

CAROLINA CORREIA CARVALHO DOS SANTOS

**A VALÊNCIA DA COMISSÃO DE AUDITORIA NA GOVERNAÇÃO DAS
SOCIEDADES ANÓNIMAS**

Dissertação apresentada no âmbito do Mestrado de Direito Empresarial, da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, no ano letivo 2018/2019, orientada pelo Prof. Dr. Evaristo Ferreira Mendes

LISBOA
2019

*“Quando viste na areia,
apenas um par de pegadas,
eram as minhas.
Foi exatamente aí,
que te carreguei nos braços”.*

Margaret Fishback Powers, Pegadas na Areia,

Estrela Polar, 2009.

ÍNDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS	5
RESUMO	7
ABSTRACT	8
MODO DE CITAÇÃO	9
CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10

CAPÍTULO I – Os NOVOS MODELOS DE GOVERNAÇÃO SOCIETÁRIA

1) Os fundamentos das modificações introduzidas nas estruturas de administração e fiscalização das sociedades anónimas	12
2) O modelo de governação anglo-saxónico português	13
3) Os sistemas de <i>Corporate Governance</i>	14

CAPÍTULO II – COMISSÃO DE AUDITORIA: ORIGEM E EVOLUÇÃO

1) O advento dos <i>audit committees</i> no Direito Norte-Americano	16
2) A expansão dos <i>audit committees</i> para o Direito Britânico	18
3) O acolhimento do modelo anglo-saxónico no Direito Europeu	19
4) A comparação com o modelo anglo-saxónico português	21

CAPÍTULO III – *MODUS OPERANDI* DA COMISSÃO DE AUDITORIA NO ORDENAMENTO SOCIETÁRIO PORTUGUÊS

1) O regime legal aplicável à comissão de auditoria	
1.1. Critério quantitativo e qualitativo	23
1.2. Competência	24
1.3. Remuneração e prestação de caução	25
1.4. Designação e destituição	27

2) Das exigências sobre os (candidatos a) seus membros	
2.1. Qualificações e experiência profissional adequadas	29
2.2. Critério legal de independência	30
3) A sujeição dos membros da comissão de auditoria ao regime das incompatibilidades	32
4) O número mínimo de membros da comissão de auditoria e do restante conselho de administração	34
5) O afastamento de funções executivas	36
6) O afastamento da atividade deliberativa	38

CAPÍTULO IV – PROBLEMAS FUNCIONAIS DA COMISSÃO DE AUDITORIA

1) O estatuto ambivalente do administrador-auditor como fiscalizador e administrador	41
2) Os deveres legais dos administradores-audidores	42
3) Da responsabilidade civil dos administradores-audidores	44
4) A eleição e substituição de membros da comissão de auditoria	48
5) Insusceptibilidade de representação da sociedade pelos administradores-audidores	50

CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
BIBLIOGRAFIA	55
ANEXOS	64

SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL	— Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AG	— Assembleia Geral
AAVV.	— Autores vários
ac. (s)	— acórdão (s)
al. (s)	— alínea (s)
AMEX	— <i>American Stock Exchange</i>
anot. (s)	— anotação (anotações)
art. (s)	— artigo (s)
BFDC	— Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
CadMVM	— Cadernos do Mercado Valores Mobiliários (presentemente em edição <i>on-line</i>)
CE	— Comissão Europeia
cit.	— citado, citação
coord.	— coordenação/coordenado
CDP	— Cadernos de Direito Privado
cfr.	— confronto (-se), confrontar
CJ	— Coletânea de Jurisprudência
CMVM	— Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CSC	— Código das Sociedades Comerciais
CVM	— Código dos Valores Mobiliários
DSR	— Direito das Sociedades em Revista
EUA	— Estados Unidos da América
ed.	— edição
e.g.	— <i>exempli grati</i> (por exemplo)
et al.	— e outros
i.e.	— <i>id est</i> (isto é)
ibid.	— <i>ibidem</i>
IDET	— Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho
IPCG	— Instituto Português de <i>Corporate Governance</i>

NASD	— <i>National Association Of Securities Dealers</i>
NYSE	— <i>New York Stock Exchange</i>
n.º (s)	— número (s)
nt.	— nota
ob. cit.	— obra citada
p., (pp.)	— página (s)
p.ex.	— por exemplo
reimp.	— reimpressão
ROA	— Revista da Ordem dos Advogados
ROC	— Revisor Oficial de Contas
RU	— Reino Unido
RDS	— Revista de Direito das Sociedades
SEC	— <i>Securities and Exchange Commission</i>
seg. (s)	— seguinte (s)
sep.	— separata
SROC	— Sociedade de Revisores Oficiais de Contas
trad.	— tradução
UCE	— Universidade Católica Editora
UCP	— Universidade Católica Portuguesa
Vol., Vols.,	— volume (s)
Vd.	— vide
V.	— Veja
v.g.	— <i>verbi gratia</i> (por exemplo)
§	— Parágrafo

RESUMO

A presente Dissertação de Mestrado, realizada na área das ciências jurídico-empresariais, visa contribuir para a compreensão da comissão de auditoria enquanto parte integrante do modelo de governação anglo-saxónico no âmbito das sociedades anónimas. Este trabalho inclui uma análise do equilíbrio interorgânico próprio de cada modelo de governação das sociedades anónimas e da essência das atividades de administração e de fiscalização também exclusivas de cada modelo de governação. Procurar-se-á interligar este ponto com uma reflexão sobre a influência global dos denominados Princípios de *Corporate Governance*, verificando até que ponto estes são determinantes e, bem assim, acolhidos, pela realidade societária atual.

Como qualquer fenómeno, também a comissão de auditoria tem a sua origem histórica. Para tal, é necessário ter presente toda a evolução da comissão e as várias influências oriundas de diversos ordenamentos.

Tendo por base os problemas funcionais que são inerentes à comissão de auditoria, com o presente estudo procuramos demonstrar as exigências impostas aos membros que integram esta comissão e a sujeição destes a um conjunto de deveres fundamentais.

A problemática central da presente Dissertação prende-se com a natureza bicéfala dos membros da comissão de auditoria. Nesse sentido, vamos apresentar as razões pelas quais estes devem ser responsabilizados na qualidade de titulares do órgão de fiscalização e não na de administradores.

Por fim, visa-se proporcionar ao leitor, por um lado, um exame crítico das disposições que regulam a comissão de auditoria suscitando algumas reflexões face ao modo em que esta está configurada e, por outro, sugerir perspetivas de desenvolvimentos futuros: eis a proposta que toma corpo na presente Dissertação a qual – pela índole abrangente e complexa – promete ter continuidade.

Palavras-chave: sociedade anónima; modelos de governação societária; modelo anglo-saxónico; conselho de administração; comissão de auditoria; órgão de fiscalização.

ABSTRACT

This Masters Dissertation in the field of Legal and Business Sciences seeks to contribute to an understanding of the audit committee as an integral part of the Anglo-Saxon model of corporate governance for public limited companies. This work includes an analysis of the balance between the different bodies in each corporate governance model for public limited companies and the core activities of the board of directors and supervisory body that are specific to each governance model. The aim is to combine this issue with a reflection on the global influence of the so-called Corporate Governance Principles, to determine to what extent these are decisive to and, indeed, embraced by the current corporate situation.

As with any phenomenon, the audit committee also has its origins in history. As such, it is necessary to consider the entire evolution of the committee and the various influences on it from different systems.

Taking as a starting point the functional problems that are inherent to the audit committee, this study will seek to demonstrate the requirements imposed on the members of the committee, and also the set of fundamental duties to which these members are bound.

The central issue of this Dissertation is the bicephalous nature of the members of the audit committee. Accordingly, we will present the reasons why these members should be held accountable as members of the supervisory body rather than as directors.

Lastly, we aim, on the one hand, to provide the reader with a critical examination of the provisions that govern the audit committee, leading to some reflections on the manner in which this is structured and, on the other, to suggest some perspectives for future developments: this is the proposal that takes shape in this Dissertation and which – due to its wide-ranging and complex nature – will certainly be continued.

Keywords: public limited companies; corporate governance model; anglo-saxon model; board of directors; audit committee; supervisory body.

MODO DE CITAÇÃO

1. Todos os artigos que, ao longo da presente dissertação, forem citados sem indicação específica de diploma legal, deve entender-se que se reportam ao Código das Sociedades Comerciais, na redação autorizada do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março e dos diplomas que lhe sucederam (desde o Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Fevereiro, até à Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto), salvo quando do contexto resultar outra pertença.
2. As monografias citam-se pelo autor, título, editora, ano e página. Nas referências subsequentes o título é abreviado e omitem-se as indicações subsequentes, com exceção do ano e da página.
3. Os artigos citam-se pelo autor, título, publicação periódica ou obra na qual se integram e página. Nas referências subsequentes, o título é abreviado e omitem-se as indicações subsequentes, com exceção do ano e da página.
4. Na Bibliografia, os autores – com exceção dos espanhóis – são enunciados por ordem alfabética do último nome.
5. A presente dissertação tomou como referência a legislação publicada ou divulgada consultadas até 20 de julho de 2019 (*inclusive*), sem prejuízo de pontuais atualizações legislativas posteriores.
6. A presente dissertação encontra-se redigida ao abrigo do novo acordo ortográfico com exceção, naturalmente, das obras que por ele não estão abrangidas.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As alterações consagradas no âmbito da “grande reforma”¹ do Código das Sociedades Comerciais (doravante abreviadamente designada como “Reforma de 2006”) decorrentes da aprovação do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março², teve, como veremos, um enfoque muito particular na matéria dos modelos de governação das sociedades anónimas.

Devido às fronteiras cada vez mais esbatidas mundialmente, a Reforma de 2006 admitiu uma nova estrutura orgânica de administração e fiscalização da sociedade anónima, de raiz anglo-saxónica³. No modelo de governação anglo-saxónico a fiscalização é assegurada pela comissão de auditoria⁴, verdadeiro e próprio órgão de fiscalização das sociedades que adotem este modelo, não obstante os seus membros serem denominados como “administradores”. Este tipo de fiscalização endógena da administração da sociedade processa-se por *autocontrolo*, ou seja, é exercida por pessoas que são membros do próprio órgão de administração e, por isso, esta fiscalização interna é também ela efetiva, na medida em que se encontra presente em todas as reuniões do conselho de administração.

A consagração do modelo anglo-saxónico na ordem jurídica portuguesa tem como referência os modelos europeus mais avançados, como é o caso do RU, Alemanha e Itália.

A Reforma de 2006 encontra-se inserida num movimento mais amplo, à escala europeia, devido à necessidade de acolher as regras de *corporate governance*⁵

¹ O início formal da reforma legislativa ocorreu devido à iniciativa da CMVM, em articulação com o Governo, de promoção de um processo de consulta pública.

² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em «A grande reforma das sociedades comerciais», *O Direito*, ano 138º, III, 2006 (pp. 445-453), pp.445-446, enumera as várias alterações decorrentes da aprovação do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

³ Para maiores desenvolvimentos sobre os ordenamentos anglo-saxónicos cfr., JOÃO ESPÍRITO SANTO, «O sistema “societário” norte-americano», *DSR*, ano 7, Vol. 13, 2015, pp. 153-181 e «O sistema “societário” inglês», *DSR*, ano 7, Vol.14, 2015, pp. 111-131.

⁴ Ainda que as funções de fiscalização sejam exercidas pela comissão de auditoria, deve ser eleito um ROC ou SROC, por tempo não superior a 4 anos, pela AG sob proposta da comissão (cfr. arts. 278.º, n.º1, al. b), 446.º, n.ºs 1 e 2 e 423.º-F, al. m).

⁵ Oriundo dos EUA, a sua zona de eleição era a das sociedades abertas, particularmente as cotadas. Para uma visão da génese e evolução dos princípios de *corporate governance*, cfr. PAULO OLAVO CUNHA, «*Corporate & Public Governance* nas Sociedades Anónimas: primeira reflexão», *DSR*, ano 2, Vol. IV, 2010, p. 159-179; PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 60 e segs.; JOÃO SOARES DA SILVA, «O Action Plan da Comissão Europeia e o Contexto da Corporate Governance no Início do Século XXI», *CadMVM*, n.º 18, agosto, 2004, p. 72; PAULO CÂMARA «Códigos de Governo das Sociedades», *CadMVM*, n.º 15, dezembro, 2002, pp. 65-90.

globalmente reconhecidas. A necessidade de um aumento da competitividade em relação aos sistemas jurídicos europeus mais desenvolvidos decorre das particularidades do modelo anglo-saxónico, que assentam no facto de o órgão de fiscalização – a comissão de auditoria⁶ – integrar o conselho de administração⁷ e da circunstância de este modelo ter tido alguma adesão, essencialmente por parte das sociedades anónimas abertas cotadas⁸.

Com base nas considerações expendidas, procurar-se-á, num primeiro momento, traçar os contornos deste novo modelo de governação à luz dos princípios de *corporate governance*, fazendo o contraponto com os restantes modelos de governo das sociedades admitidos pelo nosso CSC. Para entender as razões que subjazem à consagração do modelo anglo-saxónico, é necessário dedicar alguma atenção ao contexto internacional, sendo que, a este propósito, é crucial atender às etapas de evolução do tratamento legislativo aquém e além-Atlântico.

Tendo em conta a indissociável correlação entre o papel da comissão, enquanto órgão colegial, e os seus membros individualmente considerados na atividade de fiscalização da sociedade, não se pode deixar de referir as exigências que a lei impõe quanto aos mesmos. Por fim, dado o contributo e a importância que este modelo de governação societária poderá assumir no contexto da realidade empresarial portuguesa, torna-se imperativo identificar algumas fragilidades e problemas funcionais que a comissão de auditoria pode acarretar, propondo-se determinadas interpretações e eventuais correções que possam afigurar-se úteis eventualmente a serem levadas em consideração, futuramente, pelo legislador.

⁶ Por uma questão de simplificação, utilizaremos o termo comissão/comissão de auditoria indistintamente.

⁷ Tal leva a que JOÃO CALVÃO DA SILVA, «“Corporate Governance” – Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão», *ROA*, Ano 67, janeiro, I, 2007 (pp. 103-158), p. 128, atribua aos membros da comissão de auditoria o estatuto de “*primus inter pares*”.

⁸ Não obstante, este modelo pode ser adotado por qualquer sociedade anónima, sem prejuízo de estar concebido para facilitar a constituição e a atuação de sociedades de maior dimensão.

1) Os fundamentos das modificações introduzidas nas estruturas de administração e fiscalização das sociedades anónimas

As alterações nos modelos de governação societária introduzidas pela Reforma de 2006 visaram acolher as práticas de *corporate governance*⁹ no direito societário português, em especial no domínio das sociedades abertas e das grandes sociedades anónimas¹⁰. Mais concretamente, a erosão dos modelos tradicionais de fiscalização das sociedades, a necessidade de reforçar as estruturas de fiscalização e a premência de acolhimento das melhores práticas de *corporate governance* ditaram a consagração de um novo panorama no que respeita aos modelos de governação das sociedades anónimas previstos no art. 278.º. Assim, nos termos do n.º 1 deste preceito legal.º, “*a administração e a fiscalização da sociedade podem ser estruturadas segundo uma de três modalidades: a) Conselho de administração e conselho fiscal; b) Conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria, e revisor oficial de contas; c) Conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas*”. Tais modelos são designados, respetivamente, como modelo clássico, anglo-saxónico¹¹ e germânico.

⁹ Veja-se PAULO CÂMARA, «Vocação e influência universal do *corporate governance*: uma visão transversal sobre o tema», AA.VV., *O Governo das Organizações. A vocação universal do corporate governance*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 14; WEIL, GOTSHAL & MANGES, *Comparative Study of Corporate Governance Codes relevant to the European Union and Its Member States*, 2002.

¹⁰ Designação proposta por PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 6ª ed, 2016, pp.31-32.

¹¹ A denominação deste modelo não é unânime na doutrina. Como aponta PAULO CÂMARA, «O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais», AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008 (pp.9-141), p. 103, constatadas as diferenças entre os modelos norte-americano e britânico de governação, a sua qualificação deve ser feita “*cum grano salis*”. No mesmo sentido, COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 64-65, referindo-se a este modelo enquanto modelo de estrutura monística “*porque, apesar de comportar três órgãos, se aproxima do tradicionalmente apelidado (no estrangeiro) sistema monístico (próprio dos países anglo-saxónicos e predominante na maioria dos países europeus)*”. O mesmo Autor, em *Governança das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 37, nota 79bis, acrescenta que, pelo facto de o sistema monístico ter “*largas tradições também em países da Europa continental*” tal fundamenta a errónea designação deste modelo.

