsabilidade. Até 1969 não se colocavam problemas de responsabilidade, uma vez que os membros do conselho fiscal eram nomeados não pelas suas qualidades, mas pela fidelidade que tinham aos sócios. A fiscalização era por isso inexistente, na medida em que os membros do conselho fiscal apenas confirmavam as decisões do órgão de administração. Só com o DL nº49381, e mais tarde com o CSC é que esta situação se veio a alterar³⁰.

Ao contrário do que acontece com os administradores e gerentes, que têm um regime de responsabilidade próprio (art. 72º a 79º do CSC), os membros do órgão de fiscalização não tiveram a mesma atenção por parte do legislador. O CSC apenas dedica uma norma à responsabilidade dos membros deste órgão³¹, norma esta que remete a responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização para o regime da responsabilidade dos administradores e gerentes³².

Importa antes de mais referir que responsabilidade que vai ser objecto de estudo é a responsabilidade que resulta de actos ou omissões praticadas pelos membros do órgão de fiscalização no exercício de funções de fiscalização, ou seja todos os actos ou omissões praticadas que não no exercício de funções de fiscalização (ou ainda que durante este

³⁰ ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA – obra citada, 1997, pág. 175 e 176.

³¹ Existe ainda o art. 82º do CSC que prevê a responsabilidade dos ROC.

³² Esta opção do legislador não é isenta de críticas, e como tal em face da inexistência de um regime específico de responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização algumas questões ficam sem resposta, nomeadamente qual regime de responsabilidade que se deve aplicar a um ROC que faça parte de um órgão de fiscalização, e também qual o regime de responsabilidade dos membros da comissão de auditoria.

Quanto aos ROC e seguindo DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – “Artigo 81º”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Jorge Manuel de Coutinho de Abreu (coord.). Vol. I, Almedina, 2010, pág. 927, no entendimento que ao ROC se aplica a art. 82º do CSC quando desempenhar funções de revisão legal de contas, e por sua vez aplica-se o art. 81º do CSC quando o ROC desempenha funções como outro qualquer membro de um órgão de fiscalização.

Já em relação aos membros da comissão de auditoria, e na ausência de referência legal, seguimos novamente DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Artigo 81º* (...) obra citada, 2010, pág. 928 e 929, no entendimento que não pode em abstracto definir se um membro da comissão de auditoria vai responder perante o regime da responsabilidade dos membros do órgão de administração ou pelo regime de responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização. Esta qualificação só poderá ser feita caso a caso.

exercício mas não por causa deste) ainda que gerem responsabilidade civil comum não vão ser objecto de previsão nas normas que vamos referir³³.

A responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização é qualificada como responsabilidade civil e como tal só existe o dever de reparação de danos quando se tiverem verificado os pressupostos de responsabilidade civil (facto, ilicitude, imputabilidade, dano e nexo de causalidade entre o facto e o dano)³⁴. Interessa referir que a modalidade de responsabilidade civil não é a mesma em todos os casos que podem suscitar responsabilidade civil dos membros do órgão de fiscalização, e como tal a qualificação da responsabilidade civil como contratual ou extracontratual irá depender de diversos factores, e como tal cumpre recordar que responsabilidade civil contratual “resulta da violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico”³⁵ e por sua vez a responsabilidade extracontratual “deriva da violação de deveres ou vínculos jurídicos gerais, isto é, de deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos”³⁶.

Nota ainda para o facto dos membros do órgão de fiscalização serem solidariamente responsáveis com os administradores e gerentes da sociedade por os actos ou omissões destes no desempenho dos respectivos cargos quando o dano não se produziria se tivessem os membros do órgão de fiscalização cumprido as suas obrigações (art. 81º nº2)³⁷.

3.2 - Responsabilidade perante a sociedade

Nos termos do art. 72º nº1 (por remissão do art. 81º nº1) do CSC, os membros do órgão de fiscalização são responsáveis perante a sociedade pelos danos que causarem a

³³ Neste sentido (por ordem alfabética de último nome) ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA - obra citada, 1997, pág 176 e VENTURA, RAÚL; CORREIA, LUÍS BRITO – “Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anónimas e dos gerentes das sociedades por quotas”, *BMJ*, nº192,193,194 e 195, 1970, pág. 376 (em relação aos administradores).

