

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE  
CATÓLICA  
PORTUGUESA

*A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no  
quadro do Modelo de Governação Societário Clássico*

Mestrado em Direito Empresarial

Inês Margarida Pinto de Castro Lemos Poupado

Dissertação de Mestrado elaborada sob a orientação do Exmo. Senhor  
Professor Doutor Paulo Olavo Cunha

Lisboa, Abril de 2016

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

**NOTA**

Todas as disposições legais citadas sem indicação de proveniência correspondem aos artigos do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo DL n.º 262/86, de 2 de Setembro, com as alterações subsequentes.

A presente dissertação encontra-se redigida de acordo com o novo acordo ortográfico.

Na Bibliografia, os autores são enunciados por ordem alfabética do último nome, em conformidade com a sistematização que é feita da matéria.

A citação de autores em nota de rodapé faz-se de acordo com as indicações bibliográficas em modo abreviado, indicando o último nome do autor, assim como a data das respetivas publicações e as páginas a que se reporta.

Esta dissertação, de um modo geral, tomou em consideração legislação, jurisprudência e doutrina nacionais publicadas ou divulgadas até 30 de Abril de 2016.

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

**ABREVIATURAS**

AA.VV. – *Autori vari* (autores vários)  
Ac. – Acórdão  
AG – Assembleia Geral  
AktG – Aktiengesetz (Lei das Sociedades por Acções, alemã)  
Al. – alínea  
*Apud* – Conforme  
Art/arts. – artigo/artigos  
BJR – Business Judgment Rule  
C. – Código  
CC – Código Civil  
*C. Civilie – Codice Civile*  
CCI – Codice Civile Italiano  
CF – Conselho Fiscal  
Cf. - Confira  
Cfr. – confrontar  
Cit. – citado  
CMVM – Código do Mercado de Valores Mobiliários  
Coord. – coordenação  
CSC – Código das Sociedades Comerciais  
CVM – Código dos Valores Mobiliários  
DL – Decreto-Lei  
DRS – Direito das Sociedades em Revista  
Ed. - edição  
EROC – Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas  
*ex vi* – por força de  
FU – Fiscal Único  
IDET – Instituto de Direito das Empresas e Trabalho

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

*ie – id est* (isto é)

LSA – Ley de Sociedades Anónimas (Lei das Sociedades por Acções, espanhola)

MP – Ministério Público

n. – nota (de rodapé)

n.º - número

ob. – obra

p. – página/páginas

p. ex. – por exemplo

PCF – Presidente do Conselho Fiscal

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ROC – Revisor Oficial de Contas ou Revisores Oficiais de Contas

SA – Sociedade Anónima

Soc. – Sociedade

SPQ – Sociedades por Quotas

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Tb. - também

v. - versus

Vd. – *vide*

Vg. – *verbi gratia* (por exemplo)

Vol. - volume

## INTRODUÇÃO

A análise da presente dissertação incide sobre a matéria da governação societária, na perspectiva dos membros dos órgãos de fiscalização.

O relevo da fiscalização no seio das sociedades comerciais é reconhecida desde as origens da SA como meio de salvaguarda dos interesses dos acionistas.

A crise económico-financeira suscitou a necessidade de reconsiderar práticas de governação societária nos sistemas de controlo interno, com vista à criação de meios eficazes para assegurar os efeitos úteis que se pretendem alcançar com o exercício da função fiscalizadora.

A análise de um órgão de fiscalização como o do modelo clássico é bastante vasta mas iremos restringir o nosso estudo aos aspetos mais relevantes no seu seio, como a sua competência, os poderes funcionais e os seus deveres previstos no art.64./2º CSC e a consequente responsabilidade civil dos seus membros perante a sociedade, assim como as especificidades que a função de fiscalização comporta face à administração, uma vez que a análise dos seus pressupostos tem sido objeto de estudo exaustivo na doutrina civilista.