As versões mais exigentes de modelos de governação de sociedades anónimas¹² conjugam dois tipos de *fiscalização privada*¹³: por um lado, a fiscalização por um órgão interno da sociedade que no modelo clássico será o fiscal único ou o conselho fiscal, no modelo anglo-saxónico, a comissão de auditoria e, no modelo germânico, o conselho geral e de supervisão e, por outro, a fiscalização por um contabilista independente da sociedade, o ROC, que deverá também ele ser independente.

2) O modelo de governação anglo-saxónico português

Ao mesmo tempo que foram preservados os modelos até aqui conhecidos, naturalmente com as inerentes reestruturações, a Reforma de 2006 introduziu um novo modelo de governação societária, ora em análise, designado pela doutrina maioritária como anglo-saxónico e, como o próprio nome indica, encontra as suas origens nos sistemas jurídicos de *common law* e conta com sede legal na al. b) do n.º 1 do art. 278.º e nos arts. 423.º-B a 423.º-H do CSC.

Quanto à estrutura organizatória do modelo anglo-saxónico, a atividade deliberativa cabe à AG, ao passo que a gestão da sociedade está exclusivamente submetida ao conselho de administração. A diferença fundamental deste modelo face aos restantes prende-se com o facto de a comissão de auditoria, ainda que compreendida no seio do órgão de administração, ser um órgão de fiscalização e, por isso, a sua atividade circunscreve-se ao acompanhamento das decisões do órgão de gestão e a necessária intervenção quando as mesmas forem contrárias à lei, aos estatutos ou ao objeto social. Por fim, este modelo é também composto pelo ROC externo igualmente com funções de fiscalização. É, por isso, um modelo de fiscalização interna, com a ressalva de que, pelo menos na ordem jurídica portuguesa, esta comissão, apesar de integrar formalmente o conselho de administração, consubstancia um órgão autónomo¹⁴ em relação a este.

Vários foram os fatores que justificaram a necessidade de dotar o nosso

¹² Confronte-se a al. b) do n.º 1 e n.º 2 do art. 413.º (modelo clássico), art. 423.º-B (modelo anglo-saxónico) e, por fim o art. 446.º (modelo germânico) todos do CSC.

¹³ Designação empregue por JOSÉ FERREIRA GOMES, «A Fiscalização Externa das Sociedades Comerciais e a Independência dos Auditores: a reforma europeia, a influência norte-americana e a transposição para o direito português», CMVM, n.º 24, Novembro, Lisboa, 2006 (pp. 180-216), p. 183, na esteira do modelo adotado por FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Editorial Montaner y Simón, S.A., Barcelona, Tomo III, 1963, p. 411.

¹⁴ Considerando que a comissão de auditoria é “*uma espécie de sub-órgão*” v. PEDRO MAIA, «Tipos de sociedades comerciais», AA.VV., *Estudos de Direito das Sociedades*, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, (pp. 13-39), p. 33.

ordenamento com o modelo típico anglo-saxónico: o legislador teve o propósito de aumentar as escolhas disponíveis para tornar mais atrativo o regime jurídico português, de modo a possibilitar a implantação ou facilitar a atuação de sociedades estrangeiras com aquela configuração em Portugal, por forma a não estarem em desvantagem competitiva a nível internacional e, mais incisivamente, teve como objetivo permitir às “*sociedades portuguesas – nomeadamente cotadas – adotar uma estrutura compatível com a estrutura típica dos países onde as respetivas acções se achem admitidas à negociação, evitando as ineficiências decorrentes da duplicação de estruturas*”¹⁵. Nas palavras de PAULO OLAVO CUNHA, o modelo anglo-saxónico “*facilita a adaptação das grandes sociedades nacionais aos quadros jurídicos externos*”, permitindo às sociedades estrangeiras que participam em sociedades portuguesas “*replicar nestas as suas estruturas orgânicas*”¹⁶.

3) Os sistemas de *Corporate Governance*

Um dos fatores preponderantes no que respeita à governação das sociedades diz respeito ao respetivo sistema de governação societária¹⁷ adotado, com especial relevo nas sociedades que recorram ao mercado de capitais para o financiamento da sua atividade através da dispersão de ações representativas do seu capital social.

Deste modo, em termos comparados e numa outra perspetiva, os sistemas de governação societária que conhecemos são designados como *sistema continental*¹⁸ (igualmente designado por *sistema baseado nas relações* ou *sistema de controlo interno*), que predomina na Europa Continental, incluindo a Alemanha, mas também no Japão, e o *sistema anglo-saxónico* (também mencionado como *sistema de controlo externo* ou *sistema de controlo pelo mercado*¹⁹), implementado no RU, nos EUA e nos demais países

¹⁵ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Corporate Governance, Administração, Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil*, AA.VV., IPCG, Lisboa, 2007, p. 35.

¹⁶ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob. cit., 2016, p. 770.

¹⁷ Cfr. PAULO CÂMARA/BRUNO FERREIRA, «A Identidade Lusófona da Governação de Sociedades», AA.VV., *A Governação de Sociedades Anónimas nos Sistemas Jurídicos Lusófonos*, Almedina, 2013 (pp. 9- 32), pp. 12-13.

¹⁸ No sistema continental e no que concerne à estrutura da administração, existem os já assinalados modelos de governação monista, próprio dos países anglo-saxónicos (e dos demais países de expressão anglo-saxónica), mas predomina também na maioria dos países europeus, como é o caso de Portugal, e o modelo de governação dualista adotado, sobretudo, na Alemanha, Áustria, Dinamarca, Holanda e Suíça.

¹⁹ Cfr. ARTUR SANTOS SILVA, «Sistemas de Governo das Sociedades», *Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*, AA.VV., IPCG, Lisboa, 2006 (pp. 12-64), p.20

de influência anglo-saxónica.

Com efeito, tem-se entendido que nos EUA e no RU predomina o sistema de governação das sociedades com capital disperso, dito *outsider*, em que o capital social, por se encontrar mais disperso e por não existirem, em regra, acionistas que detenham controlo significativo sobre os destinos da sociedade, requer uma tutela mais eficaz destes em face do poder arbitrário dos gestores, os quais, por norma, gozam de uma ampla margem de atuação, e, por isso, são impostos instrumentos reforçados de controlo e de fiscalização²⁰. Por contraposição, predomina no sistema continental um sistema de governação de sociedades com capital concentrado, apelidado de *insider*, permitindo aos acionistas de controlo (*blockholders*) ou maioritários exercerem, só por si, influência determinante na gestão da sociedade, controlando internamente os administradores e, por seu turno, conduzir os destinos da sociedade através da tomada de decisões.

No sistema continental existem, hoje, os já assinalados modelos de governação monista – que corresponde ao modelo clássico – e dualista – que corresponde ao modelo germânico. No primeiro dos modelos, a administração da sociedade é confiada a um único órgão, *i.e.*, ao conselho de administração ou administrador único, enquanto que a fiscalização é exercida pelo conselho fiscal ou fiscal único. No segundo modelo, há uma demarcação nítida das competências atribuídas a cada um desses órgãos originando, consequentemente, dois titulares distintos.

²⁰ Cfr. JOHN ARMOUR / JOSEPH A. MCCAHERY, «After Enron - Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US» in John Armour/Joseph A. Mccahery (Eds.), *Hart Publishing*, Oxford/Portland, 2006 (pp.1-26), p. 8.

1) O advento dos *audit committees* no Direito Norte-Americano

Os *audit committees* têm uma origem reconhecidamente norte-americana²¹ e nasceram na sequência da fraude detetada na McKesson & Robins, Inc., em 1938. Perante este acontecimento, a Bolsa de Nova Iorque (NYSE) e a SEC, enquanto autoridade supervisora das entidades gestoras de mercados dos valores mobiliários, “*recomendaram que o auditor fosse selecionado por uma comissão especial composta por administradores que não fossem officers da sociedade*”²². No seguimento desta recomendação, as sociedades constituíram comissões especiais que designaram como *audit committees*²³.

Em 1977, a NYSE exigiu como condição para as sociedades norte-americanas com ações ordinárias cotadas naquela bolsa a constituição de *audit committees* exclusivamente por administradores não executivos “*independentes da equipa de gestão e livres de qualquer relação que, na opinião do board of directors, pudesse interferir no exercício de um juízo independente como membro da comissão*”²⁴.

Vários passos foram dados no sentido de implementar os *audit committees* no espaço americano: em 1987 a NASD exigiu às sociedades do *National Market System* a constituição destas comissões maioritariamente constituídas por administradores independentes. Mais tarde, em 1989, a AMEX propôs que todas as sociedades nela cotadas tivessem um *audit committee*.

Porque os *audit committees* estavam no centro de um conjunto de processos

²¹ Como informa GUILLERMO GUERRA MARTÍN, «El Gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses. Su Influencia en el Movimiento de Reforma del Derecho Europeo», *Revista de Derecho de Sociedades*, 20.ª ed., Aranzadi, 2003, p. 390, nos EUA, desde os anos 20, que surgiram comités de auditoria em sociedades.

²² Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades. A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 603-604. V., também, LOUIS BRAIOTTA JR, *et al.*, *The audit committee handbook*, 4ª ed., Hoboken, NJ: Wiley, 2004, p. 437.

²³ A figura da comissão de auditoria foi, depois, acolhida noutros países anglo-saxónicos, com especial evidência no RU, tendo, posteriormente, influenciado a Europa.

²⁴ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, ob. cit., 2015, p. 605.

judiciais²⁵ relativos à divulgação inadequada de informação financeira, a SEC considerou que a reestruturação do *board* exprimia um compromisso da sociedade perante as ilegalidades cometidas, permitindo, deste modo, garantir a eficiência dos sistemas de fiscalização do processo de divulgação de informação financeira e de auditoria de sociedades cotadas em bolsa. Perante tais factos, o *audit committee* acabou por ser acolhido como parte da estrutura de governo societário norte-americano ainda que a SEC se tenha limitado a encorajar, sem impor, a sua constituição, devido aos custos que uma tal medida poderia implicar para as pequenas sociedades.

Na mesma linha, em 1992, são aprovados os *Principles of Corporate Governance* do *American Law Institute*, separando as funções de gestão da sociedade das funções de controlo da mesma, cabendo, esta última, aos administradores não executivos. Estes Princípios impõem a existência de comissão de auditoria nas sociedades que possuem capital disperso, independentemente da sua dimensão²⁶. Mais tarde, em 1999, o *Blue Ribbon Committee on Improving the Effectiveness of Corporate Audit Committees* emitiu um conjunto de recomendações no que respeita ao reforço da independência e eficácia do *audit committee*, bem como dos mecanismos de responsabilização dos seus membros, do auditor externo e da equipa de gestão²⁷.

O auge, na evolução do *audit committee*, ocorreu com a aprovação da lei comumente designada como *Sarbanes-Oxley Act*²⁸ – o *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act* – elaborado pela SEC e promulgado em junho de 2002. O parágrafo 205 do *Sarbanes-Oxley Act* definiu o *audit committee* como “*a committee (or equivalent body) established by and amongst the board of directors of an issuer for the purpose of overseeing the accounting and financial reporting processes and audits of the financial statements of the issuer.*”

O *Sarbanes-Oxley* impôs – ainda que indiretamente – que todas as sociedades cotadas (*listed companies*) detivessem um *audit committee*, constituído unicamente por

²⁵ Destaca-se o caso *SEC v. Lum's, Inc.*. Para mais detalhes cfr., BRENDA S. BIRKETT, «The recent history of corporate audit committees», *The Accounting Historians Journal*, Vol. 13, n.º 2, 1986, p.112.

²⁶ Cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, St. Paul, Minn., §3.05, §3A.02, 1994.

²⁷ V. Recomendações 1, 2, 3 a 5 e 6 a 10, respetivamente.

²⁸ Cfr. ROBERTA ROMANO, «The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance», *Yale Law Journal*, Vol.114, n.º 7, 2004, p. 14. Nos EUA o *Sarbanes-Oxley Act* é considerado o texto mais relevante no âmbito societário e mobiliário desde os anos 30 e entendido como ato fundador, no contexto de reforço da fiscalização, da obrigatoriedade de constituição de comissões de auditoria.

membros independentes, que fosse diretamente responsável pela nomeação, remuneração e supervisão dos serviços prestados por qualquer sociedade de auditoria contratada pelo emitente e, bem assim, pela preparação e emissão de um relatório de auditoria, informativo, rigoroso e independente, pressupondo, por sua vez, que cada sociedade de auditoria responda diretamente perante o *audit committee*²⁹.

O *Sarbanes-Oxley Act* estabeleceu, então, que para o administrador ser considerado independente (e, nessa medida, integrar a comissão de auditoria) não pode, por um lado, auferir qualquer remuneração da sociedade emitente, com exceção daquela que resulte do exercício das funções de administração e, por outro, encontrar-se numa relação de dependência relativamente a uma subsidiária do emitente.

A título de balanço, esta comissão é limitada a *public companies* e, por exclusão de partes, não se aplica àquelas sociedades que, por não terem o seu capital acionista aberto ao investimento público, não estão sujeitas a deveres de informação ao mercado ou à certificação das suas contas por um auditor externo.

2) A expansão dos *audit committees* para o Direito Britânico

Os *audit committees*, introduzidos paulatinamente nas sociedades britânicas a partir dos anos 70³⁰, com especial ênfase entre 1992 e 1993, foram apresentados como uma solução que podia melhorar a contabilidade e a auditoria das sociedades cotadas, constituindo o meio necessário para assegurar aos acionistas que os *auditors* estão em condições de salvaguardar os seus interesses.

Em virtude de um conjunto de escândalos societários, decorrentes da insolvência de sociedades devido a problemas dos sistemas de governo das grandes sociedades britânicas³¹, o Relatório *Cadbury*³², de 1992, desencadeou um processo de reforma do governo das mesmas quanto à estrutura e funcionamento do *board of directors* das sociedades cotadas.

²⁹ Cfr. parágrafo 301. Aos auditores é exigida uma análise do sistema de controlo interno o que envolve um escrutínio da atuação do *audit committee* enquanto órgão fiscalizador desse mesmo sistema.

³⁰ De acordo com PAUL COLLIER, «The rise of the audit committee in UK quoted companies: a curious phenomenon?» in *Accounting, Business & Financial History*, 2ª ed., Vol. 6, 1996, p. 112, antes de 1970 praticamente nenhuma sociedade britânica tinha *audit committee* e muito poucas a constituíram entre 1970 e 1975.

³¹ Cfr. PAUL DAVIES, «Board Structure in the UK and Germany: Convergence or Continuing Divergence?», *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2ª ed., Vol. 4, 2001, pp. 436-437.

³² Sucederam-lhe o Relatório *Greenbury* de 1995, o *Hampel* de 1998 e o *Higgs* de 2003 que seguiram a mesma linha de orientação.

Este Relatório, para além de outros aspetos, sublinhou o papel dos administradores não executivos³³ no exercício das funções de fiscalização. Sendo a independência uma qualidade essencial, o Relatório recomendou, ainda, que todas as sociedades cotadas dispusessem de um *audit committee*, com um mínimo de três membros, que deveriam ser administradores não-executivos, a maioria dos quais independentes da sociedade. Assim, ainda que a constituição de *audit committee* não fosse obrigatória, era desejável, sendo entendida como uma comissão essencial do *board of directors*.

Por fim, o *Combined Code* de 1998, hoje designado *The UK Corporate Governance Code*, obrigava as sociedades cotadas a fundamentar as razões da não adoção de comissões de auditoria, segundo a regra de *comply or explain*. Definiu ainda, com maior precisão, as funções a serem desenvolvidas pelo *audit committee*, entre as quais cumpre destacar a vigilância da integridade das demonstrações financeiras e a revisão dos mecanismos internos de controlo financeiro, bem como dos sistemas de controlo interno e de controlo de risco.

3) O acolhimento do modelo anglo-saxónico no Direito Europeu

No espaço europeu, do *Livro Verde da Comissão Europeia sobre Auditoria*, de 1996, consta um conjunto de recomendações de boas práticas de governação societária aconselhando a constituição de comissões de auditoria, nomeadamente em França, na Bélgica, na Holanda e na Suécia.

Dado que a exportação deste modelo se processou para a Europa sobretudo por influência britânica, o Relatório *Winter II* de 2002, seguindo a tendência retratada pelo Relatório *Cadbury*, especificou as funções a desempenhar pela comissão de auditoria, tanto no contexto de auditoria interna como externa (revisão de contas)³⁴, em modo análogo ao sistema britânico. As propostas do *Winter II* foram espelhadas no *Plano de Ação da Comissão Europeia* de 2003, no qual, a Comissão Europeia destacou a importância do papel da comissão de auditoria na fiscalização dos administradores executivos e a necessidade de esta comissão possuir, coletivamente, experiência e formação em termos de gestão financeira e contabilística de sociedades cotadas.