³⁴ MONTEIRO, JORGE SINDE – “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2005, pág. 358 a 381.

³⁵ COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA – *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Almedina, 2016, pág. 539.

³⁶ *Idem*, pág. 540.

³⁷ Não deve a solidariedade prevista no art. 81º nº2 do CSC ser confundida com a solidariedade do art. 73º (que se aplica por remissão) do CSC. Esta última é uma solidariedade interna dos membros do órgão de fiscalização, existindo direito de regresso de acordo com o grau de culpa dos membros do órgão de fiscalização.

esta por actos ou omissões praticadas com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se agirem sem culpa.

Neste caso, não se levantam grandes dúvidas que devido, à natureza contratual do vínculo entre os membros do órgão de fiscalização e a sociedade³⁸, a responsabilidade civil é contratual³⁹.

Verificados os pressupostos de responsabilidade civil a sociedade pode suscitar nos termos do art. 75º nº1 (por remissão do art. 81º nº1) do CSC, uma acção para ser ressarcida pelos prejuízos causados. Para que a sociedade seja ressarcida basta que os sócios deliberam por maioria a propositura desta acção e que a mesma seja proposta no prazo de 6 meses a contar da deliberação.

Para além do mecanismo previsto no art. 75º nº1 do CSC existe ainda outro meio da sociedade ser ressarcida dos prejuízos que lhe tenham sido causados. Estamos a pensar na acção social *ut singuli*, situação que é prevista no art. 77º do CSC, e pode ser interposta por um ou mais sócios, que detenham pelo menos 5% do capital social ou 2% caso seja uma sociedade emitente de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado. Esta acção é interposta a favor da sociedade e só pode ser intentada caso a sociedade não o tenha feito⁴⁰.

3.3 - Responsabilidade perante sócios

Nos termos do art. 79º (por remissão do art. 81º nº1) do CSC, os membros do órgão de fiscalização são responsáveis, nos termos gerais, para com os sócios pelos danos que lhes causarem no exercício de funções. O dano em causa, neste preceito, tem de resultar directamente da actuação dos membros do órgão de fiscalização. Se o dano

³⁸ Mesmo que se dê o caso de não existir nenhum contrato. O essencial para a consideração desta responsabilidade como contratual é o facto da sociedade ter um direito subjectivo perante os membros do órgão de fiscalização, neste sentido DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização (...)* obra citada, 2006, pág. 58 e 59.

³⁹ Neste sentido (por ordem alfabética de último nome) DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização (...)* obra citada, 2006, pág. 58 e 59, GONÇALVES, DIOGO COSTA – obra citada, 2015, pág. 797 (em relação aos administradores), SERENS, MANUEL NOGUEIRA – *Notas sobre a Sociedade Anónima*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1995, pág. 80 e 81 (em relação aos administradores) e VENTURA, RAÚL; CORREIA, LUÍS BRITO – obra citada, 1970, pág. 120 (em relação aos administradores).

⁴⁰ Para uma análise detalhada da *acção social ut singuli*, RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA – “A função da acção «ut singuli» e a sua subsidiariedade”, *DSR*, Ano III, Vol. 6, Almedina, 2015, pág. 155 a 188

sofrido pelo sócio for uma consequência de um dano causado à sociedade o sócio deve recorrer à acção social⁴¹.

A responsabilidade neste âmbito é extracontratual, uma vez que não existe nenhum vínculo jurídico entre os membros do órgão de fiscalização e os sócios⁴². Este tipo de responsabilidade vem reconhecer que embora não exista uma relação jurídica entre membros do órgão de fiscalização e os sócios, estes podem sofrer danos devido ao desempenho das funções de fiscalização.

Cumpra ainda saber qual das formas de ilicitude referida no art. 483º nº1 do CC se aplica neste caso. A primeira forma de ilicitude cobre as situações de violação de “direito de outrem”, e enquadram-se aqui violação de direitos subjectivos⁴³. A segunda forma de ilicitude refere-se a situações de violações de “qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios”, e estão aqui em causa sobretudo interesses particulares que não concedam direitos subjectivos⁴⁴.