Por último e ainda no âmbito da exclusão da responsabilidade iremos centrar a nossa investigação na aplicação da BJR prevista no art.72.º/2 por força da remissão do art.81º/1, na qual iremos analisar a importância da distinção entre *atos materialmente de fiscalização* e *atos formalmente de fiscalização*.

A escolha deste tema foi determinada pela sua escassa divulgação. Existem vários e aprofundados estudos sobre a responsabilidade dos administradores, mas poucos são os dedicados especificamente a esta matéria.

A escassez de divulgação deve-se, provavelmente, à ideia de que os pressupostos da responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização são sempre partilháveis com os pressupostos da responsabilidade dos administradores, não havendo por isso necessidade de um estudo diferenciado.

Partindo deste ponto, vamos analisar a importância do cumprimento dos deveres dos membros dos órgãos de fiscalização para uma boa governação societária e em que medida o

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

regime da responsabilidade civil dos membros de órgãos de fiscalização se identifica ou se afasta do regime da responsabilidade dos administradores, obrigando a uma aplicação cautelosa.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

### I – A Competência do Conselho Fiscal, do FU e do ROC

Ao passo que nas SPQ a fiscalização é exercida pelos próprios sócios através de um vasto direito à informação, nas SA, dada a dispersão e falta de «*affectio societatis*» dos acionistas, essa fiscalização incumbe a um órgão de fiscalização - o CF ou ao FU (art.413.º/1) - encarregue de fiscalizar a administração da sociedade e vigiar a observância da lei e do contrato de sociedade, em todos os seus atos de gestão – art.420.º/1/a) e b) CSC, devendo reunir, pelo menos, trimestralmente.

Não se tratando de uma *grande sociedade* (como as do art.413.º/2), a sociedade poderá optar pela nomeação de um FU, se os estatutos o previrem, o qual deverá ser um ROC ou SROC, assim como o suplente (art. 414.º/1), ficando sujeito ao mesmo regime que o CF (art. 413.º/6).

Diferentemente, nas *grandes sociedades anónimas*, deverá ser nomeado um ROC ou SROC autónomos, que não sejam membros do CF (art. 413.º/2/a)) mas já não será obrigatória a inclusão de um ROC no CF.<sup>1</sup>

Com a reforma de 2006, foram aumentadas as competências do CF prevendo-se inclusive a remuneração para os membros do CF (art.422.º-A CSC aditado pelo DL n.º76-A/2006, de 29 de Março) como contrapartida pelo aumento de responsabilidades e competências.

Por conseguinte, compete-lhes o conjunto de atos constantes do art.420.º CSC, podendo estes serem agrupados em cinco planos essenciais: de *garantes da legalidade administrativa*, através da fiscalização da gestão exercida pelos administradores ou gerentes, da observância da lei e do contrato de sociedade, incumbindo-lhe inclusivamente impugnar deliberações nulas ou anuláveis e, ainda, o suprimento das omissões do presidente da mesa da AG; de *garantes do rigor contabilístico*, através da verificação e

---

<sup>1</sup> Com esta autonomização do ROC pretende-se separar as funções políticas de fiscalização das funções de revisão e certificação de contas, entregues ao ROC (art. 446.º/3) e dar satisfação à Diretiva n.º 2006/43/CE, que determina, para as grandes sociedades a necessidade de existência de um órgão encarregue de fiscalizar o ROC (art. 41.º/2/d) da Diretiva), que não poderia ser o próprio órgão do qual o ROC fazia parte (art. 420.º/2).

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

controlo contabilístico da sociedade e juízo opinativo sobre o relatório de contas; de *vigilância específica por parte do membro ROC* (art.420.º-A CSC) quanto a factos reveladores de graves dificuldades na prossecução do objeto social (como reiteradas faltas de pagamento a fornecedores, protestos de títulos de crédito, emissão de cheques sem provisão, faltas de pagamento de quotizações para a segurança social ou de impostos devidos; de *informação à assembleia geral*, através da elaboração do relatório anual da sua ação fiscalizadora ou de nulidade de anterior deliberação, para o que têm o especial dever de assistir a todas as reuniões da AG (al.a) do art.422º/1 CSC); de *ação judicial* relativamente a deliberações da sociedade feridas de invalidade.