Também no espaço europeu se verificou um reforço do papel das comissões de

³³ Tal como nos EUA também no RU não existe distinção formal entre administradores executivos e não executivos, pelo que todos eles são igualmente responsáveis pela atuação da sociedade.

³⁴ Cfr. Relatório *Winter II*, p. 71.

auditoria. Da *Recomendação da Comissão Europeia n.º 2005/162/CE*³⁵, de 15 de fevereiro, na seção II §6.1, resulta que os comités de auditoria³⁶, que têm por fim reforçar a eficiência do conselho de administração, devem emitir determinadas recomendações destinadas a preparar as decisões deste último, mas não se substituindo ao mesmo nessas decisões.

Contrariamente à Recomendação, a *Diretiva 2006/43/CE, de 17 de maio*, consagrou, para cada entidade de interesse público, a obrigatoriedade de existência de um comité de auditoria³⁷, constituído exclusivamente por administradores não executivos, sendo que, pelo menos, um deles deveria ser independente e ter competência nos domínios da contabilidade e/ou da revisão ou auditoria.

A figura da comissão de auditoria era conhecida noutros países europeus. Assim, no ordenamento jurídico italiano, o *Codice Civile*, com a reforma de 2003, possibilitou que o estatuto da sociedade anónima viesse prever “*che l'amministrazione ed il controllo siano esercitati rispettivamente dal consiglio di amministrazione e da un comitato costituito al suo interno*” (art. 2409 – *sexiesdecies*), sendo este último um “*comitato per il controllo sulla gestione*” (art. 2409 – *octiesdecies*). Nesta medida, as funções do *comitato* baseiam-se na vigilância da adequação da estrutura organizativa da sociedade, do sistema de controlo interno, administrativo e contabilístico, assumindo-se mais como um órgão instrutório e delegado do *consiglio di amministrazione*³⁸ no que respeita ao controlo da estrutura societária, do que como órgão de controlo sobre a administração³⁹.

Quanto ao *comité de auditoría* das sociedades anónimas no direito espanhol⁴⁰, a

³⁵ A Recomendação é “*relativa ao papel dos administradores não executivos ou membros do conselho de supervisão de sociedades cotadas e aos comités do conselho de administração ou de supervisão*”.

³⁶ V. Ponto 4 do Anexo I da Recomendação.

³⁷ Cfr. art. 41º, n.º 1 da Diretiva “*relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas*”.

³⁸ A este cabe designar e destituir os membros do *comitato*.

³⁹ Vd., a este propósito, SABINO FORTUNATO, «I “controlli” nella riforma del diritto societario», *Rivista delle Società*, anno 48º, 4, 2003, pp. [863-894], p. 889 e FEDERICO GHEZZI/MARCO RIGOTTI, *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo: Artt. 2409 – octies – 2409 – noviesdecies c.c.*, Milano: Giuffrè, 2005, art. 2409 – noviesdecies, p. 252.

⁴⁰ Para mais desenvolvimentos vd. VELASCO SAN PEDRO, «El Comité de Auditoría», *Derecho de Sociedades Anónimas cotizadas (Estructura de Gobierno Y Mercados)* AA.VV., Vol. II, Thomson/Aranzadi, 2006 (pp. 1087-1126), pp. 1094-1099 e do mesmo Autor «O governo das sociedades cotadas (corporate governance) em Espanha: o “Relatório Olivencia”» trad., BFDC, Coimbra, Vol. LXXV, 1999, pp. 279-314; FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ CALERO, «Líneas generales del régimen del Comité de auditoría de las sociedades cotizadas», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Ano nº 22, Nº 89, 2003, pp. 191-218 e, do mesmo Autor, «La reforma del comité de auditoría», in *Estudios em honor del Profesor Carlos Fernández-Novoa*, 2010, pp. 245-260; por fim, LUIS FERNANDO SANZ PARAÍSO, «Las comisiones

obrigatoriedade da existência do referido comité é dirigida apenas a sociedades “cotizadas”. De acordo com o Relatório Olivencia, à comissão de auditoria são atribuídas um conjunto de funções, entre as coisas se destaca: (i) propor a designação do ROC; (ii) rever as contas da sociedade, o controlo e cumprimento dos requisitos legais e a correta aplicação dos princípios contabilísticos; (iii) servir de canal de comunicação entre o conselho de administração e os ROC’s e, por fim (iv) comprovar a adequação e integridade dos sistemas internos de controlo⁴¹.

4) A comparação com o modelo anglo-saxónico português

Como se observou, o modelo anglo-saxónico é um dos três possíveis modelos de administração e fiscalização das sociedades anónimas portuguesas. A comissão de auditoria, privativa deste modelo, encontra-se constituída no seio do conselho de administração⁴², configurando-se como um tipo de fiscalização endógena da gestão da sociedade, já que este modelo confia a fiscalização aos membros que integram o órgão de administração.

Nos sistemas anglo-saxónicos, o conselho de administração é tipicamente composto por duas categorias de administradores: os administradores internos (*insiders*) que, por norma, são executivos, e aos quais é confiada a gestão corrente da sociedade, e pelos administradores externos (*outsiders*), que são não executivos, e tem uma função de controlo dos primeiros e, por isso, devem ser independentes em relação a esses. Dos diversos comités típicos que podem ser criados dentro do conselho de administração destaca-se o comité de auditoria, composto por administradores não executivos, externos e independentes, que devem acompanhar de perto os administradores executivos, através de uma adequada fiscalização, controlo e vigilância dos mesmos⁴³.

de auditoria y cumplimiento», ESTEBAN VELASCO (coord.), *El Gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, pp. 373-418.

⁴¹ Ponto n.º II.11.1 do Relatório Olivencia.

⁴² GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 85 destaca que, pelo facto de as funções de administração e de fiscalização estarem ambas cometidas ao conselho de administração, há “*uma espécie de delegação de poderes de fiscalização por parte do conselho em algum dos seus membros, que formam a comissão de auditoria*”. Pronunciando-se contra a delegação de funções surge ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração», AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, (pp. 243-275), p. 258.

⁴³ Cfr. ARTUR SANTOS SILVA, «Sistemas de Governo», ob.cit., 2006, p.22.

Por seu turno, o conselho de administração tal como configurado no modelo anglo-saxónico português é composto por *administradores executivos* – que compõem a comissão executiva – e por *administradores não-executivos*. Acresce que os administradores não-executivos podem, por um lado, vir a formar a comissão de auditoria, competindo-lhes supervisionar a gestão – a exercer pelos administradores executivos – e controlar o desempenho de funções do ROC, cabendo-lhes funções de fiscalização e supervisão estritas ou, por outro lado, podem ser aqueles administradores não executivos que não integram a dita comissão⁴⁴ e não participam na gestão corrente da vida da sociedade, aos quais pertence apenas o exercício da função de supervisão geral da gestão⁴⁵. Em resultado desta apreciação, podemos depreender que a nossa comissão de auditoria não detém o exclusivo de administradores não executivos, uma vez que, no conselho de administração podem, naturalmente, existir “*outros administradores não executivos que não integram a comissão de auditoria, com a responsabilidade geral dos membros não executivos*”⁴⁶, diferentemente do que sucede no espaço anglo-americano.

⁴⁴ Cfr. PEDRO CAETANO NUNES, «Os modelos de governo das sociedades anónimas – Os poderes dos *non-executive directors*», *IV Congresso DSR*, Almedina, 2016, (pp.51-77), p. 74. Para o Autor “*os administradores não executivos que não integram a comissão de auditoria têm uma função de vigilância horizontal, nos termos do n.º 8 do artigo 407.º do CSC*”.

⁴⁵ Por força de um problema terminológico doutrinal, esta configuração do conselho de administração não é unânime. V., para o efeito, MARIANA FERRAZ VIVEIROS, «A Comissão de Auditoria na prática societária portuguesa», AA.VV., *Estudos de Advocacia em Homenagem a Vasco Vieira de Almeida*, Almedina, Coimbra, 2017 (pp.357-392), p 364.

⁴⁶ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2017, p. 310. Seguindo a mesma opinião vd. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 515.

1) O regime legal aplicável à comissão de auditoria

O conjunto de preceitos relativos à comissão de auditoria foram aditados pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006. Não obstante, “*a disciplina a aplicar a este órgão resulta de uma mistura de elementos que foram previstos para o órgão de administração e para o conselho fiscal o que, de resto, certifica a natureza mista desta comissão de auditoria*”⁴⁷. Assim, na ausência de previsão legal ou regra contratual aplicar-se-ão à comissão de auditoria as regras expressamente previstas para o conselho fiscal.

No seguimento do raciocínio exposto ao longo da presente Dissertação, a comissão de auditoria é o órgão responsável pela fiscalização da atividade do conselho de administração e do ROC. Nessa medida, o poder de controlo da gestão da sociedade da comissão é amplo, fazendo dela um verdadeiro órgão de fiscalização, como se comprova também pelo modo de designação dos seus membros e o seu estatuto com funções, poderes e deveres típicos do conselho fiscal. É importante, para este efeito, fazer um paralelismo com o conselho fiscal em quatro parâmetros que passamos, de seguida, a analisar.

1.1. Critério quantitativo e qualitativo

No que concerne à *composição quantitativa*, “*a comissão de auditoria é composta pelo número de membros fixado nos estatutos, no mínimo de três membros efetivos*” (cfr. arts. 413.º, n.º 4 e 423.º-B, n.º 2), permitindo, desta forma, que o número de membros não executivos seja superior ao número de membros executivos⁴⁸. Não existem limites nem qualquer obrigatoriedade de escolher uma composição ímpar, sendo que, nesse caso, ao presidente da comissão de auditoria é atribuído voto de qualidade (cfr. n.º 3 do art. 395.º *ex vi* do art. 423.º-H). Note-se que, de acordo com o n.º 5 do art. 278.º, fica afastada a possibilidade de que sociedades que adotem o modelo anglo-saxónico tenham um administrador único. Sobra, então, a questão de saber qual o número mínimo de membros

⁴⁷ Cfr. ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 441.

⁴⁸ Ainda que não seja vedado o cenário oposto.

do conselho de administração no modelo em apreço⁴⁹.

Por remissão expressa do art. 423.º-H para o n.º 5 do art. 390.º, existindo previsão contratual nesse sentido, a AG pode eleger administradores suplentes em um terço dos administradores efetivos. Quer isto dizer que se a comissão de auditoria for composta por três membros, tal como definido nos estatutos da sociedade, pode ser eleito mais um administrador suplente.

No que respeita à *composição qualitativa*, de acordo com o n.º 3 do art. 423.º- B, os membros da comissão de auditoria estão sujeitos ao mesmo regime de incompatibilidades⁵⁰, dos membros do conselho fiscal, expressamente previsto no art. 414.º- A, com exceção da al. b) do n.º 1 deste preceito legal. Este tipo de incompatibilidades a que se encontram sujeitos constituem verdadeiros impedimentos à elegibilidade dos seus membros.

1.2. Competência

As competências da comissão de auditoria que constam do art. 423.º- F constituem *“um decalque quase perfeito ao art. 420.º CSC que estabelece as competências do conselho fiscal”*⁵¹, reiterando que sobre este órgão recaem funções de fiscalização e de controlo. Como observa e bem JOÃO CALVÃO DA SILVA, *“as competências de vigilância da comissão de auditoria são tão iguais às do conselho fiscal que bem podia o art. 423.º- F ter-se cingido a remeter para o art. 420.º (competência do fiscal único e do conselho fiscal)”*⁵².

De entre as diversas competências legalmente previstas para a comissão de auditoria, surge, à cabeça, o dever de fiscalização da atividade da administração (cfr. al. a) do art. 423.º- F), bem como o poder de controlo da legalidade e da conformidade estatutária (al. b)). Estamos diante verdadeiros poderes-deveres que se concretizam num dever de vigilância da atividade prosseguida pelos demais administradores.

Nas demais atribuições da comissão de auditoria constantes da lei e a corroborar a clara analogia de funções entre esta e o conselho fiscal, atente-se no poder de suspensão de administradores (art. 400.º), na declaração a termo das funções de administrador em

⁴⁹ Questão que será tratada adiante no Capítulo III, ponto 4.

⁵⁰ Para maiores desenvolvimentos v. *infra* Capítulo III, ponto 3.

⁵¹ Cfr. ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades...*, 2007, p. 448.

⁵² JOÃO CALVÃO DA SILVA, «“Corporate Governance...”», ob.cit, 2007, p. 124.

caso de incapacidade ou incompatibilidade na designação como administrador (art. 401.º) e, por fim, no dever que incumbe à comissão de auditoria de receber a comunicação do presidente do conselho de administração renunciando ao respetivo cargo (art. 404.º).

A lei é totalmente omissa quanto à possibilidade de extensão dos poderes de apreciação e decisão por parte da comissão de auditoria para além do relatório anual que deverá consubstanciar o resultado da sua atividade. Seguindo a tese de PAULO OLAVO CUNHA, a comissão de auditoria pode “*para além das recomendações dirigidas diretamente a outros órgãos e aos respetivos titulares individual ou coletivamente considerados*” colocar “*ao dispor dos acionistas os resultados das suas averiguações*”⁵³, propondo as medidas que considere ajustadas a cada situação.

Da comparação entre as competências do conselho fiscal e aquelas que são atribuídas à comissão de auditoria, resulta que o regime legal confere menos poderes a cada um dos membros desta comissão, dado que o n.º 1 do art. 421.º, permite ao conselho fiscal exercer os poderes elencados daquele preceito, conjunta ou separadamente. Portanto, ainda que o conselho fiscal seja um órgão de fiscalização plural, não vigora, quanto a ele, o princípio da colegialidade. Contrariamente, o modo de funcionamento da comissão é colegial, ainda que o seu presidente esteja investido, individualmente, de alguns poderes.

1.3. Remuneração e prestação de caução

À semelhança dos preceitos relativos à remuneração dos membros de outros órgãos de fiscalização (cfr. arts. 422.º-A, n.º 1 e 440.º, n.º 3), o art. 423.º-D prevê que “*a remuneração dos membros da comissão de auditoria deve consistir numa quantia fixa*”. Com base neste regime o legislador pretende garantir uma maior independência dos membros da comissão, que poderia ficar comprometida com remunerações total ou parcialmente variáveis⁵⁴ (v.g., participação nos lucros sociais ou sobre o valor de negócios, atribuições de ações etc.)⁵⁵, referidas no art. 399.º.

ARMANDO TRIUNFANTE considera que o facto de o art. 423.º-D não remeter para o n.º 1 do art. 399.º é uma omissão propositada, pois tratando-se de administradores, ainda

⁵³ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2016, p. 882.

⁵⁴ Visa-se, também, com o estabelecimento do princípio da remuneração fixa, evitar as situações nas quais, o exercício das funções de fiscalização, possa ser determinado por qualquer estímulo pessoal do membro do respetivo órgão.

⁵⁵ Neste sentido v. JOÃO CALVÃO DA SILVA, «“Corporate Governance...”», ob.cit., 2007, p. 123.

que não executivos, tal significa que o art. 399.º tem, naturalmente, aplicação. Nessa medida, “a função do art. 423.º-D será, mais do que garantir uma remuneração para os membros da comissão de auditoria, afastar as regras do art. 399.º que não se mostrem compatíveis com o seu estatuto e funções”⁵⁶. Assim, não é aplicável o consagrado nos n.ºs 2 e 3 do art. 399.º porque fazem depender a atribuição da remuneração em função da percentagem nos lucros, contrariando a natureza fixa da remuneração. Contudo, é plenamente aplicável o disposto no n.º 1 do art. 399.º que estabelece a competência da AG de acionistas ou de uma comissão de vencimentos que dela emane⁵⁷ para a fixação da remuneração bem como os critérios a ser seguidos para fixação da mesma.

No entendimento de PAULO OLAVO CUNHA, e ao qual aderimos, com base no reduzido número de membros da comissão e as importantes funções que a estes são confiadas, a remuneração auferida pelos administradores que a integram “deveria ser aproximada da remuneração fixa dos demais administradores (executivos)”⁵⁸.

Um outro aspeto a ter em conta prende-se com a necessidade de os administradores não executivos e membros da comissão de auditoria estarem obrigados a caucionar o seu desempenho. No entanto, de acordo com o art. 396.º, a prestação de caução pode ser dispensada quando a lei diretamente o determine, sem requerer qualquer tipo de deliberação (n.º 5) ou, igual dispensa, pode também ocorrer por deliberação dos acionistas (n.º 3).