A primeira forma de ilicitude não pode ser usada nesta sede, pois como referimos destina-se à violação de direitos subjectivos, o que não é caso dos sócios pois estes não têm direitos subjectivos oponíveis aos membros do órgão de fiscalização⁴⁵. A segunda forma de ilicitude já pode ser utilizada, uma vez que existem normas destinadas a tutelar interesses de sócios, e nesse sentido enquadra-se nesta vertente de ilicitude.

Em face da inexistência de elementos para efectivação da responsabilidade civil, temos por isso que recorrer ao CC (art. 483º do CC) e aos princípios gerais de responsabilidade civil.

3.4 - Responsabilidade perante terceiros

⁴¹ SERENS, MANUEL NOGUEIRA – obra citada, 1995, pág. 88.

⁴² Neste sentido (por ordem alfabética de último nome) CUNHA, PAULO OLAVO, obra citada, 2016, pág. 860 (em relação aos administradores), DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, obra citada, 2006, pág. 58, pág. 60, GONÇALVES, Diogo Costa, obra citada, 2015, pág. 797 (em relação aos administradores).

⁴³ COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA – obra citada, 2016, pág. 562.

⁴⁴ *Idem*, pág. 563.

⁴⁵ Neste sentido DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização* (...) obra citada, 2006, pág. 64 e 65.

A responsabilidade perante terceiros, tal como a responsabilidade perante sócios, é qualificada como responsabilidade extracontratual⁴⁶, uma vez que aqui também não é visível nenhum vínculo entre estes terceiros (que podem ser credores sociais, ou outros terceiros) e os membros do órgão de fiscalização.

Devido a esta semelhança com a qualificação da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização perante os sócios, vale nesta sede muito do que foi referido no ponto anterior.

3.4.1 - Responsabilidade perante credores sociais

Nos termos dos art. 78º (por remissão do art. 81º nº1) do CSC, os membros do órgão de fiscalização são responsáveis para com os credores sociais pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais que se destinam à protecção destes, e em consequência o património social se torne insuficiente para a satisfação dos créditos que estes detêm.

Deste artigo resulta desde logo que não basta a não observância culposa das normas destinadas a proteger os credores, é também necessário que dessa violação o património social se torne insuficiente para a satisfação dos créditos.

Se o facto de o património social não for suficiente para a satisfação dos créditos é facilmente perceptível o mesmo já não acontece com as disposições de protecção dos credores. Segundo PAULO OLAVO CUNHA, estas disposições destinadas à protecção dos credores são regras que concretizam princípios societários, como a intangibilidade do capital social (art. 32º do CSC), as normas que regulam a aquisição e detenção de participações sociais próprias (por exemplo art. 317º do CSC) e também as normas que regulam a realização de actos societários (art. 409º do CSC)⁴⁷.

⁴⁶ Neste sentido (por ordem alfabética de último nome) CUNHA, PAULO OLAVO - obra citada, 2016, pág. 860 (em relação a administradores), DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização (...)* obra citada, 2006, pág. 61 e 62 e GONÇALVES, DIOGO COSTA – obra citada, 2015, pág. 797 (em relação a administradores).

⁴⁷ CUNHA, PAULO OLAVO - obra citada, 2016, pág. 858.

3.4.2 - Responsabilidade perante outras pessoas/entidades que não credoras

Nos termos do art. 79º (por remissão do art. 81º nº1) do CSC os membros do órgão de fiscalização são também responsáveis perante outros terceiros (que não sócios nem credores sociais, mas que podem ser por exemplo clientes ou trabalhadores) pelos danos que causaram no exercício das funções.

3.5 - A responsabilidade pela insolvência da sociedade

Como referimos, o regime da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização não se esgota no CSC e no CC, e como tal tem de existir articulação com outros diplomas, como por exemplo com o CIRE⁴⁸, que é o diploma que regula toda a situação anterior, durante e posterior ao processo de insolvência. Importa recordar que nos termos do art. 3º nº1 do CIRE “É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”.

Tal como analisado no ponto anterior, vimos que os membros do órgão de fiscalização são responsáveis perante credores sociais quando, existir inobservância das disposições legais ou contratuais que se destinam à protecção destes e quando o património se tornar insuficiente para satisfação dos créditos que estes detêm. Da análise deste artigo parece ser claro que esta norma tem de ser articulada com o CIRE⁴⁹.

O CIRE em matéria de responsabilidade não faz impender sobre os membros do órgão de fiscalização nenhum tipo de responsabilidade adicional face ao referido no CSC.