Nas grandes sociedades anónimas<sup>2</sup> (art.413.º/2 e art.420.º/2) cabe ao ROC autónomo a certificação das contas<sup>3</sup>, competindo ao CF a sua fiscalização (fiscalização política),<sup>4</sup> ie, a fiscalização da administração e a fiscalização da legalidade. A primeira não se reporta ao controlo do mérito das decisões mas sim à verificação da eficácia dos sistemas de gestão de riscos e controlo administrativo, assim como da auditoria interna (se existir), analisando se estão a ser seguidas as melhores práticas de administração e a segunda cinge-se à verificação da compatibilidade da administração com a lei e os estatutos, denunciando as ilegalidades ou irregularidades detetadas, internamente ou ao MP.

Distintamente, a *fiscalização contabilística* caberá ao ROC, encarregue da regularidade dos livros, registos contabilísticos e documentos que lhe servem de suporte ou a exatidão dos documentos de prestação de contas (art. 402.º/1/c) e e))<sup>5</sup> e simultaneamente caberá ao CF a própria fiscalização de revisão de contas do ROC (art. 420.º/2).

A composição inicial par do CF pode tornar-se ímpar ou vice-versa. Se for o caso desta última hipótese então será de considerar imediatamente o presidente como sendo

---

<sup>2</sup> Cf. CUNHA, *Direito ...* 2012, p. 793.

<sup>3</sup> Sendo um órgão autónomo, de composição obrigatoriamente singular, o ROC terá poderes substancialmente mais limitados que o CF, devendo proceder aos actos elencados no art. 420.º/c), d), e) e f) *ex vi* art.446.º/3).

<sup>4</sup> Contudo, nas sociedades de estrutura clássica de pequena dimensão admite-se a acumulação das funções de revisão e fiscalização no mesmo órgão societário, «*produzindo-se um perigoso efeito de auto-revisão*».<sup>4</sup>

<sup>5</sup> Nas sociedades abertas emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, o ROC deve ainda atestar se o relatório sobre a estrutura e as práticas de governo societário divulgado inclui os elementos referidos no art. 245.º-A do C.V.M.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

titular do voto de qualidade atribuído por este art.414.º-B/2. Esta realidade, após o CSC, possibilita a nosso ver a existência de deliberações tomadas contra o voto do ROC mediante o recurso ao voto de qualidade o que não é, a melhor solução, devendo ser o presidente do CF o ROC, nos casos em que ele não seja externo a esse órgão.<sup>6</sup>

Por último, cumpre referir que o artigo 421º/1 inclui uma funcionalização dos poderes em causa em relação às competências e responsabilidades dos titulares de cargos de fiscalização “*para o desempenho das suas funções*”, embora não se tratando de direitos potestativos, na medida em que não produzem inelutavelmente os seus efeitos na esfera jurídica dos titulares do correspondente dever sem que estes tivessem qualquer possibilidade de materialmente se opor à produção daqueles efeitos.

O órgão de fiscalização parece ter sido transformado numa «*caixa de ressonância de reclamações*»<sup>7</sup> que possa haver no seio da sociedade. Trata-se, na realidade, de atribuir mais e melhores meios para que o CF exerça da melhor forma o dever de vigilância que está adstrito (art.420.º-A CSC).

### **1 - Os deveres dos membros dos órgãos de fiscalização (artigo 64.º/2 CSC)**

Com a reforma societária de 2006, foi introduzido no art.64.º/2 uma norma específica de responsabilidade dirigida aos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização, estatuinto um alargamento dos deveres de cuidado, diligência e lealdade aos membros do órgão de fiscalização semelhante ao que existia já para os administradores, embora não os desdobrando como fizera para estes últimos.

---

<sup>6</sup> O mesmo se aplica ao membro especial do CF previsto no art.414.º/4 para as grandes SA. A nossa opinião vai de encontro à de TRIUNFANTE, *Código...*, 2007, p. 421. Para maior desenvolvimento, vd. Triunfante, *A tutela...*, 2005, p. 581 e ss.