Com o n.º 5 do art. 396.º o legislador pretendeu “dispensar aqueles que, não sendo executivos e não auferindo remuneração, teriam, para exercer as suas funções, de suportar um sacrifício financeiro sem compensação”⁵⁹. No entanto, este número suscita uma questão interessante, pois confrontando com o regime dos restantes órgãos de fiscalização, mais concretamente, com o conselho fiscal e com o conselho geral e de supervisão (cfr. arts. 418.º- A, n.º 1 e 445.º, n.º 3, respetivamente), verificamos que tais órgãos estão legalmente obrigados ao dever de prestar caução pois, ao contrário da comissão, estes fiscalizadores não são administradores. Assim, concluímos que todos

⁵⁶ Cfr. ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades...*, ob.cit., 2007, p. 446. Considerando que o art. 399.º têm aplicação direta surge MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Almedina, 2011, p. 1114.

⁵⁷ Seguindo a mesma opinião v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. II, *Das Sociedades em Especial*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 744.

⁵⁸ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2016, p. 881.

⁵⁹ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA «A alteração do regime da caução dos administradores», *DSR*, ano 5, Vol. 9, 2013 (pp. 297-304), p. 302.

estes órgãos, ainda que exerçam funções de fiscalização na sociedade, estão submetidos a regimes diferentes no que respeita à matéria de prestação de caução.

Por fim, uma vez que o n.º 5 do art. 396.º não distingue se a dispensa de prestação de caução é aplicável às sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e às sociedades qualificadas como *grandes sociedades anónimas*, como faz o n.º 3, é legítimo questionar se a dispensa de prestação de caução é igualmente aplicável a este tipo de sociedades. Ora, é neste tipo de sociedades que a dispensa de caução tem efetivamente utilidade, pois nas restantes a caução pode ser afastada por deliberação dos sócios relativamente a todos os administradores.

1.4. Designação e destituição

Relativamente à designação dos membros da comissão de auditoria, o n.º 1 do art. 423.º-C faz aplicar o regime da designação dos administradores comuns no modelo de governação clássico⁶⁰. Assim, estabelece este preceito legal que “*os membros da comissão de auditoria são designados, nos termos gerais do artigo 391.º, em conjunto com os demais administradores*”. Deste modo, a designação dos administradores que irão integrar a comissão de auditoria não difere dos restantes administradores, devendo ser efetuada no contrato de sociedade ou na AG ou constitutiva por intermédio de eleição. Porém, a remissão feita “*nos termos gerais*” para o art. 391.º implica que o contrato de sociedade possa estipular as regras específicas de condicionamento-aprovação da eleição dos membros da comissão. Por seu turno, o n.º 2 do art. 423.º-C acrescenta que as listas para o conselho devem discriminar quais os membros que deverão integrar a comissão de auditoria.

No que concerne à designação do presidente da comissão, o n.º 3 atribui essa competência, primeiramente, à AG e supletivamente à própria comissão de auditoria. Finalmente, o n.º 4, ao remeter, com as devidas adaptações, para o n.º 3 do art. 395.º (*ex vi* dos arts. 423.º-C, n.º 4 e 423.º-H), atribui ao presidente da comissão voto de qualidade nas deliberações desta, quando a mesma tenha uma composição numérica par ou quando o contrato de sociedade assim o determinar.

⁶⁰ Para mais desenvolvimentos v. LUÍS FILIPE DE ARAÚJO, «Comissão de auditoria: regras especiais de eleição e substituição de administradores (falta definitiva e cooptação)», AA.VV., *II Congresso DSR*, Almedina, 2012, (pp. 171-179), p. 172 ao considerar que tais adaptações “*provocam desajustes, desencontros e algumas dificuldades práticas na respectiva aplicação*”.

O presidente, enquanto dirigente máximo da comissão de auditoria, tem a seu cargo a direção e coordenação dos trabalhos deste órgão. Acresce que sendo um membro não executivo do conselho de administração, pode assumir as funções de vice-presidente do conselho de administração, ainda que as suas funções sejam de mera representação social como veremos melhor *infra*⁶¹.

Quanto à destituição dos membros da comissão de auditoria, resulta do n.º 1 do art. 423.º-E que estes só podem ser destituídos pela AG desde que ocorra justa causa⁶², ficando viciada qualquer deliberação destitutiva que não tenha em conta este requisito. Esta exigência vai na linha da tendência de reforço da autonomia, independência e imparcialidade dos membros dos órgãos fiscalizadores, sendo entendida como “*um traço decisivo a sedimentar a liberdade de apreciação dos membros da comissão de auditoria*”⁶³.

Por remissão expressa do n.º 2 do art. 423.º-E para os n.ºs 2, 4 e 5 do art. 419.º, antes de ser tomada a deliberação, a pessoa ou pessoas visadas “*devem ser ouvidas na assembleia sobre os factos que lhe estão imputados*”, garantindo, deste modo, o exercício do direito de contraditar, sob pena de tal decisão ser anulável dos termos da al. a), do n.º1 do art.58.º.

A lei é omissa quanto à questão de saber se ocorrendo a destituição de algum dos membros desta comissão tal implica também a cessação de funções como membros do conselho de administração. Cremos que a resposta a esta questão é afirmativa, não só pelo facto de a comissão de auditoria ser um órgão verdadeiramente autónomo como também pela cumulação da qualidade de membros do órgão de administração e de fiscalização da sociedade. Logo, a destituição válida de um auditor implica necessariamente a extinção da relação administrativa⁶⁴.

⁶¹ Cfr. Capítulo IV, ponto 5.

⁶² Quanto à noção de justa causa, veja-se o n.º 4 do art. 403.º, e, na doutrina, COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, IDET, Almedina, 2015, p. 694 - 695. O Autor considera “*plausível a possibilidade de um membro da comissão de auditoria ser destituído judicialmente por justa causa – enquanto administrador (por causa do exercício das suas funções de administração)*” ao abrigo do n.º 3 do art. 403.º sendo que, o direito de contraditar é exercido no processo judicial e uma vez “*destituído pelo tribunal enquanto administrador, deixa automaticamente de ser membro da comissão de auditoria*”. Veja-se, também, DIOGO LEMOS E CUNHA, «A destituição de administradores de sociedades anónimas: em particular o alcance e o sentido da justa causa de destituição», *ROA*, ano 74, Vol. II, 2014, pp. 575-623.

⁶³ Cfr. PAULO CÂMARA, «Os modelos de governo das sociedades anónimas», ob.cit., 2007, p. 220.

⁶⁴ No mesmo sentido, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Comissão executiva...», ob.cit., 2007, p. 269.

2) Das exigências sobre os (candidatos a) seus membros

Existe uma inegável correlação entre a estrutura orgânica da comissão e o estatuto dos respetivos membros, ou seja, ainda que estes tenham um perfil eminentemente fiscalizador, são também administradores⁶⁵. Daí que parte da doutrina os designe como “administradores-audidores”⁶⁶.

Assim, ao caráter diferenciado da comissão de auditoria, acrescem diversos requisitos de elegibilidade⁶⁷ impostos aos seus membros: por um lado, *qualificações e experiência profissional adequadas* e, por outro, o requisito da *independência* com as inerentes *incompatibilidades* a que estão sujeitos. Vejamos, com maior detalhe, cada um desses requisitos.

2.1. Qualificações e experiência profissional adequadas

Conforme resulta do n.º 4 do art. 423.º-B, “*nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que cumpram os critérios referidos na alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º, a comissão de auditoria deve incluir pelo menos um membro que tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade (...)*”. A esse membro será também exigido que seja independente⁶⁸ tratando-se de requisitos cumulativos.

Por remissão expressa do n.º 6 do art.º 423.º-B, para o n.º 3 do art. 414.º e do art. 423.º-H para os n.ºs 2, 4 e 5 do art. 390.º, podem⁶⁹ integrar a comissão de auditoria

⁶⁵ Por isso, só lhes é permitido exercer funções típicas de administradores nos casos expressamente previstos na lei (cfr. als. j) e q) do n.º 1 do art. 423.º-F).

⁶⁶ Frisando a natureza bicéfala das funções atribuídas aos membros da comissão de auditoria v., entre outros, PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2013, p. 516; por seu turno, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades...*, ob.cit., 2007, p. 441, qualifica a comissão como tendo natureza mista.

⁶⁷ O termo requisitos de “elegibilidade” é adotado por diversos Autores como GABRIELA FIGUEIREDO DIAS e PAULO CÂMARA, «O Governo das Sociedades Anónimas», AA.VV., *O Governo das Organizações. A vocação universal do corporate governance*, Almedina, Coimbra, 2011 (pp.43-94), p. 85-92 e PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2016, p. 873.

⁶⁸ Veja-se, com mais desenvolvimentos, o Capítulo III, ponto 3.2.

⁶⁹ Quanto à interpretação do uso da forma verbal “podem” vd. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2013, p. 514 e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização de sociedades e responsabilidade civil», AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando*

sociedades de advogados, SROC⁷⁰, acionistas ou não acionistas, com “*capacidade jurídica plena (...) qualificações e a experiência profissional adequadas ao exercício das suas funções*”.

Deste modo, a comissão de auditoria, como parte integrante do conselho de administração, deve desejavelmente ser composta por membros com características profissionais diversificadas. Quer isto dizer que os membros da comissão devem ser dotados de uma formação superior⁷¹ e literacia financeira, com a inerente capacidade técnica e profissional.

2.2. Critério legal de independência

A reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, acolheu o conceito de membro independente⁷² de órgão social no domínio da fiscalização interna das sociedades comerciais⁷³, complementarmente com o regime da (inexistência) de incompatibilidades.

Em termos amplos, o administrador independente deve ser um elemento *desligado* relativamente a áreas de influência que possam vir a conformar o sentido da sua atuação e decisão, introduzindo, do ponto de vista axiológico, “*uma valorização ética à condução*

de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. I – Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, Vol. I, (pp. 803-836), p. 810.

⁷⁰ PAULO CÂMARA, «O Governo das Sociedades...», ob. cit., 2008, p. 109, adverte para o facto de que, sendo designada uma pessoa coletiva como membro da comissão de auditoria, “*goza de aplicação o dever de nomeação de pessoa singular para o exercício de funções em nome próprio, conforme é regra para os administradores (art. 390.º, n.º 4 ex vi do art. 423.º-H)*”. V. também PAULO OLAVO CUNHA, «A designação de pessoas coletivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas.», *DSR*, ano 1, Vol. 1, 2009, pp. 165-213.

⁷¹ Criticando o facto de o legislador não ter facultado qualquer indicador sobre os requisitos exigidos v. ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades...*, ob.cit., 2007, p. 414.

⁷² A exigência de independência de alguns dos administradores das sociedades está alinhada com as tendências globais de *corporate governance*, ainda que não seja isenta de críticas. V. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores», AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, (pp. 277- 334), pp. 302-303 e PEREIRA DE ALMEIDA, «Os administradores independentes», AA.VV., *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (coord. por António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 153-172.

⁷³ Criticando a forma como o CSC adotou a figura de membro independente surge RUI OLIVEIRA NEVES, «O Administrador Independente», AA. VV., *Código das Sociedades Comerciais e o Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, (pp.143-194), p. 167.

dos negócios sociais”⁷⁴, assegurando uma sã administração da sociedade em função dos interesses do coletivo dos sócios e demais *stakeholders* relevantes para a sua sustentabilidade.

Como forma de garantir uma administração desinteressada, a intervenção do administrador independente caracteriza-se pelo afastamento em relação ao desempenho de tarefas de gestão corrente da sociedade, intervindo no plano da fiscalização e controlo societário interno, sendo uma garantia de objetividade no exercício das suas funções.

A matéria da independência⁷⁵ assume especial relevo no âmbito das *grandes sociedades anónimas, i.e.*, das sociedades que cumprem os critérios referidos na al. a) do n.º 2 do art. 413.º, e das sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, ou seja, nas sociedades cotadas, uma vez que nas primeiras deve existir, no mínimo, um membro independente que integre a comissão de auditoria e, nas segundas, a constituição dessa comissão implica uma maioria de membros qualificáveis como independentes⁷⁶, tal como consta dos n.ºs 4 e 5 do art. 423.º-B⁷⁷. Este preceito, enquanto norma legal imperativa, implicam que qualquer deliberação sem respeito pelo número mínimo de independentes, seja nula ao abrigo da al. d) do n.º 1 do art. 56.⁷⁸

No plano recomendatório e no que respeita a esta matéria em concreto, em especial para as sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado

⁷⁴*Ibid.*, p. 160.

⁷⁵ Ainda que a lei imponha que, em determinadas sociedades, alguns membros de órgãos sociais devam possuir a qualidade de membros independentes, não comina sanção específica em caso de inobservância. Caberá, então, às autoridades de supervisão do desempenho de tais sociedades – à CMVM no caso de sociedades cotadas – dar cumprimento à lei.

⁷⁶ Apesar de a lei ser omissa quanto a esta questão, se for necessário substituir um dos membros independentes, o suplente terá de possuir semelhante qualidade, sob pena de não serem respeitadas as condições legais (nomeadamente se sem o membro a substituir já não se cumprir o pressuposto da maioria).

⁷⁷ Atente-se ao facto de o n.º 4 do art. 423.º-B remeter para o critério legal de independência presente no n.º 5 do art. 414.º e do qual as sociedades não poderão afastar-se. Deste último preceito não decorre um elenco fechado ou exaustivo de causas de perda de independência, como suficientemente o relevam não só a natureza de cláusula geral do critério no corpo do n.º 5 do art. 414.º, como ainda a inclusão do termo “*nomeadamente*” antes da enumeração das circunstâncias que concretizam aquela cláusula.

⁷⁸ Diferentemente do que sucede com as incompatibilidades dos membros de órgãos sociais, a lei não se pronuncia sobre a perda superveniente do requisito da independência. Seguindo PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2016, pp. 565-566, verificada essa situação “*a designação caduca e o membro cessa imediatamente as suas funções, uma vez que deixa de ser independente*”. Assim, “*em termos puramente técnicos ocorrerá, pois, a caducidade da designação, com efeitos semelhantes aos que resultam da superveniência de uma incompatibilidade para o desempenho de funções (...)*”.

regulamentado, é necessário ter em conta as recomendações constantes no capítulo III (administração não executiva e fiscalização), mais concretamente, as que constam dos pontos III.4 e III.5 do Código de Governo das Sociedades de 2018⁷⁹ do IPCG.

3) A sujeição dos membros da comissão de auditoria ao regime das incompatibilidades

Em todos os sistemas de fiscalização das sociedades anónimas, a escolha dos membros do órgão de fiscalização encontra-se subordinada a um escrutínio da compatibilidade dos candidatos para o desempenho das respetivas funções de fiscalização, colocando *ex ante* a aferição de eventuais situações de conflitos de interesses. Deste modo, a lei estabelece um conjunto de impedimentos à designação de membros do órgão de fiscalização, tendo por fim garantir a sua objetividade, imparcialidade de análise ou decisão bem como a sua independência.

A exaustiva lista de incompatibilidades⁸⁰ vertida no art. 414.º-A é, direta ou remissivamente⁸¹, aplicável à comissão de auditoria, e tem por finalidade garantir que o exercício da função de fiscalização das *grandes sociedades anónimas* e nas sociedades cotadas se processa de forma isenta, imparcial e objetiva. Assim, para além do requisito de independência, a que apenas uma parte dos membros dos órgãos de fiscalização se encontram sujeitos, nenhum dos membros destes órgãos pode estar abrangido por algumas das incompatibilidades previstas neste preceito legal.

Nas palavras de PAULO OLAVO CUNHA, a existência de incompatibilidade ocorre “*quando se verifica existir algum facto legalmente fixado que a lei reputa constituir impedimento significativo para o adequado desempenho de certas funções em*

⁷⁹ Cfr. pp. 19- 22 do Código do IPCG. Entre nós, depois de terem convivido os Códigos de Governo da CMVM e do IPCG, foi colocado à consulta pública um projeto de Código de Governo das Sociedades que não se apresenta como uma alternativa ao Código da CMVM, dado que este deixará de ser publicado conforme anunciado em declaração conjunta do IPCG e da CMVM de 16 de março de 2016, mas como “*um sucessor dos dois Códigos então existentes*” (cfr. preâmbulo).

⁸⁰ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema vd. PAULO OLAVO CUNHA, «Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais», AA.VV., *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, UCE, Lisboa, 2012, pp. 273-308.

⁸¹ Por remissão, respetivamente para os membros da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão, dos arts. 423.º-B, n.º 3 e 434.º, n.º 4.

*determinados órgãos sociais, designadamente de fiscalização*⁸²”.

Uma vez que a lei não impõe que todos os membros dos órgãos sociais sejam independentes, o rol de incompatibilidades não constitui um exclusivo destes; são também aplicáveis a membros ainda que não dotados de independência. Quer isto dizer que um membro de órgão social pode não ser independente e encontrar-se sujeito à regra da inexistência de incompatibilidade para o desempenho das respetivas funções. Diferentemente, recai sempre sobre o membro independente todas as incompatibilidades legalmente enunciadas.