A insolvência culposa, nos termos do art. 186º nº1 do CIRE, ocorre “quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.”. Da redacção deste preceito parece ficar

⁴⁸ DL nº 53/2004, de 18 de Março.

⁴⁹ Neste sentido em relação aos administradores FRADA, MANUEL CARNEIRO DA – “A responsabilidade dos administradores perante credores entre o Direito das Sociedades e o da Insolvência”, *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, 2017, pág. 193 a 195.

claro que só os administradores da sociedade (de direito ou de facto) podem ser responsabilizados pela insolvência culposa, todavia numa análise das situações elencadas no n.º 2 do art. 186.º do CIRE parece ficar um vazio nesta sede se algumas das situações neste artigo elencadas forem praticadas pelos membros do órgão de fiscalização.

Pense-se por exemplo no caso de os membros do órgão de fiscalização concederem um parecer favorável a um negócio ruinoso entre a sociedade e um dos administradores (art. 397.º n.º 2 do CSC), negócio este que originou a insolvência da sociedade. Neste caso os membros dos órgãos de fiscalização serão apenas responsáveis nos termos do art. 78.º do CSC?

É evidente que nesta situação os membros do órgão de fiscalização serão responsáveis no quadro do art. 78.º (por remissão do art. 81.º n.º 1) do CSC, situação mais discutível é se podemos responsabilizar os membros do órgão de fiscalização pela insolvência culposa da sociedade. O art. 186.º do CIRE é muito claro e inviabiliza a responsabilização dos membros dos órgãos de fiscalização, contudo se considerarmos que o art. 78.º do CSC (que se aplica por remissão directa aos membros do órgão de fiscalização) deve ser articulado com o CIRE, nomeadamente com o art. 186.º, desse modo não parece desprovido de sentido fazer-se uma interpretação sistemática para que os membros do órgão de fiscalização possam ser responsabilizados pela insolvência culposa.

Esta responsabilidade pela insolvência culposa dos membros do órgão de fiscalização não presume a existência de culpa grave, uma vez que o art. 186.º n.º 3 do CIRE apenas admite a possibilidade existir culpa grave em situações que são da responsabilidade do administrador⁵⁰.

As consequências da insolvência como culposa estão previstas no art. 189.º n.º 2 do CIRE, e envolvem vários tipos de efeitos como a inibição de exercício de comércio de 2 a 10 anos, inibição de ocupação qualquer cargo pelo mesmo período num órgão social de uma sociedade, a perda de créditos que o condenado tenha sobre a insolvência ou massa insolvente e ainda a condenação a indemnizar os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos.

Deste regime legal extrai-se que não é indiferente que a insolvência seja qualificada como sendo culposa, pois é notório que as consequências desta qualificação são bastante pesadas, e a nosso ver até algo desproporcionadas.

⁵⁰ Neste sentido art. 18.º a 20.º do CIRE.

Importa ainda referir, que durante o processo de insolvência o administrador de insolvência tem legitimidade em regime de exclusividade para propor acção de responsabilidade aos membros do órgão de fiscalização nos termos do art. 82º n.º3 a) do CIRE.

3.6 - A exclusão da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização

3.6.1 - A aplicação da *business judgment rule* aos membros do órgão de fiscalização⁵¹

Como é sabido a *business judgment rule*, prevista no art. 72º n.º2 do CSC, permite a exclusão da responsabilidade dos administradores e gerentes se estes provarem que actuaram em termos informados, livre de interesses pessoais e segundo critérios de racionalidade empresarial.

Estando esta cláusula de exclusão de responsabilidade dentro das normas abrangidas pelo art. 81º n.º1 do CSC, e não havendo nenhuma exclusão, parece que esta cláusula se aplica igualmente aos membros do órgão de fiscalização⁵².