Pode neste âmbito colocar-se a questão se o ROC externo, que certifica as contas da sociedade-mãe poder ou não desempenhar funções (como FU ou como membro do CF) nas sociedades detidas totalmente por aquela, podendo apontar-se o argumento prático da evitação de custos mas também um jurídico, a violação das incompatibilidades.

<sup>7</sup> Expressão utilizada por TRIUNFANTE, *Código...*, 2007, p. 429.

### 1.1. Interpretações possíveis

Ao observarmos o art. 64.º/1 e 2 denotamos, imediatamente, uma grande diferença: no art. 64.º/1 o legislador consagrou, de igual modo, o dever de cuidado e o dever de lealdade – em duas alíneas diferentes, contrariamente do que se verifica no n.º2 do mesmo artigo, onde optou por uma formulação distinta, parecendo-nos ter sido propositada e não um mero lapso do legislador, na medida em que o novo art. 64.º foi completamente redesenhado com a Reforma de 2006: o anterior art. 64.º deu lugar ao n.º1, referente aos administradores, passando a contemplar duas alíneas, existindo uma paridade entre deveres de cuidado e deveres de lealdade, com vista a uma melhor elucidação do intérprete, tendo o legislador esclarecido e densificado cada um dos deveres e tendo o n.º2 sido introduzido dirigindo-se expressamente aos titulares dos órgãos de fiscalização, ocorrendo uma reformulação completa do art. 64.º e não apenas remetendo o n.º2 para o n.º1 com as necessárias adaptações.

A redação do art. 64.º/2 permite pelo menos duas leituras. Uma primeira, que desvaloriza o elemento literal, olhando para o artigo 64.º globalmente, de igual modo para os deveres de cuidado e de lealdade (quer se trate de gestores ou de fiscais entendendo que o sentido do n.º1 e n.º2 do art. 64.º é o mesmo, justificando-se a inserção de uma vírgula a seguir a “profissional” e tratando-se em ambos os casos de *«Deveres fiduciários de cuidado e de lealdade próprios de gestor ou fiscal razoável postos nas mesmas funções e circunstâncias.»*<sup>8 9</sup>

Uma segunda interpretação vê no n.º2 do art.64º uma norma inteiramente nova, sem paralelo no ordenamento jurídico nacional, dotada de um espírito autónomo e que vem

---

<sup>8</sup> Cit. SILVA, CALVÃO, *Corporate Governance* ..., 2006, p. 52.

<sup>9</sup> No sentido de uma interpretação correctiva vd., RICARDO, COSTA & DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Artigo 64.º* ..., 2010, p. 752 e Dias, *Fiscalização...* p. 53. Esta interpretação correctiva defende a existência de uma “provável imperfeição na redacção da norma”, não podendo o n.º2 ignorar o sentido do n.º1 e não havendo, portanto, nenhuma diferenciação valorativa entre o dever de lealdade e o dever de cuidado.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

preencher “*uma omissão relevante da versão originária da fundamental lei societária*”<sup>10</sup> atinente aos titulares de funções de fiscalização. Esta leitura assenta na perspectiva de que os deveres de lealdade surgem como *parte integrante*, não se tratando de uma subalternização dos deveres de lealdade aos deveres de cuidado mas sim de “*um modo de exercício do dever de cuidado*,”<sup>11</sup> encontrando sustentação, desde logo, no elemento literal: “*os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade*”.<sup>12</sup>

Em ambos os casos se trata de *deveres fiduciários de cuidado e de lealdade próprios de gestor ou fiscal razoável posto nas mesmas funções e circunstâncias, tendo em conta os conhecimentos especiais e a competência técnica razoavelmente esperáveis de um profissional capaz, sensato, sagaz, avisado e zeloso em face do condicionalismo próprio do caso concreto; no fundo, o estalão objectivo e tipicizado do “bonus pater familias” da profissão em apreço, com a diligência a dever apreciar-se em relação à natureza da actividade, traduzido pelo padrão, de origem teutónica, do gestor consciencioso ou criterioso e ordenado (§93, 1, da AkG; art. 64.º, n.º 1, al. a)) e pelos elevados padrões de diligência profissional exigíveis dos titulares de órgãos de fiscalização».*