Para RUI DE OLIVEIRA NEVES, a independência é “*aferida com base em critérios que se encontram já subjacentes a alguns requisitos de apreciação das incompatibilidades*”⁸³ e, por isso, encontra-se num plano de sobreposição em relação ao das incompatibilidades. Neste sentido, ainda que a exigência da inexistência de incompatibilidades tenha as mesmas finalidades que os requisitos de independência, não se confunde com esta última, pois, ao passo que naquela se visa assegurar que as funções de controlo da atividade são exercidas de forma imparcial, isenta e objetiva, nesta está em causa uma relação direta entre um titular de um órgão social e a respetiva sociedade.

Naturalmente que a incompatibilidade prevista na al. b) do art. 414.º-A – exercício simultâneo de funções de administração na sociedade – é excecionada, e decorre do facto de o auditor ser também administrador. Como realça RICARDO COSTA, “*a exceção deve ser vista cum grano salis: o membro da comissão de auditoria não pode ser designado (originária ou supervenientemente) na lista da comissão de auditoria e fazer parte do restante subórgão de administradores não auditores, caso em que, restringida a não aplicação do art. 414.º-A, 1, al. b), surge incompatibilidade*”⁸⁴.

Por fim, de acordo com o n.º 3 do art. 414.º-A, a designação originária de pessoa relativamente à qual se verifique algum tipo de incompatibilidades é nula. Por seu turno, de acordo com o n.º 2, a superveniência de alguma das incompatibilidades gera a caducidade automática do título como membro da comissão de auditoria, à semelhança do que defendemos quanto à perda superveniente do requisito da independência.

⁸² Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, «Independência e inexistência...», ob.cit., 2012, p. 290.

⁸³ Cfr. RUI DE OLIVEIRA NEVES, «O Conflito de Interesses no Exercício de Funções de Fiscalização nas Sociedades Anónimas», in *Conflitos de Interesses no Direito Societário e Financeiro – Um Balanço a Partir da Crise Financeira*, Almedina, 2010 (pp. 293- 313), p. 303.

⁸⁴ Cfr. RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, ob.cit., p. 673.

4) O número mínimo de membros da comissão de auditoria e do restante conselho de administração

Como se referiu *supra*, “a comissão de auditoria é composta pelo número de membros fixado nos estatutos, no mínimo de três membros efetivos” (cfr. n.º 2 do art. 423.º-B). Ora, atento o n.º 5 do art. 278.º, que impede a existência de um administrador único nas sociedades que adotem o modelo anglo-saxónico, é necessário aferir qual o número mínimo de membros que terão de compor o conselho de administração⁸⁵.

Na visão de PAULO CÂMARA, “uma vez que não se admite que a sociedade possa funcionar sem qualquer membro executivo, resulta que o número mínimo de administradores neste modelo de governação é de quatro – seja qual for o montante de capital social da sociedade”⁸⁶. Também COUTINHO DE ABREU⁸⁷ e JOSÉ COSTA PINTO⁸⁸ seguem tese idêntica. Consideram então os Autores que, uma vez que está afastada a possibilidade de a sociedade ter um administrador único, o conselho de administração integrará, pelo menos, um administrador executivo e três não executivos pertencentes à comissão de auditoria.

Diferentemente, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS considera que a proibição estatuída no n.º 5 do art. 278.º “só tem sentido se quiser dizer que as sociedades com comissão de auditoria têm, necessariamente, que ter pelo menos mais dois membros no conselho de administração para além dos membros da comissão de auditoria”⁸⁹. Assim, serão sempre cinco, no mínimo, os administradores nas sociedades que adotem este modelo, independentemente do seu capital social, e mesmo que não se preveja a possibilidade de ser nomeada uma comissão executiva.

⁸⁵ Ainda que esta questão não coloque, na prática, especiais problemas, dado que o modelo anglo-saxónico é especialmente adequado às grandes sociedades anónimas, que contam com um elevado número de administradores, o legislador deve, numa futura revisão ao CSC, alterar a lei, dissipando dúvidas que possam existir quanto a esta matéria.

⁸⁶ PAULO CÂMARA, «Os modelos de governo das sociedades anónimas», AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, (pp.179-242), p. 216.

⁸⁷ COUTINHO DE ABREU, *Governação das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2010, p. 64, nota 151bis; *Ibid.*, *Das Sociedade*, 2017, p. 64.

⁸⁸ JOSÉ COSTA PINTO, «Critérios legais de composição do conselho de administração», *RDS*, ano IV, n.º 3, 2012, (pp. 677-705), pp.690-692.

⁸⁹ Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Comissão executiva...», ob.cit., 2007, pp. 258-259. Para o Autor, atento o disposto no art. 423.º-B, n.º 2, que estabelece um número mínimo de três “administradores-audidores”, seria evidente que o conselho de administração nunca poderia ser singular, pelo que a norma do art. 278.º, n.º 5 revelar-se-ia desnecessária.

Numa terceira linha doutrinal, PAULO OLAVO CUNHA entende que o órgão de administração de uma sociedade que adote o modelo anglo-saxónico e tenha um capital social superior a €200.000, terá um número mínimo de cinco membros, sendo dois deles executivos. O Autor lembra, ainda, que uma interpretação adequada do disposto no n.º 5 do art. 278.º, implica considerar que, *“se a sociedade não puder legalmente funcionar com um único administrador – por ter um capital superior a €200.000 –, não tem sentido admitir que possa ser gerida, de facto e de direito, por um único administrador, apenas porque nominalmente existem mais três administradores que, aliás, não podem desempenhar funções executivas”*⁹⁰.

Seguindo a tese de PAULO OLAVO CUNHA surge ARMANDO TRIUNFANTE, afirmando que *“se se tratar de uma sociedade com mais de 200.000€ de capital pensamos que o número mínimo de administradores convencionais é de 2, porque se trata de uma corporação que não pode ser gerida por um único administrador”* pelo que, nesse caso, conclui que *“o conselho de administração será formado, no mínimo, por 5 administradores (2 convencionais e 3 para a comissão de auditoria – art. 423.º-B, n.º 2, CSC)”*⁹¹.

PAULO CÂMARA rejeita a tese de PAULO OLAVO CUNHA com base no argumento de que *“tal posição negligência, porém, que os membros da comissão de auditoria são igualmente administradores (art. 423.º-B, n.º1), e não o são apenas nominalmente”*⁹². Acrescenta ainda que *“exigir um número mínimo de cinco administradores em sociedade cujo capital social exceda 200.000 euros implicaria uma interpretação extensiva do n.º 5 do art. 278.º para chegar a uma pretensa proibição do administrador único executivo”*⁹³, o que implicaria uma menorização do estatuto do administrador não executivo que, na sua opinião, é contrária ao espírito da Reforma de 2006.

Por sua vez, PAULO OLAVO CUNHA não concorda com a tese defendida por PAULO CÂMARA pois considera que a mesma se baseia numa excessiva interpretação literal do n.º 5 do art. 278.º, levando ao entendimento de que nas sociedades que adotem este modelo nunca poderia existir formalmente um só administrador porque, por um lado, *“um mínimo de três administradores constituiria a Comissão de Auditoria que integra o Conselho de Administração”* e, por outro lado, *“os membros da Comissão de Auditoria*

⁹⁰ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2016, nt.1101, p. 769.

⁹¹ ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades...*, ob. cit., 2007, p. 376.

⁹² Cfr. PAULO CÂMARA, «O Governo das Sociedades...», ob.cit., 2008, p. 105.

⁹³ *Ibid.*, p. 105.

não são substancialmente administradores; apenas o são formalmente, para tomarem assento no Conselho”⁹⁴. O pensamento de ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS também é alvo de crítica por parte de PAULO OLAVO CUNHA pois considera este Autor que aquele retira no preceito uma leitura contrária, *i.e.*, parte do entendimento de que nestas sociedades têm de existir sempre pelo menos dois administradores sendo essa a *ratio* da proibição do n.º 5 do art. 278.º.

Na esteira do entendimento perfilhado por PAULO OLAVO CUNHA, uma interpretação conjugada e sistemática do n.º 5 do art. 278.º e o n.º 2 do art. 390.º, permite-nos concluir que, tendo a sociedade um capital social superior a €200.000, o órgão de administração terá de ter, em qualquer circunstância, o mínimo de cinco membros sendo obrigatoriamente dois deles de natureza executiva. Esta é, então, a melhor conclusão da análise sistemática das normas que regulam estas matérias, mais concretamente, com base numa interpretação adequada do disposto no n.º 5 do art. 278.º, que proíbe as sociedades que acolham o modelo anglo-saxónico de ter um único administrador evitando, assim, que esse administrador único conduza a sociedade com total liberdade.

5) O afastamento de funções executivas

A comissão de auditoria é composta por uma parcela dos membros do conselho de administração que se encontram proibidos de exercer funções executivas, tal como resulta do n.º 3 do art. 423.º-B. Esta proibição significa ainda que os membros da comissão de auditoria *“não podem exercer funções executivas nem como administrador-delegado ou membro da comissão executiva, nem como membro do conselho de administração”*⁹⁵. Assim, de uma forma geral, encontram-se impedidos de executar os atos próprios da administração e, por isso, não é correto afirmar que os membros da comissão de auditoria podem receber ou delegar poderes de gestão, pois nunca possuíram tais poderes.

Quanto à delimitação do conceito de “funções executivas” a doutrina não é unânime e, por isso, importa apurar se as mesmas abrangem todas as tarefas de administração em sentido amplo (gestão ou atividade interna e a representação da sociedade) ou apenas a chamada “gestão corrente” da sociedade.

A primeira perspetiva, acolhida por ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, parte da

⁹⁴ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2016, nt.1101, p. 769.

⁹⁵ Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Administradores delegados e comissões executivas. Algumas Considerações*, 2ª ed., Cadernos, n.º 7, IDET, Almedina, Coimbra, 2011, (pp.7-119), p. 100.

dissociação entre a atividade técnico-operativa e a atividade deliberativa ou representativa da sociedade. Na primeira, o exercício de funções executivas, reservadas aos administradores executivos, correspondem às funções de gestão corrente⁹⁶ da sociedade enquanto gestão quotidiana. Por seu turno, as funções de deliberação e de representação estão também ao alcance dos membros da comissão de auditoria que tem a possibilidade de participar nas reuniões e deliberações do conselho de administração, exceto no que respeita (1) às matérias de gestão corrente, (2) às matérias delegadas ou delegáveis⁹⁷ na comissão executiva⁹⁸, pois a lei ao permitir que estas últimas sejam da competência da comissão executiva tal significa que têm uma natureza executiva, bem como (3) todas as matérias que sejam indelegáveis (cfr. n.º 4 do art. 407.º). Para chegar a esta conclusão, o Autor baseia o seu raciocínio em três argumentos: em primeiro lugar, o termo “executivo” no que respeita ao conselho de administração executivo no modelo germânico, abrange as funções de gestão e de representação da sociedade, tal como decorre do art. 431.º. Depois, acrescenta que do n.º 3 do art. 407.º podemos extrair que as funções executivas delegadas na comissão executiva respeitam às matérias de “*gestão corrente da sociedade*”⁹⁹. Por fim, socorre-se da Recomendação da Comissão n.º 2005/162/CE, de 15 de fevereiro¹⁰⁰ que faz corresponder as funções do administrador executivo à gestão corrente da sociedade.

A segunda orientação, defendida por PAULO CÂMARA, considera que os membros da comissão de auditoria devem “*colaborar no processo de tomada de decisão nas matérias não delegadas*”¹⁰¹. Quer isto dizer, numa leitura *a contrario*, que as restrições ao exercício de funções executivas por parte dos membros da comissão de auditoria dizem

⁹⁶ Para COUTINHO DE ABREU, «Corporate Governance em Portugal», AA.VV., *Miscelâneas*, n.º 6, IDET, Almedina, 2010, (pp. 7-47), p.19, a gestão corrente coincide com a gestão “*técnico-operativa quotidiana da sociedade*”. Por sua vez, considerando que não cabe, na designação de gestão corrente, a “alta administração” entendida como “*a realização de escolhas estratégicas para a sociedade e a definição dos seus objetivos gerais*”, mas já a execução das decisões tomadas sobre esta matérias vd. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Administradores delegados...*, 2011, p. 35.

⁹⁷ Cfr. art. 406.º e n.º 4 do art. 407.º.

⁹⁸ Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Comissão executiva...», ob.cit., 2007, p. 260. Considerando que aos membros da comissão de auditoria “*não podem ser cometidos encargos especiais de certas matérias de administração (...) nem delegados poderes de gestão corrente da sociedade*” não podendo, também, “*integrar a comissão executiva ou desempenhar de facto funções gestórias da empresa*” surge JOÃO CALVÃO DA SILVA, «“Corporate Governance...”», ob.cit., 2007, p. 122.

⁹⁹ Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Administradores delegados...*, 2011, p. 101.

¹⁰⁰ Cfr. Ponto 2.3 da Recomendação.

¹⁰¹ PAULO CÂMARA, «O Governo das Sociedades...», ob.cit., 2008, p. 106.

respeito às matérias delegadas (cfr. n.º 4 do art. 407.º e art. 406.º).

Na nossa opinião, quando a lei impede “*o exercício de funções executivas na sociedade*” aos membros da comissão visa exprimir que a função destes, no seio da sociedade, se prende com a apreciação crítica (com a inerente fiscalização) das decisões da administração e, por isso, não podem tomar decisões de carácter executivo pois, caso contrário, estariam a participar ativamente na administração da sociedade. Deste modo, o sentido da expressão “funções executivas” abrange qualquer uma das funções cometidas ao conselho de administração mencionadas no art. 405.º e desenvolvidas pelo art. 406.º.

6) O afastamento da atividade deliberativa

Uma outra questão passa por saber se a proibição do exercício de funções executivas que recai sobre os membros da comissão os impede de participar e votar nas deliberações do conselho de administração sobre matérias de gestão corrente.

Como se disse *supra*, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS entende que “*a proibição do exercício de funções executivas não implica afastar os membros da comissão de auditoria da actividade deliberativa e de representação do conselho de administração*”¹⁰². Porquanto, “*apenas podem deliberar quanto a matérias de administração que não sejam sobre gestão corrente*”¹⁰³, já que têm o *poder-dever* de participar nas reuniões do conselho de administração e de tomar parte das deliberações deste, tal como resulta da al. b) do n.º 1 do art. 423.º-G¹⁰⁴. Quer isto dizer que nas situações em que os membros da comissão podem tomar parte na deliberação votando, são considerados para efeitos de determinação do quórum¹⁰⁵. Como forma de ultrapassar este problema, o Autor defende a necessidade de os estatutos da sociedade preverem a

¹⁰² Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Comissão executiva...», *ob.cit.*, 2007, p. 260.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 261.

¹⁰⁴ No ordenamento jurídico italiano, parece ser outra a leitura que alguns autores perfilham relativamente ao estatuto dos membros do *comitato per il controllo sulla gestione*, nomeadamente, PAOLO VALENSISE, *La riforma delle società*, I, a c. di Michele Sandulli/Vittorio Santoro, G. Giappichelli, Torino, 2003, p. 747, ao considerar que os administradores membros do *comitato* são caracterizados por serem estranhos à gestão da sociedade, o que se justifica pela necessidade de separar a gestão do controlo da própria sociedade. Com outra leitura surge FRANCO BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, VIII, Giuffrè, Milano, 1985, p. 285, ao considerar que os membros do comité de controlo da gestão podem participar no conselho, na discussão dos pontos da ordem do dia e na votação, mas apenas no quadro do próprio conselho de administração e nunca de forma individual.

¹⁰⁵ Sobre a imperatividade do quórum deliberativo e o funcionamento por maioria do conselho de administração vd. PEDRO MAIA, «Função e Funcionamento do Conselho de Administração das Sociedades Anónimas», *Studia Iuridica*, n.º 62, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2002, p. 215-229.

delegação de poderes¹⁰⁶, sob pena de o conselho de administração ficar paralisado quanto à tomada de deliberações sobre matéria de gestão corrente da sociedade, por falta de quórum.

Por seu turno, PAULO CÂMARA¹⁰⁷, considera que os membros da comissão apenas estão impedidos de intervir e votar nas deliberações do conselho de administração que respeitem às matérias delegadas. Contrariamente, COUTINHO DE ABREU¹⁰⁸, RICARDO COSTA¹⁰⁹ e PAULO DE TARSO DOMINGUES¹¹⁰ entendem que os administradores não executivos e membros da comissão de auditoria, podem intervir e votar das deliberações sobre a gestão executiva da sociedade, na medida em que, só estará aqui em causa um verdadeiro exercício de funções executivas quando se praticarem atos de execução dessas deliberações sobre matérias de gestão corrente. Por outras palavras, ainda que a lei restrinja as funções respeitantes à gestão da sociedade (incluindo a representação), tal restrição não pode ser interpretada extensivamente, sob pena de esvaziar a posição dos membros da comissão de auditoria enquanto administradores. Deste modo, devem os administradores-audidores ser levados em conta no que respeita aos quóruns constitutivo e deliberativo nas reuniões do conselho de administração.