Apesar da remissão do art. 81º n.º1 do CSC, há que fazer referência à Proposta de Alteração do Código das Sociedades Comerciais (Processo de Consulta Pública n.º 1/2006⁵³), proposta esta que exclui a aplicação desta cláusula aos membros do órgão de fiscalização. Contudo concordando com GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, os motivos referidos para esta exclusão são algo incoerentes, pois se o objectivo da proposta é excluir a aplicação da *business judgment rule* aos órgãos de fiscalização para “corrigir o cenário

⁵¹ Dado que, como veremos aplica-se aos órgãos de fiscalização a *business judgment rule*, devemos estender os subsídios doutrinários sobre esta matéria, ainda que versados sobre o órgão de administração. Nesse sentido (por ordem alfabética de último nome) ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE – “Business judgment rule”, *I Congresso DSR*. Almedina, 2011, pág. 359 a 372, FRADA, MANUEL CARNEIRO DA – “A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *ROA*, Ano 67, Vol. I, 2007, disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgement-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/> e VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – “Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, *DSR*, Ano 1, Vol. 2. Almedina, 2009, pág. 41 a 79.

⁵² Neste sentido (por ordem alfabética de último nome) DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização* (...) obra citada, 2006, pág. 78 a 81, GOMES, JOSÉ FERREIRA – *Da Administração* (...) obra citada, 2017, pág. 918 a 921 e SILVA, JOÃO CALVÃO DA – obra citada, 2007, ponto 6.

⁵³ Disponível em: http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/Documents/386be55a90fb4af5b225d6d5aedb32d4proposta_alter_csc.pdf

assimétrico” entre o regime de responsabilidade de administradores e o regime de responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização, esta opção só contribuirá para criar mais assimetrias, uma vez que aos membros dos órgãos de fiscalização estará vedado a utilização do mecanismo previsto no art. 72º nº2⁵⁴.

Outro argumento utilizado pelos defensores da não aplicação da *business judgment rule* aos membros dos órgãos de fiscalização está relacionada com o facto dos membros deste órgão não tomarem “decisões empresariais”, agindo somente de acordo com “critérios de legalidade”⁵⁵. Não concordamos com esta opinião algo limitadora da função dos órgãos de fiscalização⁵⁶, pois se é verdade que os membros deste órgão não tomam tantas, nem tão relevantes decisões de racionalidade económica, contudo também as tomam, como por exemplo⁵⁷ a contratação de peritos (art. 420º nº1 l), 423ºF nº1 p) e art. 441º nº1 p) do CSC) ou mesmo a selecção e proposta à AG de ROC (art. 420º nº2 b), 423ºF nº1 m) e art. 441º nº1 m) do CSC).

Mais uma vez concordando com GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, só não se deveria aplicar a *business judgment rule* aos membros do órgão de fiscalização se esta previsão “se revelasse, pela sua natureza ou razão de ser, insusceptível de aplicação aos membros do órgão de fiscalização”⁵⁸. Esta autora refere ainda que o dever de actuação informada, livre de conflitos de interesse e segundo critérios de racionalidade empresarial tanto se aplica aos membros dos órgãos de administração como aos membros dos órgãos de fiscalização⁵⁹.

Tendo por base aquilo que aqui referimos, consideramos que se deve aplicar sem qualquer restrição a *business judgment rule* aos membros dos órgãos de fiscalização por várias ordens de razões, desde logo porque o regime da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização manda aplicar a estes o regime de responsabilidade dos membros do órgão de administração sem fazer qualquer exclusão a esta cláusula, e seguindo este

⁵⁴ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização (...)* obra citada, 2006, pág. 79 e 80.

⁵⁵ Neste sentido CÂMARA, PAULO – “O Governo das Sociedades e Reforma do Código das Sociedades Comerciais”, *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008, pág. 48.

⁵⁶ Como refere GABRIELA FIGUEIREDO DIAS a fiscalização societária não se limita à fiscalização económico-financeira, que embora seja a dimensão mais vinculada da actividade de fiscalização não é a única vertente desta actividade, existe ainda a vertente política.

Mesmo a fiscalização económico-financeira é hoje uma actividade com mais subjectividade do que a que lhe é reconhecida, DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – “A fiscalização redesenhada: independência, exclusão da responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores”, *Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios do IDET, nº3, Almedina, 2007, pág. 315.

⁵⁷ SILVA, JOÃO CALVÃO DA – obra citada, 2007, ponto 6.

⁵⁸ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Fiscalização (...)* obra citada, 2006, pág. 80.