Perante a pertinência destas dúvidas, pode então, avançar-se uma segunda e, na nossa opinião mais correcta, interpretação do enunciado do art. 64.º/2, que não a literal: os membros dos órgãos de fiscalização devem (no exercício das suas funções) observar deveres de cuidado (que devem ser prosseguidos mediante elevados padrões de diligência profissional), bem como deveres de lealdade, no interesse da sociedade.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Cfr. CÂMARA, PAULO, *O Governo ...*, 2008, p. 43.

<sup>11</sup> Cfr. DIAS, *Estruturas ...*, 2007, p. 817.

<sup>12</sup> Sublinhe-se *ab initio* a «função negativa» do texto legal, ou seja, «*a de eliminar aqueles sentidos que não tenham qualquer apoio, ou pelo menos uma qualquer “correspondência” ou ressonância nas palavras da lei*», MACHADO, *Introdução ...*, 2008, p. 182.

<sup>13</sup> No mesmo sentido, ainda que salientando a necessidade de “*efectuar uma interpretação correctiva da norma do art. 64.º/2*”, veja-se DIAS, *Fiscalização ...*, 2006, p. 53, ou SILVA, CALVÃO DA, *Corporate Governance ...*, 2006, p. 52-53.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

A nosso ver, tendo o legislador reformulado o preceito na sua totalidade, não faz sentido a técnica legislativa de repetição da mesma ideia em números diferentes do mesmo preceito. Pelo contrário, entendemos que a originalidade do n.º2 pretende traduzir, na verdade, a principal função dos membros do órgão de fiscalização – *fiscalizar*. Todavia, analisando o art.64.º/2, impõe-se estabelecer *ab initio* uma diferença fundamental entre *actos materialmente de fiscalização* e *actos formalmente de fiscalização*.

Esta distinção permite-nos, *primus*, entender de forma precisa a esfera de acção do preceito em causa, analisando a função fiscalizadora e excluindo tudo aquilo que não cabe na sua esfera de acção; *secundus*, de forma reflexa e posteriormente, perceber a aplicabilidade da BJR aos membros do órgão de fiscalização.

A distinção entre os dois conceitos assenta no conteúdo do acto e não no órgão que o emana e, assim sendo, o intérprete encontrar-se-á perante um acto “*materialmente de fiscalização*” quando, atendendo à matéria que o constitui, verifica que se trata de um acto de controlo, ou seja, de fiscalização no *stricto sensu* caindo em si todos os actos praticados pelo órgão de fiscalização cujo alcance seja verificar a aplicação prática das disposições legais definidas e de cumprimento obrigatório” e não por “*bitolas de oportunidade empresarial*”.<sup>14</sup>

Distintamente, o intérprete confrontar-se-á com atos “*formalmente de fiscalização*” quando o acto praticado, atendendo novamente ao seu conteúdo, não corresponde a um acto de fiscalização *stricto sensu* – controlo da legalidade. Diz-se “*formalmente de fiscalização*”, pois embora não possua um conteúdo fiel à função legalista que traduz a fiscalização, é, em todo o caso, praticado por um órgão de fiscalização, cabendo em si todas as actuações do órgão de fiscalização que possuam um conteúdo “*para-administrativo*» cabendo à doutrina e à jurisprudência continuarem a empreender esforços no seu

---

<sup>14</sup> Vd. CÂMARA, *O Governo ...*, 2008, p. 43.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

desenvolvimento.<sup>15</sup>

Embora o elemento histórico não nos consiga ajudar *in casu*, tratando-se de uma novidade legislativa e para além da inexistência de uma norma simétrica noutros ordenamentos jurídicos, note-se que o sentido original do texto legal manteve-se com a Declaração de Rectificação n.º 28-A/2006 que visou corrigir “inexactidões” do DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

Contudo, embora este primeiro elemento interpretativo nos ajude a suster esta posição conferindo uma maior segurança à interpretação, cremos ser necessário um esforço suplementar procurando demonstrar em que medida o art. 64.º/2 é expressão própria do *modus operandi* desse órgão.