Salvo melhor opinião, da análise que procedemos da comissão de auditoria, parece-nos que, num modelo de governação como o anglo-saxónico, baseado num sistema de *autocontrolo*, há uma maior proximidade do exercício da atividade fiscalizadora relativamente à administração, dado que a comissão atua dentro do conselho de administração, e tal é sinónimo de um sistema mais eficaz de controlo societário.

Ao passo que o modelo clássico promove uma fiscalização exterior à administração sem possível interferência na gestão, o “*modelo anglo-saxónico consuma o paradigma da fiscalização interna, no qual os membros da comissão de auditoria desempenham uma dupla função, sendo a um tempo co-decisoros e a outro tempo fiscalizadores dos actos*”

¹⁰⁶ ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Comissão executiva...», ob.cit., 2007, pp. 266-267.

¹⁰⁷ Cfr. PAULO CÂMARA, «Os modelos de governo das sociedades anónimas», ob.cit., 2007, p. 218.

¹⁰⁸ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2ª ed., Cadernos n.º 5, IDET, Almedina, Coimbra, 2010, p. 56, nt. 110.

¹⁰⁹ Para RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, ob.cit., pp. 678-679, “o limite lógico ao voto deveria ser o conflito de interesses com as funções de controlo exercidas pela comissão de auditoria – portanto, o conflito traduzido pelo seu “duplo papel” – e esse sem sequer é previsto como causa de impedimento”.

¹¹⁰ Cfr. PAULO DE TARSO DOMINGUES, «O exercício de funções de administração por parte dos órgãos fiscalizadores», *CDP*, n.º 46, 2014, (pp. 3-13), p.11.

praticados pela gestão executiva”¹¹¹. Deste modo, a fiscalização inclusa na administração permite um controlo societário mais eficaz devido a duas ordens de razão: primeiro, porque a fiscalização é exercida no momento da decisão e não *a posteriori*; depois, porque os fiscalizadores possuem toda a informação de que dispõem os administradores no momento da tomada de decisão.

Como tivemos oportunidade de referir, os membros da comissão de auditoria exercem funções de fiscalização ainda que com a qualidade formal de administradores e, por isso, são administradores apenas nominalmente. Neste sentido, não devem ser considerados, para efeitos de quórum constitutivo e deliberativo do conselho de administração, os membros da comissão de auditoria, sob pena de votarem uma determinada deliberação do conselho que, mais tarde, acabaria por ser alvo de fiscalização pelos membros daquela comissão aplicando-se, analogicamente, o regime do impedimento de voto¹¹². Não obstante, esta restrição aplica-se apenas ao voto e não à presença pois, como sabemos, os membros desta comissão têm o poder-dever de participar nas reuniões do conselho de administração, pronunciando-se sobre qualquer proposta que venha a ser aprovada, estabelecendo, desde logo, a sua posição sempre que esta for conveniente para a prossecução do interesse social.

¹¹¹ Cfr. PAULO CÂMARA, «O Governo das Sociedades...», ob.cit., 2008, p. 121.

¹¹² Seguimos o pensamento de MARIANA FERRAZ VIVEIROS, «A Comissão de Auditoria...», ob.cit., 2017, p. 382.

Na medida em que o modelo anglo-saxónico permite uma clara interseção das funções de fiscalização e administração, tal levanta um conjunto de problemas de regime, que, sob a designação de “problemas funcionais”, passaremos, de seguida, a analisar.

1) O estatuto ambivalente do administrador-auditor como fiscalizador e administrador

Os membros da comissão de auditoria são simultaneamente fiscalizadores e administradores¹¹³, ainda que a sua atividade administrativa seja “*compartimentada por força da lei ao quinhão da administração «não executiva»*”¹¹⁴. Perante isto, a doutrina tem destacado a *natureza bicéfala*¹¹⁵ da comissão de auditoria, porquanto, enquanto administradores, mantêm as mesmas competências e poderes dos restantes membros do conselho de administração, mas compete-lhes ainda a fiscalização da própria administração e do ROC. Subjacente à qualificação dos membros da comissão de auditoria como administradores está a ideia de uma maior proximidade do órgão de fiscalização relativamente à administração da sociedade, o que, por sua vez, traduz um acompanhamento mais efetivo e eficaz das decisões da gestão.

Os administradores-audidores desempenham, precipuamente, uma função de fiscalização idêntica à do conselho fiscal. Deste modo, são responsáveis pela verificação da regularidade das políticas e documentos contabilísticos, pelo processo de *reporting* financeiro, pelo controlo interno e gestão de riscos ou, de forma mais ampla, pela vigilância e supervisão do cumprimento da lei e dos estatutos. Contudo, no exercício destas funções, e na medida em que elas são também exercidas por administradores de pleno direito, ainda que limitada à administração não executiva, os administradores-audidores têm um especial dever de vigilância sobre a atividade do órgão de

¹¹³ SANDRA VERA-MUÑOZ, «Corporate governance reforms: Redefined expectations of audit committee responsibilities and effectiveness», *Journal of Business Ethics*, n.º 62, 2005, p. 123, defende que os membros da comissão de auditoria devem manter, na sua atuação enquanto administradores, uma postura de vigilantes e, sempre que necessário, devem desafiar a administração.

¹¹⁴ Cfr. RICARDO COSTA, «Comissão de auditoria e “administrador-auditor”: um estatuto ambivalente», *IV Congresso DSR*, (coord. Pedro Pais de Vasconcelos, Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Coimbra, Almedina, 2016, p. 81.

¹¹⁵ Designação empregue por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização...», ob.cit., 2007, p. 835.

administração¹¹⁶.

Como salienta GABRIELA FIGUEIREDO DIAS¹¹⁷, “*a duplicidade de funções assumida pelos membros não executivos do conselho de administração que integram a comissão de auditoria*” suscita algumas questões quanto aos padrões do seu comportamento, nomeadamente “*saber se ao participarem nas deliberações do conselho de administração, decidem ou fiscalizam; se lhes é exigível que analisem o acto sujeito a deliberação na perspectiva técnica e estática de um fiscalizador*” e, por fim, saber “*se é possível que o administrador não executivo vote favoravelmente uma decisão de gestão que depois vem a rejeitar no âmbito da sua actividade de fiscalização*”¹¹⁸. Veremos, adiante, cada uma destas questões.

2) Os deveres legais dos administradores-audidores

Da leitura do art.423.º-G podemos extrair que, também aqui, o art. 422.º, relativo aos deveres do fiscal único e conselho fiscal, serviu de inspiração para o legislador. Contudo, diferentemente do que sucede com o elenco das competências de ambos os órgãos que, como vimos, não apresenta qualquer elemento díspar, o mesmo já não sucede no âmbito dos deveres¹¹⁹, dado que o legislador ponderou alguns interesses próprios da comissão de auditoria, levando à consagração de diferentes soluções.

O art. 423.º-G elenca, por um lado, um conjunto de deveres a que estão sujeitos os membros da comissão e, por outro lado, deveres que devem nortear a atuação do presidente desta mesma comissão.

Ora, de acordo com a parte final da al. a) do art. 423.º-G incumbe aos membros da comissão o dever de “*participar nas reuniões da comissão de auditoria, que devem ter, no mínimo, periodicidade bimestral*”¹²⁰, ou seja, estas deverão ocorrer, pelo menos, de

¹¹⁶ A corroborar a faceta fiscalizadora da comissão de auditoria, veja-se a ressalva da inaplicabilidade do disposto na al. b) do n.º1 do art. 414.º-A por reenvio do n.º 3 do art.423.º-B, *i.e.*, no que respeita ao exercício simultâneo de funções como administrador na sociedade.

¹¹⁷ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização...», *ob.cit.*, 2007, p. 835-836.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 836.

¹¹⁹ Para maiores desenvolvimentos v. FÁTIMA GOMES, «Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redação do artigo 64.º do CSC», *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II – *Vária*, Coimbra Editora, 2007, pp.551-569.

¹²⁰ Nada impede que, sempre que se justifique, os membros da comissão possam agendar reuniões menos espaçadas no tempo.

dois em dois meses. Têm, por isso, uma frequência superior àquela que se encontra definida para o conselho fiscal, que deve reunir de três em três meses. Nestas reuniões a comissão poderá “aprovar um regulamento inerente ao seu funcionamento e fazer-se assistir no desempenho das suas funções por consultores e assessores próprios, independentes do órgão de administração e que sejam, por isso, diretamente contratados”¹²¹.

A al. b) prevê o dever de “participar¹²² nas reuniões do conselho de administração e da AG”¹²³ e “nas reuniões da comissão executiva onde se apreciem as contas do exercício” (al. c)). Quanto ao dever de segredo (al. d)), este é estabelecido em termos análogos ao disposto para os membros do conselho fiscal, e traduz-se na proibição de os membros da comissão divulgarem informações e factos que tenham tido conhecimento. Efetivamente, o acesso direto à informação dos membros desta comissão, que acontece por via daquela outra condição de administradores, impõe a fixação de regras quanto à utilização dessa informação e que se concretiza neste dever de segredo.

Por fim, os membros da comissão de auditoria estão incumbidos de “registar por escrito todas as verificações, fiscalizações, denúncias recebidas e diligências que tenham sido efetuadas e o resultado das mesmas” (al. e)).

Quanto aos deveres específicos do presidente da comissão de auditoria, para além dos deveres gerais que lhe cabem, enquanto membro desta comissão, importa ainda referir o dever de vigilância¹²⁴ (art. 420º-A *ex vi* do n.º 2 do art. 423.º-G) que, no contexto do modelo clássico, é atribuído ao ROC. Esta opção do legislador prende-se com o facto de os membros da comissão estarem obrigados, num primeiro momento, a comunicar as irregularidades que venham a tomar conhecimento aos membros executivos do conselho

¹²¹ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2016, p.882.

¹²² Cumpre salientar que o termo “participar” não pode significar, como vimos, votar nas respetivas deliberações.

¹²³ O n.º 4 do art. 379.º não faz referência aos membros da comissão de auditoria pela desnecessidade decorrente do facto de, sendo administradores, deverem igualmente estar presentes nessas reuniões. Nesse sentido veja-se PAULO BANDEIRA, «A fiscalização das sociedades comerciais», AA.VV., *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto de Corporate Governance, Almedina, Coimbra, 2014 (pp. 101-129), p. 126.

¹²⁴ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, IDET, Almedina, 2015, p. 705, considera que “não estando os membros da comissão de auditoria obrigados, como o estão os membros do conselho fiscal (art. 422.º, n.º 2), a comunicar à assembleia geral as irregularidades de que porventura tomem conhecimento (devendo fazê-lo em primeira instância aos membros executivos do conselho de administração), é deixado nas mãos do presidente da comissão de auditoria o acionamento dos mecanismos de prevenção estabelecidos no art. 420.º-A”.

de administração, cabendo ao presidente da comissão lançar mão dos mecanismos previstos no art. 420.º-A. Por fim, o presidente da comissão de auditoria tem também o dever de “*participar ao Ministério Público os factos delituosos de que tenha conhecimento e que constituam crimes de natureza pública*” (n.º 3 do art. 423.º-G).

Da analogia entre o art. 423.º-G e o preceito relativo aos deveres dos membros do conselho fiscal resulta a omissão de dois deveres: (i) a obrigação de comunicar, na primeira AG, todas as irregularidades e inexactidões que puderam reparar no exercício das respetivas atividades de fiscalização (al. e) do n.º1 do art.422.º) e (ii) o dever de todos os membros do conselho fiscal exercerem uma fiscalização conscienciosa e imparcial (al. b) do n.º1 do art.422.º).

A primeira omissão, resultante da conjugação dos arts. 423.º-G, n.º2 e 420.º-A, justifica-se pela especial relação de proximidade entre os administradores executivos e os administradores não executivos, membros da comissão da auditoria. Para ARMANDO TRIUNFANTE “*a responsabilidade de actuar sobre essas irregularidades e inexactidões recairá sobre o presidente da comissão de auditoria, no exercício do seu dever de vigilância, mas que, ainda assim, deve primeiro procurar o presidente do conselho de administração*”¹²⁵ como primeiro nível de comunicação e, na sua insuficiência, deve o assunto chegar à AG.

A segunda omissão, relativa ao dever de os membros da comissão exercerem uma fiscalização conscienciosa e imparcial, tem uma explicação quase evidente, pois este dever decorre, desde logo, do dever geral de cuidado e diligência previstos no n.º 2 do art. 64.º, dado que os membros do órgão de fiscalização devem atuar de forma mais diligente comparativamente aos restantes órgãos sociais e, portanto, nenhuma dúvida suscitará quanto à necessidade de os membros da comissão de auditoria deverem pautar a sua atuação por aqueles valores, sob pena de responsabilidade e destituição com justa causa.

3) Da responsabilidade civil dos administradores-audidores

Decorrente do facto de os membros da comissão de auditoria cumularem funções de administração e de fiscalização é necessário definir os respetivos quadros de responsabilidade a que estes, eventualmente, possam vir a responder.

Ainda que a Reforma de 2006 tenha densificado as responsabilidades atribuídas ao

¹²⁵ ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades...*, ob.cit., 2007, p. 451.

órgão de fiscalização, no nosso caso, à comissão de auditoria, o CSC não especificou a que título devem os seus membros responder. Ora, naturalmente, que o elenco de funções de fiscalização cometidas aos membros desta comissão repercute-se no tipo de responsabilidade que sobre eles impende. Deste modo, surge a questão de saber se, em matéria de responsabilidade civil, devem responder de acordo com as regras aplicáveis aos órgãos de fiscalização ou segundo as regras da responsabilidade civil prescritas para os administradores, já que são distintos os deveres que recaem sobre uns e outros quer quanto à sua tipologia, quanto à sua densidade, quanto aos pressupostos da responsabilidade e, por fim, quanto ao modo de cumprimento desses deveres.

GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, partindo do entendimento de que os membros da comissão de auditoria atuam “*sob um duplo chapéu – de administradores e fiscalizadores*”¹²⁶, considera que tal justifica que “*os administradores e membros do conselho de auditoria atuem claramente no exercício exclusivo de apenas uma destas funções que lhe cabem – de administração ou de fiscalização – e possam ser responsabilizados de acordo com as respetivas regras específicas de responsabilidades*”¹²⁷ sendo, no primeiro caso, aplicável o disposto no n.º1 do art. 64.º e arts. 72.º a 79.º e, no segundo caso, o n.º 2 do art. 64.º e art. 81.º.

Por sua vez, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS defende que, pelo facto de alguns dos administradores serem membros da comissão não exclui, quanto a eles, o regime da responsabilidade dos administradores. O Autor acrescenta que deve ser feita uma análise casuística da atuação do administrador-auditor, *i.e.*, torna-se necessário aferir se atua ao abrigo do seu estatuto enquanto administrador ou como fiscalizador sendo que, as consequências da violação de deveres enquanto membro da comissão de auditoria “*não se estendem sem mais aos membros do conselho de administração que não são membros da comissão de auditoria*”¹²⁸.

Qualificando a comissão de auditoria como tendo “*natureza mista*”¹²⁹ surge ARMANDO TRIUNFANTE e PAULO CÂMARA. Este último Autor considera que “*a predita natureza bicéfala das funções que são cometidas aos membros da comissão de*

¹²⁶ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil...*, ob cit., 2006, p. 89.

¹²⁷ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, IDET, Almedina, 2017, p.1008.

¹²⁸ ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Comissão executiva...», ob.cit., 2007, p. 264.

¹²⁹ ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades...*, ob.cit., 2007, p. 441

*auditoria*¹³⁰” implica diferenciações no regime jurídico aplicável, consubstanciando, deste modo, desvios ao regime geral aplicável aos demais administradores.

JOÃO CALVÃO DA SILVA considera que “*a amplitude da vigilância — vigilância especial, analítica, circunstanciada — da gestão pela comissão de auditoria (art. 423.º-F) é muito superior à da vigilância geral pelos administradores delegantes (art. 407.º, n.º 8)*” e, portanto, “*este papel acrescido de monitorização e controlo especial da gestão, em substituição do conselho fiscal, poderá em teoria traduzir-se em responsabilidade (art. 81.º, n.º 1) acrescida dos membros da comissão de auditoria, suposto activo cãõ de guarda da gestão e das auditorias (interna e externa), por incumprimento ou cumprimento imperfeito dos seus amplos e específicos deveres legais de vigilância (art. 423.º-F), nos termos aplicáveis dos arts. 72.º a 77.º, do art. 78.º e do art. 79.º*”¹³¹.