⁵⁹ *Idem*, pág. 80.

argumento literal, como acima referimos, o mesmo só deveria ser afastado se houvesse algo que inviabilizasse a sua aplicação aos membros do órgão de fiscalização, e na nossa opinião não existem razões relacionadas com a natureza das duas funções (administração e fiscalização) que impeçam que esta cláusula se aplique aos membros destes dois tipos de órgãos.

3.6.2 - Outros modos de exclusão da responsabilidade

Para além da *business judgment rule*, a responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização pode também ser excluída pelo art. 72º nº3 (por remissão do art. 81º nº1) do CSC. Nos termos deste artigo a responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização é excluída em relação aos membros que não tenham participado ou votaram vencido na deliberação.

Questão algo complexa consiste em saber se os membros do órgão de fiscalização podem excluir a sua responsabilidade por terem confiado nas informações recebidas, informações estas que podem por exemplo ter sido prestadas por um administrador ou gerente ou mesmo por um perito que foi contratado pela sociedade⁶⁰.

Como primeiro apontamento consideramos que não deve existir por parte de nenhum órgão social uma “confiança cega” nas informações recebidas, menos ainda pelos membros do órgão de fiscalização que devem actuar com elevados padrões de diligência profissional, padrões estes que a nosso ver não permitem que os membros deste órgão se limitem a receber informações sem fazer uso dos seus poderes-deveres para que exista um verdadeiro controlo societário. Não nos parece possível que os membros do órgão de fiscalização possam excluir a sua responsabilidade só pelo facto de se estarem a basear na informação recebida, exige-se aos membros dos órgãos de fiscalização pro-actividade no desempenho das suas funções. A juntar a isto diga-se que os membros do órgão de fiscalização têm deveres de vigilância e têm meios para efectivar essa vigilância (por exemplo art. 421º nº1 a) e b)) do CSC).

⁶⁰ Não estamos a pensar em casos de informação falsa, nestes casos para além de responsabilidade civil também existe responsabilidade criminal.

No caso de as informações serem prestadas pela administração da sociedade, só deve existir a isenção da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização se estes tiverem criado e executado procedimentos que visaram a confirmação da informação recebida (como, por exemplo, a utilização de um ou vários dos poderes previstos no art. 421º do CSC)⁶¹.

Na situação da informação ser prestada por um perito externo, que por exemplo colaborou no desempenho de funções de fiscalização, consideramos que embora não deva existir uma “confiança cega”, o grau de confiança no perito externo deve ser superior em relação à informação prestada pelo órgão de administração. Defendemos esta opinião por várias ordens de razões, desde logo porque não existem tantos meios para o controlo da actuação deste, e porque também em não raras vezes estes peritos externos são contratados para a realização de funções muito técnicas.

Embora não existam tantos meios para o controlo da actuação destes peritos, defendemos que os membros do órgão de fiscalização só excluem a sua responsabilidade se tiverem criado e executado mecanismos que minimizem os riscos para a sociedade, como a previsão de regras para a contratação de peritos, ou como a criação de comissões especializadas que têm como função analisar e contratar os peritos que sejam mais adequados para a sociedade.

3.7 - A inadmissibilidade de limitar ou excluir contratualmente a responsabilidade

É inadmissível, nos termos do art. 74º nº1 (por remissão do art. 81º nº1) do CSC, a previsão de qualquer cláusula que vise excluir ou limitar a responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização⁶².

⁶¹ Neste sentido GOMES, JOSÉ FERREIRA – “Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, *RDS*, Ano VIII, nº1, Almedina, 2016, pág. 75 e 76.

⁶² A este respeito PAULO OLAVO CUNHA refere que a normativa legal sobre a responsabilidade é absoluta e é imposta por princípios de ordem pública, CUNHA, PAULO OLAVO - obra citada, 2016, pág. 862.

3.8 - A obrigação de prestação de caução ou de celebração de seguro de responsabilidade civil

Os membros do órgão de fiscalização devem prestar caução pelo desempenho de funções, ou em alternativa celebrar um contrato de seguro de responsabilidade civil (nos termos do art. 396º por remissão do 418º A nº1 e 445º nº3 do CSC). É imposto aos membros do órgão de fiscalização, tal como aos administradores, que através de uma destas vias esteja garantido um eventual dano que resulte da actuação culposa no desempenho do cargo⁶³.