Como vimos, a dúplice esfera de funções a que estão submetidos os administradores-audidores deverá ser tomada em linha de conta na apreciação da sua responsabilidade, seja enquanto administradores, por violação do dever de vigilância estatuído na 2ª parte, do n.º 8 do art. 407.º, seja enquanto fiscalizadores, ao abrigo do art. 81.º. Deste modo, a sua responsabilidade terá que ser aferida de forma casuística, em consonância com a função – de administração ou de fiscalização – desempenhada¹³².

Quanto ao tipo de responsabilidade em causa e como defendemos *supra*, aos membros dessa comissão é-lhes proibido exercer funções executivas e, por seu turno, está também vedada a participação nas deliberações colegiais do conselho de administração.

Para JOÃO CALVÃO DA SILVA os administradores-audidores estão sujeitos a uma responsabilidade por culpa própria *in vigilando*¹³³, e, por isso, respondem com os administradores executivos nos termos do n.º 2 do art. 81.º. Por seu turno, COUTINHO DE ABREU considera que os administradores não executivos, membros da comissão de auditoria, podem intervir e votar das deliberações do conselho sobre matérias de gestão, concluindo, dessa forma, que a responsabilidade destes não pode ser exclusivamente uma

¹³⁰ PAULO CÂMARA, «O Governo das Sociedades...», ob. cit., 2008, pp. 106-107.

¹³¹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, «“Corporate Governance...”», ob.cit., 2007, pp. 129-130.

¹³² Considerando também que a responsabilidade dos membros da comissão depende da “*natureza do acto em causa*” veja-se TIAGO ESTEVÃO MARQUES, *Responsabilidade Civil dos Membros de Órgãos de Fiscalização das Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 61.

¹³³ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, «“Corporate Governance...”», ob.cit., 2007, p. 131. Também PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, ob. cit., 2013, p. 300, considera que a responsabilidade dos membros da comissão de auditoria só poderá advir de *culpa in vigilando*, à semelhança do que se passa com a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização, uma vez que não exercem funções de gestão nem de representação da sociedade.

responsabilidade *in vigilando*. Acresce que os administradores-audidores “*podem responder solidariamente com os executivos, ora na qualidade de administradores (p.ex., juntamente com os executivos adoptaram deliberação em conselho), ora na qualidade de auditores-fiscalizadores (v. os arts. 81.º, 2, 423.º-F – esta “fiscalização” é mais exigente do que a “vigilância geral” referida no art.407.º, 8)*”¹³⁴.

Face a toda esta exposição, impõe-se uma tomada de posição. Como referimos, a atividade exercida pelos administradores não executivos que pertencem à comissão consubstancia-se unicamente na fiscalização da sociedade e, por isso, não cremos que sejam um órgão bivalente. Assim, a sua responsabilidade afere-se pelos mesmos termos da responsabilidade dos administradores, tal como decorre do n.º 1 do art. 81.º. Acresce que os “*membros de órgãos de fiscalização respondem solidariamente com os gerentes ou administradores da sociedade por atos ou omissões destes*” (cfr. n.º 2).

Defendemos também a aplicação aos membros da comissão, enquanto órgão de fiscalização, do princípio da *business judgment rule*, pois ainda que a sua atuação esteja sujeita a critérios estritos de legalidade, existe uma certa margem de discricionariedade no desempenho das respetivas funções. Quer isto dizer que os membros da comissão de auditoria veem a sua responsabilidade afastada quando demonstrem ter atuado de forma racional, informada e sem qualquer interesse pessoal no ato em causa.

No seguimento do nosso raciocínio, as funções que são cometidas aos membros da comissão de auditoria traduzem-se num superior dever de vigilância comparativamente aos restantes administradores presente no n.º 8 do art. 407.º, sendo que, a violação deste dever origina uma responsabilidade mais acentuada que, por sua vez, originará um nível mais agravado de culpa. Contrariamente à tese aqui defendida, surge PAULO CÂMARA, ao considerar que “*a responsabilidade dos membros da comissão de auditoria, pautar-se-á pelo regime mais brando fixado no art. 407.º, n.º 8, para os administradores não executivos em geral*”¹³⁵.

Concluimos que a Reforma de 2006 procurou reforçar o sistema de fiscalização nos diversos modelos de governação com a conseqüente densificação dos deveres a observar no exercício da respetiva função e tal coaduna-se com o reforço da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização.

¹³⁴ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, ob.cit., nt.110, 2010, p.56 e em sentido convergente GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil...*, ob.cit., 2006, pp. 88-90.

¹³⁵ Cfr. PAULO CÂMARA, «O Governo das Sociedades...», ob. cit., 2008, p. 106.

4) A eleição e substituição de membros da comissão de auditoria

Ao abrigo do disposto no n.º 2 do art. 423.º-C, é obrigatória a designação discriminada dos membros que venham a integrar a comissão de auditoria¹³⁶. No entanto, é habitual que estes membros, candidatos a integrar a comissão de auditoria, sejam enunciados nos últimos lugares das listas.

Como já afirmado, o art. 392.º, por forma a dar expressão aos direitos de intervenção dos sócios minoritários, permite que o contrato de sociedade possa estipular regras especiais de eleição, dando possibilidade a sócios ou grupo de sócios minoritários propor e fazer eleger um ou mais membros que venham a integrar a comissão de auditoria.

Importa, então, saber se o administrador eleito em separado e de forma autónoma, ao abrigo das regras especiais de tutela das minorias estatuídas no art. 392.º, pode vir a ocupar o lugar do último administrador proposto para integrar a comissão de auditoria. De acordo com a tese adotada por PAULO OLAVO CUNHA, o administrador eleito ao abrigo do art. 392.º pode vir “*por substituição do último que consta (em absoluto) da lista, a integrar a comissão de auditoria e a exercer funções não executivas*”, pois é “*nesse órgão que melhor poderá representar os interesses que estão na base da sua eleição em separado, fiscalizando ativa e eficazmente a atividade da sociedade*”¹³⁷. Deste modo, o administrador eleito pelos minoritários substituirá automaticamente a pessoa que figurava em último lugar na lista dos membros a integrar a comissão.

Surge também a questão de saber se a representação das minorias no órgão de fiscalização podia ocorrer por aplicação direta do art. 392.º à comissão de auditoria. Ora, julgamos que a intenção do legislador, na ausência de remissão expressa para o art. 392.º, foi a de não aplicar este mecanismo de substituição aos membros do órgão de fiscalização no modelo de governação anglo-saxónico, uma vez que a aludida norma legal é aplicável ao conselho geral e de supervisão do modelo germânico por expressa remissão da lei (cfr.

¹³⁶ Para PAULO CÂMARA em «Os modelos de governo das sociedades anónimas», ob.cit., 2007, p. 220 “*o mesmo há-de entender-se em relação aos membros executivos – mesmo no silêncio da lei – dado não ser admissível que este modelo funcione sem membros executivos do órgão de administração*”.

¹³⁷ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2016, p. 567. No mesmo sentido veja-se COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, ob.cit., 2015, p.252. Considerando que o critério em causa – encontrar-se no último lugar da lista – não se afigura razoável surge LUÍS FILIPE DE ARAÚJO, «Comissão de auditoria...», ob.cit., 2012, p. 175.

art.435.º, n.º 3), remissão essa que não existe para a comissão de auditoria¹³⁸.

Uma outra questão prende-se com o facto de a lei exigir que a comissão de auditoria das sociedades cotadas seja maioritariamente constituída por membros independentes (cfr. art. 423.º-B, n.º 5). Deste modo, admitindo que um dos membros já eleitos – que não o último da lista – não reúne este requisito, poder-se-á questionar como deve ser formada, afinal, a comissão. Ora, tal como defende PAULO OLAVO CUNHA¹³⁹, tese que acompanhamos, no silêncio da lei e do contrato, terá que se proceder a uma análise casuística. Se o candidato a administrador a substituir e eleito em separado – de entre os acionistas que votaram contra a lista de candidatos aprovada pela maioria – não preencher o requisito da independência, o presidente da AG pode optar entre (i) providenciar o administrador eleito como membro da comissão de auditoria ou (ii) devolver a competência aos acionistas e, estes últimos, terão que optar por escolher um administrador que esteja em condições para preencher uma das vagas da comissão de auditoria, caso em que o administrador eleito terá assento no conselho de administração, ou confirmar a designação do novo administrador que passará a integrar a comissão. No caso de o candidato a substituir reunir o requisito da independência, a sua designação só é válida se o administrador, eleito pela minoria, é também independente e, não o sendo, terá assento na administração da sociedade, mas não na comissão de auditoria. Em qualquer das duas situações descritas, o presidente da mesa da AG tem competência para decidir sobre esta matéria sem consultar previamente os acionistas tomando a decisão que melhor satisfaz o interesse social.

Por fim, importa ter em conta as regras respeitantes ao regime da substituição de administradores, previstas no n.º 3 do art. 393.º, e que são aplicáveis à comissão de

¹³⁸ Contrariamente, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades...*, ob.cit., 2007, pp. 444-445, considera que vale para a comissão de auditoria, uma vez autorizado estatutariamente, a possibilidade que os sócios ou grupo de sócios minoritários têm de propor e fazer eleger um ou mais membros da comissão de auditoria, ao abrigo das regras especiais de eleição a requerimento das minorias, expressamente previstas no art. 392.º. O Autor baseia o seu raciocínio no facto de os membros da comissão de auditoria serem administradores e, portanto, “*serão sempre de aplicar as regras que, nos termos gerais, se mostrem adequadas à especificidade da comissão de auditoria, como parece ser o caso do art. 392.º CSC*”.

¹³⁹ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2016, pp. 568-569. Já COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, 2015, pp. 252-253, considera não existir problema no caso de o último administrador da lista vencedora (e/ou último dos membros nela indicados para a comissão de auditoria) não reunir o requisito da independência, pois basta que o número de independentes legalmente exigido se mantenha com a substituição.

auditoria por via do art. 423.º-H¹⁴⁰. Faltando definitivamente – por impedimento, excesso de faltas, renúncia, acordo revogatório ou destituição – um ou mais administradores, haverá que se promover a respetiva substituição, em primeiro lugar, pela chamada de suplentes, na sua falta procede-se à cooptação e, não sendo esta feita dentro de sessenta dias a contar da falta, deve a comissão de auditoria designar o respetivo substituto.

5) A insusceptibilidade de representação da sociedade pelos administradores-audidores

Finalmente, um último assunto que importa aqui abordar, prende-se com a questão de saber se os administradores-audidores, que integram a comissão de auditoria, podem participar na esfera de representação¹⁴¹ da sociedade, ainda que em matérias de gestão não executiva.

A este propósito, é preciso ter presente a existência de dois casos em que a competência da comissão de auditoria resulta diretamente da lei: o primeiro desses casos, respeitante aos poderes legais de *representação ativa*, mais concretamente, da possibilidade de contratação de peritos (cfr. al. p) do n.º 1 do art. 423.º-F) e, o segundo caso, diz respeito à *representação passiva* quanto ao recebimento de comunicações de irregularidades (cfr. al. j) do n.º 1 do art. 423.º-F). A tudo isto acresce a inclusão dos membros da comissão na locução “*qualquer dos administradores*” tal como dispõe o n.º 3 do art. 408.º.

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS considera que o contrato de sociedade deve “*relativamente aos actos de carácter executivo, estabelecer que a vinculação da sociedade ocorre pela actuação de um certo número de administradores que permita a representação por quem não pertence à comissão de auditoria*”¹⁴².

Na nossa opinião, ainda que a qualificação legal dos membros da comissão de auditoria como administradores possa levar ao entendimento de que estes vinculam externamente a sociedade, creio que no exercício de funções executivas não se pode deixar de incluir a representação da sociedade e, por isso, os administradores-audidores não poderão intervir, em sua representação, mesmo no tocante a matérias não executivas,

¹⁴⁰ Ainda que o art. 423.º-H remeta apenas para o n.º 3 do art. 393.º consideramos que a fixação do número de faltas não justificadas a reuniões da comissão de auditoria deverá ser objeto de tratamento estatutário.

¹⁴¹ Para maiores desenvolvimentos v. RITA ALBUQUERQUE, «A vinculação das sociedades anónimas e a limitação dos poderes de representação dos administradores», *O Direito*, ano 139º, I, 2007, pp. 103-140.

¹⁴² Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Comissão executiva...», ob.cit., 2007, pp. 266-267.

i.e., de gestão não corrente¹⁴³. Esta restrição não se aplica, porém, aos membros não executivos que não integram a comissão de auditoria.

Contrariamente, há doutrina que defende a tese segundo a qual, os membros da comissão de auditoria, podem representar a sociedade, vinculando-a. Assim, com base na coerência de todo o sistema societário, não pode o estatuto da sociedade conferir tais poderes vinculativos somente aos administradores executivos. Tal sucede porque os aqueles que integram a comissão são, como vimos, administradores, ainda que sem funções executivas, e, por isso, “*nenhum administrador pode ficar privado, salvo os limites colocados pelos «poderes que a lei lhes confere» (a contrario, art. 423.º-B, n.º 3), como impõe o art. 409.º, n.º 1, do poder de representar e colaborar em plano de igualdade (...) no exercício de vincular a sociedade*”¹⁴⁴.

Partindo do nosso entendimento quanto à questão em análise, se os administradores-audidores executarem um ato ou celebrarem um negócio em nome da sociedade, na sua qualidade formal de administradores, estes não vão padecer de ineficácia, pois não é exigível ao terceiro que contrata com a sociedade que conheça o seu estatuto social bem como os administradores que não dispõem de poderes de vinculação da sociedade¹⁴⁵.

Podemos então concluir que os administradores-audidores devem abster-se de atuar em representação da sociedade, qualquer que seja o ato em causa, sendo, para esse efeito, indiferente do tipo de matérias em causa, *i.e.*, matérias de gestão corrente ou não. Para evitar dificuldades e dúvidas que a falta de clareza do regime atual possa vir a suscitar é conveniente e oportuno que os acionistas, no estatuto da sociedade, esclareçam o modo de como a sociedade se vincula através da intervenção dos seus administradores – que deverão, repita-se, ser administradores não auditores.

¹⁴³ No mesmo sentido PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, ob.cit., 2016, p. 880 e PAULO DE TARSO DOMINGUES, «O exercício de funções...», ob.cit., 2014, p.12.

¹⁴⁴ Cfr. RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, ob.cit., pp. 683-685.

¹⁴⁵ Em sentido contrário vd. PAULO DE TARSO DOMINGUES, «O exercício de funções...», ob.cit., 2014, pp.12-13.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável o mérito da reforma operada no universo do regime jurídico das sociedades comerciais com o Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, no que concerne à implementação de novos modelos de governação societária.

A Reforma de 2006 – a grande reforma das sociedades como parece justo considerá-la – e do seu contexto profundamente reformista, reflete a tomada de consciência do desgaste da ineficácia dos sistemas de fiscalização societária vigentes, dando corpo a um conjunto de novas regras que visaram criar mecanismos de fiscalização mais eficazes e eficientes.

A reforma apresenta o grande mérito de ousar revitalizar e adaptar ao contexto atual as estruturas de fiscalização tendo por base as exigências de bom governo e os princípios de *corporate governance*. Deste modo, passaram a ser admissíveis três modelos alternativos para o controlo da atividade desenvolvida no seio das sociedades anónimas, conferindo um espaço de ampla liberdade na seleção, mas também na conformação da forma de organização interna destas.

O modelo anglo-saxónico de governação societária diferencia-se dos restantes modelos pelo facto de a comissão de auditoria se encontrar instituída no seio do conselho de administração. Possui, por isso, a grande vantagem de permitir uma maior proximidade do exercício da atividade fiscalizadora relativamente à administração da sociedade, permitindo um controlo mais eficaz desta e, de um modo geral, da sociedade.

Os *audit committees* têm uma origem reconhecidamente norte-americana, sendo que o auge da sua evolução ocorreu com a aprovação da Lei *Sarbanes-Oxley Act*. Por sua vez, os Princípios de Governo das Sociedades do *American Law Institute* recomendaram que as sociedades com capital disperso, quer de pequena ou de grande dimensão, sejam dotadas de comissão de auditoria. No RU, o Relatório *Cadbury* recomendou a existência deste tipo de comissões para todas as sociedades cotadas, sendo esta a orientação confirmada pelos relatórios que lhe seguiram. A exportação do modelo anglo-saxónico para a Europa processou-se sobretudo por influência britânica, sendo o papel da comissão de auditoria reforçado pelo Relatório *Winter II* que seguiu a tendência retratada pelo Relatório *Cadbury*.

Do ponto de vista funcional, a comissão de auditoria, apesar de integrar o conselho de administração, é autónoma, e tem como objetivo a prevenção dos riscos inerentes às

atividades das sociedades – riscos operacionais, financeiros e de cumprimento –, servindo a proteção dos acionistas através de um escrutínio rigoroso do desempenho da gestão, favorecendo a qualidade da informação financeira e a verificação do cumprimento da lei e dos estatutos. Acresce que a existência de uma comissão integrada no seio do conselho de administração leva a que a fiscalização da sociedade se processe por *autocontrole*, garantindo, desse modo, uma maior efetividade e celeridade no processo de fiscalização.

Esta comissão é composta por uma parcela dos membros do conselho de administração, no mínimo de três, que são, pois, administradores, mas sem funções executivas, nomeados nos estatutos ou eleitos em AG, podendo ser pessoas singulares ou coletivas, incluindo sociedades de advogados ou SROC's, acionistas ou não acionistas com qualificações e experiência profissional adequada ao exercício das respetivas funções, cuja remuneração deve consistir numa quantia fixa e a sua destituição só pode ocorrer com justa causa.

A lei, por forma a assegurar que a função de fiscalização é desempenhada pelos membros da comissão de auditoria atendendo exclusivamente ao interesse social, exige que esses membros sejam dotados de independência, garantindo, dessa forma, uma atuação autónoma, imparcial, isenta e objetiva. Para além disso, os membros da comissão estão sujeitos às incompatibilidades previstas para o conselho fiscal ou fiscal único.

Os membros da comissão de auditoria estão impedidos de exercer funções executivas, pois entende o legislador que, muito embora sejam denominados como administradores, a sua função prende-se com a fiscalização da sociedade. Neste contexto, deve entender-se que a designação “funções executivas” compreende todas as tarefas de administração em sentido amplo (que inclui a gestão ou atividade interna e a representação da sociedade). Deste modo, os membros desta comissão devam ser entendidos como administradores mas apenas nominalmente e, ainda que tenham o poder-dever de participar nas reuniões do conselho de administração em que se discutem os planos gerais da atuação da sociedade, não podem tomar parte nas respetivas deliberações, sob pena de fiscalizarem simultaneamente as mesmas.

A atuação bicéfala dos membros da comissão de auditoria – a de administradores e a de fiscalizadores – fundamenta uma análise casuística da sua responsabilidade. Sustentamos a opinião de que incide sobre os administradores-auditores não apenas uma responsabilidade *in vigilando*, mas uma responsabilidade decorrente da sua posição enquanto órgão de fiscalização, estando, por seu turno, sujeitos aos deveres deste órgão. Acresce que sobre eles recai ainda um tipo de responsabilidade agravada decorrente da

sua obrigação específica de vigilância – e não um dever de vigilância geral – que, por sua vez, originará um nível mais agravado de culpa.

Desta sua posição de administradores-audidores decorre a impossibilidade de agirem em representação da sociedade, qualquer que seja o ato em causa e indiferente para o tipo de matéria em causa.

Como se disse, uma nota transversal a todo o Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, é a preocupação em reforçar as estruturas societárias destinadas à fiscalização das sociedades, de forma a contribuir para uma maior eficiência societária. É necessário também que o legislador dê uma resposta, o mais célere possível, para todas as questões que se colocam no seio da comissão de auditoria e, das respostas que daí se possam extrair, resultarão conclusões sobre a utilidade do modelo anglo-saxónico de governação das sociedades anónimas – nomeadamente, restringindo as funções dos membros da comissão de auditoria à fiscalização da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE – *Governança das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

— «Corporate Governance em Portugal», AA.VV., *Miscelâneas*, n.º 6, IDET, Almedina, 2010, pp. 7-47.

— *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2ª ed., Cadernos n.º 5, IDET, Almedina, Coimbra, 2010.

— *Curso de Direito Comercial*, Vol. II – *Das Sociedades*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2017 (cit. COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades*, 5ª ed., 2017).

— AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I (Artigos 1º a 84º), coord. por Jorge M. Coutinho de Abreu, IDET, Almedina, 2015 (cit. AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, 2015).

— AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI (Artigos 373º a 480º), coord. por Jorge M. Coutinho de Abreu, IDET, Almedina, 2015 (cit. AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, 2015).

ALBUQUERQUE, RITA – «A vinculação das sociedades anónimas e a limitação dos poderes de representação dos administradores», *O Direito*, ano 139º, I, 2007, pp. 103-140.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE – «Os administradores independentes», AA.VV., *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, coord. por António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 153-172.

— *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, Vol. I – *As Sociedades Comerciais*, 7ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2013 (cit. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*).

ARAÚJO, LUÍS FILIPE DE – «Comissão de auditoria: regras especiais de eleição e substituição de administradores (falta definitiva e cooptação)», AA.VV., *II Congresso DSR*, Almedina, 2012, pp. 171-179.

BANDEIRA, PAULO – «A fiscalização das sociedades comerciais», AA.VV., *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto de Corporate Governance, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 101-129.

CÂMARA, PAULO – «Códigos de Governo das Sociedades», CadMVM, n.º 15, dezembro, 2002, pp. 65-90.

— «Os modelos de governo das sociedades anónimas», AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, pp.179-242.

— «O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais», AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.9-141.

— «Vocação e influência universal do *corporate governance*: uma visão transversal sobre o tema», AA.VV., *O Governo das Organizações. A vocação universal do corporate governance*, Almedina, Coimbra, 2011, pp.13-42.

— «O Governo das Sociedades Anónimas», AA.VV., *O Governo das Organizações. A vocação universal do corporate governance*, Almedina, Coimbra, 2011, pp.43-94.

— / BRUNO FERREIRA, «A Identidade Lusófona da Governação de Sociedades», AA.VV., *A Governação de Sociedades Anónimas nos Sistemas Jurídicos Lusófonos*, Almedina, 2013, pp. 9- 32.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – «A grande reforma das sociedades comerciais», *O Direito*, ano 138º, III, 2006, pp.445-453.

— *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. II, *Das Sociedades em Especial*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.

— *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, coord. por António Menezes Cordeiro, 2.º ed., Almedina, 2011 (cit. MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*).

COSTA, RICARDO – «Comissão de auditoria e “administrador-auditor”: um estatuto ambivalente», *IV Congresso DSR*, (coord. Pedro Pais de Vasconcelos, Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Coimbra, Almedina, 2016.

— AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol.VI (Artigos 373º a 480º), coord. por Jorge M. Coutinho de Abreu, IDET, Almedina, 2015 (cit. AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, 2015).

CUNHA, DIOGO LEMOS E, – «A destituição de administradores de sociedades anónimas: em particular o alcance e o sentido da justa causa de destituição», *ROA*, ano 74, Vol. II, 2014, pp. 575-623.

CUNHA, PAULO OLAVO – «A designação de pessoas coletivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas.», *DSR*, ano 1, Vol. 1, 2009, pp. 165-213.

— «*Corporate & Public Governance* nas Sociedades Anónimas: primeira reflexão», *DSR*, ano 2, Vol. IV, 2010, p. 159-179.

— «Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais», AA.VV., *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, UCE, Lisboa, 2012, pp. 273-308.

— «A alteração do regime da caução dos administradores», *DSR*, ano 5, Vol. 9, 2013, pp. 297-304.

— *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 6ª ed, 2016.

COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS – Governo das Sociedades Anónimas: Proposta de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais, Consulta Pública n.º 1/2006, Lisboa, 2006, disponível para consulta online em <www.cmvm.pt> [documento eletrónico].

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

— «Estruturas de Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil», AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs.*

Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. I – Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, Vol. I, pp. 803-836 (existe sep.).

— «A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores», AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 277- 334.

— *Corporate Governance, Administração, Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil*, AA.VV., IPCG, Lisboa, 2007.

— AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol.VI (Artigos 373º a 480º), coord. por Jorge M. Coutinho de Abreu, IDET, Almedina, 2015 (cit. AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, 2015).

DOMINGUES, PAULO DE TARSO – «O exercício de funções de administração por parte dos órgãos fiscalizadores», *CDP*, n.º 46, 2014, pp. 3-13.

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 64.º do CSC», *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II – *Vária*, Coimbra Editora, 2007, pp.551-569.

GOMES, JOSÉ FERREIRA – «A Fiscalização Externa das Sociedades Comerciais e a Independência dos Auditores: a reforma europeia, a influência norte-americana e a transposição para o direito português», *CMVM*, n.º 24, Novembro, Lisboa, 2006 (pp. 180-216)

— *Da Administração à Fiscalização das Sociedades. A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, Almedina, Coimbra, 2015.

MAIA, PEDRO – «Função e Funcionamento do Conselho de Administração das Sociedades Anónimas», *Studia Iuridica*, n.º 62, , Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2002.

— «Tipos de sociedades comerciais», AA.VV., *Estudos de Direito das Sociedades*, coord. de Jorge M. Coutinho de Abreu, 12^a ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 13-39.

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

MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL – «Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração», AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 243-275.

— *Administradores delegados e comissões executivas. Algumas Considerações*, 2^a ed., Cadernos, n.º 7, IDET, Almedina, Coimbra, 2011, pp.7-119.

NEVES, RUI DE OLIVEIRA – «O Administrador Independente», AA. VV., *Código das Sociedades Comerciais e o Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, pp.143-194.

— «O Conflito de Interesses no Exercício de Funções de Fiscalização nas Sociedades Anónimas», in *Conflitos de Interesses no Direito Societário e Financeiro – Um Balanço a Partir da Crise Financeira*, Almedina, 2010, pp. 293- 313.

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

— «Os modelos de governo das sociedades anónimas – Os poderes-deveres dos *non-executive directors*», *IV Congresso DSR*, Almedina, 2016, pp. 51-77.

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

PINTO, JOSÉ COSTA – «Critérios legais de composição do conselho de administração», *RDS*, ano IV, n.º 3, 2012, pp. 677-705.

SILVA, ARTUR SANTOS – «Sistemas de Governo das Sociedades», in *Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*, AA.VV., IPCG, Lisboa, 2006, pp. 12-64.

SILVA, JOÃO SOARES DA – «O Action Plan da Comissão Europeia e o Contexto da Corporate Governance no Início do Século XXI», *CadMVM*, n.º 18, agosto, 2004, pp. 72-80.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA – «“Corporate Governance” – Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão», *ROA*, Ano 67, janeiro, I, 2007, pp. 103-158.

TRIUNFANTE, ARMANDO – *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

VIVEIROS, MARIANA FERRAZ – «A Comissão de Auditoria na prática societária portuguesa», AA.VV., *Estudos de Advocacia em Homenagem a Vasco Vieira de Almeida*, Almedina, Coimbra, 2017, pp.357-392.

BIBLIOGRAFIA RELATIVA A

ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

ESPAÑA

DE SOLÁ CAÑIZARES, FELIPE – *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Editorial Montaner y Simón, S.A., Barcelona, Tomo III, 1963.

GUERRA MARTÍN, GUILLERMO – «El Gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses. Su Influencia en el Movimiento de Reforma del Derecho Europeo», *Revista de Derecho de Sociedades*, 20.ª ed., Aranzadi, 2003.

SAN PEDRO, LUIS A. VELASCO – «O governo das sociedades cotadas (corporate governance) em Espanha: o “Relatório Olivencia”» trad., BFDC, Coimbra, Vol. LXXV, 1999, pp. 279-314.

— «El Comité de Auditoría», in *Derecho de Sociedades Anónimas cotizadas (Estructura de Gobierno Y Mercados)* AA.VV., Vol. II, Thomson/Aranzadi, 2006, pp. 1087-1126.

SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO J. – «Líneas generales del régimen del Comité de auditoría de las sociedades cotizadas», *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año nº 22, Nº 89, 2003, pp. 191-218

— «La reforma del comité de auditoría», in *Estudios em honor del Profesor Carlos Fernández-Novoa*, 2010, pp. 245-260.

SANZ PARAÍSO, LUIS FERNANDO – «Las comisiones de auditoría y cumplimiento», ESTEBAN VELASCO (coord.), *El Gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, pp. 373-418.

VERA-MUÑOZ, SANDRA – «Corporate governance reforms: Redefined expectations of audit committee responsibilities and effectiveness», *Journal of Business Ethic*, n.º 62, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, St. Paul, Minn., §3.05, §3A.02, 1994.

BIRKETT, BRENDA S., «The recent history of corporate audit committees», *The Accounting Historians Journal*, Vol. 13, n.º 2, 1986.

BRAIOTTA JR., LOUIS, *et al.* – *The audit committee handbook*, 4ª ed., Hoboken, NJ: Wiley, 2004.

ROMANO, ROBERTA – «The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance», *Yale Law Journal*, Vol.114, n.º 7, 2004.

SANTO, JOÃO ESPÍRITO – «O sistema “societário” norte-americano», *DSR*, ano 7, Vol. 13, 2015, pp. 153-181.

ITÁLIA

FORTUNATO, SABINO – «I “controlli” nella riforma del diritto societario», *Rivista delle Società*, anno 48°, 4, 2003, pp. 863-894.

FRANCO, BONELLI – *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, VIII, Giuffré, Milano, 1985.

GHEZZI, FEDERICO/RIGOTTI, MARCO – *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo: Artt. 2409 – octies – 2409 – noviesdecies c.c.*, Milano: Giuffrè, 2005, art. 2409 – noviesdecies.

VALENSISE, PAOLO – *La riforma delle società*, I, a c. di Michele Sandulli/Vittorio Santoro, G. Giappichelli, Torino, 2003.

REINO UNIDO/INGLATERRA

ARMOUR, JOHN/MCCAHERY, JOSEPH A., – «After Enron - Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US» in John Armour/Joseph A. Mccahery (Eds.), *Hart Publishing*, Oxford/Portland, 2006 (pp.1-26), disponível em <<https://ssrn.com/abstract=910205>> [documento eletrônico].

COLLIER, PAUL – «The rise of the audit committee in UK quoted companies: a curious phenomenon?» in *Accounting, Business & Financial History*, 2ª ed., Vol. 6, 1996.

SANTO, JOÃO ESPÍRITO – «O sistema “societário” inglês», *DSR*, ano 7, Vol.14, 2015, pp. 111-131.

ORDENAMENTOS JURÍDICOS DIVERSOS

DAVIES, PAUL, – «Board Structure in the UK and Germany: Convergence or Continuing Divergence?», *International and Comparative Corporate Law Journal*, 2ª ed., Vol. 4, 2001, pp. 436-437 e disponível em <<https://papers.ssrn.com>> [documento eletrônico].

WEIL, GOTSHAL & MANGES, – *Comparative Study of Corporate Governance Codes relevant to the European Union and Its Member States*, 2002, disponível em <www.ec.europa.eu> [documento eletrônico].

ANEXOS

Anexo 1: Lista de grandes sociedades e respetivo modelo de governação adotado

SOCIEDADE	MODELO DE GOVERNAÇÃO		
	Clássico	Anglo-saxónico	Germânico
Altri, SGPS, S.A.	x		
Banco BPI, S.A.			
Banco Comercial Português, S.A.		x	
Banif – SGPS, S.A.	x		
Brisa – Autoestradas de Portugal, S.A.	x		
Cimpor, Cimentos de Portugal, SGPS, S.A.			
Cofina – SGPS, S.A.	x		
Compta – Equipamentos e Serviços de Informática, S.A.	x		
CTT – Correios de Portugal, S.A.		x	
EDP – Energias de Portugal, S.A.			x
EDP Renováveis, S.A.		x	
Estoril Sol – SGPS, S.A.	x		
Finibanco – Holding, SGPS S.A.	x		
GALP Energia – SGPS, S.A.	x		
Grupo Media Capital – SGPS, S.A.		x	
Grupo Soares da Costa Construção – SGPS, S.A.	x		
Ibersol – SGPS, S.A.	x		
IMPRESA – SGPS, S.A.		x	
INAPA – Investimentos, Participação e Gestão, S.A.		x	
Jerónimo Martins – SGPS, S.A.		x	
Lisgráfica – Impressão e Artes Gráficas, S.A.	x		
Mota-Engil – SGPS, S.A.	x		
NOS – SGPS, S.A.	x		
Novo Banco, S.A.			x
Portucel – Empresa Produtora de Pasta de Papel, S.A.	x		
Reditus – SGPS, S.A.	x		
REN – Redes Energéticas Nacionais, SGPS, S.A.		x	
SEMAPA- Sociedade de Investimento e Gestão, SGPS, S.A.	x		
Sonae – SGPS, S.A.	x		
Teixeira Duarte, S.A.	x		
Toyota Caetano Portugal, S.A.	x		

Data de referência: 15.07.2019