O montante mínimo da caução ou do contrato de seguro é de € 50 000, ou de € 250 000 caso a sociedade seja emitente de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado ou caso a sociedade esteja abrangida pelos critérios da alínea a) do nº2 do art. 413º (nos termos do art. 396º nº1) do CSC. O facto dos montantes mínimos serem os mesmos para os administradores não deixa de nos causar alguma surpresa.

A caução pode ser dispensada, excepto se a sociedade for emitente de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamento e caso a sociedade seja abrangida pelos critérios da alínea a) do nº2 do art. 413º (nos termos do art. 396º nº3 do CSC).

3.9 – Especificidades da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização em face da responsabilidade dos membros do órgão de administração

Da análise da matéria referente à responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização saltam à vista dois aspectos que merecem destaque. Um primeiro que é referente ao regime legal da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização, como foi notório o regime não deixa de ser o mesmo que o regime da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização. E o segundo elemento é que muito do estudo e das concretizações referentes à responsabilidade dos membros do órgão de administração podem ser aproveitados para os membros do órgão de fiscalização.

⁶³ *Idem*, pág. 810 e 811.

Apesar de como, referimos, o regime ser o mesmo, conseguimos elencar três grandes diferenças entre a responsabilidade dos membros do órgão de administração e a responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização⁶⁴.

a) ilicitude

Uma vez que o estatuto jurídico dos membros do órgão de fiscalização é diferente do estatuto dos membros do órgão de administração, é por isso lógico que a ilicitude seja diferente uma vez que cada órgão tem os seus deveres próprios.

b) Grau de diligência exigido

O grau de diligência exigido aos membros do órgão de fiscalização, como foi oportunamente referido, é superior à regra análoga para os administradores e gerentes, e como tal remetemos para o que referimos sobre este ponto⁶⁵.

c) Solidariedade

Vimos que nos termos do art. 81º nº2 do CSC os membros do órgão de fiscalização são solidariamente responsáveis com os administradores e gerentes da sociedade pelos actos ou omissões destes no desempenho das suas funções quando o dano não teria produziria se tivessem sido cumpridos os deveres de fiscalização. E a juntar a esta solidariedade, os membros do órgão de fiscalização também são também solidariamente responsáveis entre si (art. 73º nº1 por remissão do art. 81º nº1 do CSC).

O art. 73º nº2 permite, utilizando as palavras de GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “equilíbrio e justiça” na responsabilidade, na medida que permite avaliar o impacto de cada membro do órgão para a realização do facto ilícito⁶⁶.

⁶⁴ Em face de consideramos que se aplica aos membros do órgão de fiscalização a *business judgment rule* (art. 72º nº2 do CSC) nos mesmos termos que se aplica aos membros do órgão de administração, não é por isso em nossa opinião uma especificidade da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização.

⁶⁵ Ver ponto 2.3.

⁶⁶ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO – *Artigo 81º (...)* obra citada, 2010, pág. 941.

Conclusões

O quadro legal da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização está previsto nos artigos 72º a 79º (aplica-se por remissão do art. 81º) do CSC, e em traços gerais podemos referir que se trata de um regime muito semelhante ao previsto em relação aos membros do órgão de administração. Não obstante o regime em causa estar contemplado no CSC, para um enquadramento global desta matéria, deve ser tido em conta o previsto no CC e no CIRE.

1. Os membros do órgão de fiscalização estão sujeitos a requisitos para o exercício da função de fiscalização. Os requisitos em apreço podem ser mais ou menos exigentes consoante determinadas características da sociedade em causa;
2. Para além dos deveres gerais e específicos, impendem sobre os membros do órgão de fiscalização “elevados padrões de diligência profissional”. A nosso ver, esta cláusula tem de ser relacionada com a exigência que a actividade de fiscalização pressupõe;
3. A responsabilidade prevista artigos 72º a 79º do CSC é qualificada como responsabilidade civil, e nesse sentido, só existe dever de reparação dos danos causados quando tiverem sido verificados os pressupostos de responsabilidade civil (facto, ilicitude, imputabilidade, dano e nexo de causalidade entre o facto e o dano);
4. Assim como os membros do órgão de administração, os membros do órgão de fiscalização são responsáveis perante a sociedade (art. 72º do CSC), perante os sócios (art. 79º do CSC), perante credores sociais (art. 78º do CSC) e perante outras pessoas/entidades que não credores (art. 79º do CSC);
5. Apesar de não resultar directamente lei, consideramos que os membros do órgão de fiscalização devem também ser responsabilizados pela insolvência da sociedade. Uma interpretação neste sentido permite que haja coerência entre o regime de responsabilização dos membros do órgão de fiscalização e do órgão de administração;
6. Consideramos que se aplica aos membros do órgão de fiscalização a *business judgment rule*. Defendemos esta aplicação, não só por resultar claramente da lei, mas

também, porque ao contrário de alguns autores, não observamos razões que impeçam esta aplicação;

7. Em face de se exigir que os membros do órgão de fiscalização empreguem elevados padrões de diligência profissional no exercício das suas funções, defendemos que estes devem agir com especial cuidado e devem ainda ter uma actuação que seja condizente com as suas funções de fiscalização.

Bibliografia

ALMEIDA, António Pereira de – “Business judgment rule”, *I Congresso DSR*. Almedina, 2011, pág. 359 a 372

ANTUNES, José Engrácia – *A Fiscalização das Sociedades Comerciais – Estudo da Reforma Legislativa*, Banco de Portugal, 1997

CÂMARA, Paulo – “O Governo das Sociedades e Reforma do Código das Sociedades Comerciais”, *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008, pág. 9 a 142

CORDEIRO, António Menezes – “A lealdade no direito das sociedades”, *ROA*, Ano 66, Vol. III, 2006, disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-a-lealdade-no-direito-das-sociedades/>

COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Almedina, 2016

CUNHA, Paulo Olavo – *Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª Edição, Almedina, 2016

DIAS, Gabriela Figueiredo – “Artigo 81º”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Jorge Manuel de Coutinho de Abreu (coord.), Vol. I, Almedina, 2010, pág. 923 a 942

DIAS, Gabriela Figueiredo – “A fiscalização redesenhada: independência, exclusão da responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores”, *Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios do IDET, nº3, Almedina, 2007, pág. 279 a 334

DIAS, Gabriela Figueiredo – *Fiscalização das sociedades e responsabilidade civil (Após a reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006

DOMINGUES, Paulo de Tarso – “O exercício e funções de administração por parte dos órgãos de fiscalizadores”, *Cadernos de Direito Privado*, nº46. 2014, pág. 3 a 13

DUARTE, Rui Pinto – “O quadro legal das Sociedades Comerciais ao Tempo do Alves & C.^a”, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, pág. 480 a 505

FRADA, Manuel Carneiro da – “A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *ROA*, Ano 67, Vol. I, 2007, disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgement-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/>

FRADA, Manuel Carneiro da – “A responsabilidade dos administradores perante credores entre o Direito das Sociedades e o da Insolvência”, *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, 2017, pág. 193 a 202

GOMES, José Ferreira – *Da Administração à Fiscalização de Sociedades*, Almedina, 2017

GOMES, José Ferreira – “Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, *RDS*, Ano VIII, nº1, Almedina, 2016, pág. 49 a 81

GONÇALVES, Diogo Costa – *Pessoa Colectiva e Sociedades Comerciais*, Almedina, 2016

MARQUES, Tiago João Estêvão – *Responsabilidade Civil dos Membros dos Órgãos de Fiscalização das Sociedades Anónimas*, Almedina, 2009

MONTEIRO, Jorge Sinde – “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2005, pág. 349 a 390

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de – *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2017

RIBEIRO, Maria de Fátima – “A função da acção «ut singuli» e a sua subsidiariedade”, *DSR*, Ano III, Vol. 6, Almedina, 2015, pág. 155 a 188

SERENS, Manuel Nogueira – *Notas sobre a Sociedade Anónima*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1995

SILVA, João Calvão da – “Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão”, *ROA*, Ano 67, Vol. I, 2007, disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/joao-calvao-da-silva-responsabilidade-civil-dos-administradores-nao-executivos-da-comissao-de-auditoria-e-do-conselho-geral-e-de-supervisao/>

VASCONCELOS, Pedro Pais de – “Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, *DSR*, Ano 1, Vol. 2. Almedina, 2009, pág. 41 a 79

VENTURA, Raúl; Correia, Luís Brito – “Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anónimas e dos gerentes das sociedades por quotas”, *BMJ*, nº192,193,194 e 195, 1970