### 1.2. Deveres Gerais

Consideram-se gerais os deveres dos administradores estabelecidos no art. 64.º/1, aplicando-se toda essa qualificação, por identidade de critério e razão, aos deveres dos fiscalizadores, por oposição aos deveres específicos que lhes são atribuídos no âmbito das específicas funções e poderes de fiscalização que se encontram obrigados a observar.<sup>16</sup>

Os deveres gerais surgem como padrões abstratos de conduta que delimita e conformam a atuação geral dos fiscais ou o modo de exercer a fiscalização.

Não existe, contudo, uma contraposição entre os deveres gerais e os de conteúdo específico, ambos se complementando e sendo os primeiros o parâmetro de aferição do cumprimento de um dever de conteúdo definido, ao passo que os segundos irão concretizar esses deveres de conteúdo genérico.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Cfr. CÂMARA, *O Governo ...*, 2008, p. 43, n. 81 e MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p. 84, quando refere que a actividade desenvolvida pelos membros dos órgãos de fiscalização “*visa, essencialmente, a verificação da legalidade dos actos societários*”.

<sup>16</sup> Vd. ABREU, *Deveres ...*, 2007, p. 17 e 18.

<sup>17</sup> Cfr. RAMOS, *Responsabilidade...*, 2002, p. 76

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

Como nos demonstra Fátima Gomes, «*A redação da versão original do art.º 64 do CSC foi fruto da influência de ordenamentos jurídicos estrangeiros, muito em especial: Alemanha - §73, 7 e 93 da AktG (lei das sociedades anónimas) - consagram o padrão de diligência do gestor criterioso e ordenado e mandam atender a outros interesses como os dos trabalhadores; Espanha - art.127 e 132 da LSA - consagram o padrão de diligência do gestor criterioso e ordenado e as consequências do comportamento desleal; Reino Unido - Secção 309 do Companies Act; Projecto de 5.ª. Diretiva Comunitária em matéria de sociedade na versão de 1972, com alterações em 1983; Itália - Art. 2392, 1710 e 1176 do CCI - consagram o padrão de diligência do bom pai de família e apenas se reportavam ao dever de diligência, sem que ocorram referências ao dever de lealdade; França - art.224 da Lei de 1966 sobre sociedades comerciais, em sentido semelhante ao direito italiano*».<sup>18</sup>

A versão inicial do art.64.º segue a posição defendida pelos autores do projeto Raúl Ventura e Brito Correia, considerando que a diligência exigida diz “*respeito à atitude subjetiva do administrador, ao passo que a obrigação de prosseguir o interesse da sociedade respeita aos fins e objetivos a alcançar*».<sup>19</sup>

### 1.2.1. Dever de cuidado / *Duty of care*

Os membros de órgãos de fiscalização, tal como os administradores devem observar deveres de cuidado (art. 64.º/2) mas, contrariamente a estes, o legislador não desenvolveu os elementos a atender na concretização do dever de cuidado relativamente à atuação dos fiscais. Parece subjazer a esta norma um implícito sentido remissivo, ao evitar uma duplicação textual da al. a) do n.º1 do art.64.º, quanto ao conteúdo deste dever.<sup>20</sup>

Da aplicação dos elementos da al. a) do n.º1 do art.64.º aos membros dos órgãos de

---

<sup>18</sup> *Apud* GOMES, *Reflexões ...*, 2011, pág. 552.

<sup>19</sup> Cfr. VENTURA, RAÚL & CORREIA, LUÍS BRITO, *Responsabilidade ...*, n.192 (1970), pp. 5-112 n.193 (1970), p. 5-182, e n.194 (1970), p.5-113, em especial na p.94.

<sup>20</sup> Cfr. CÂMARA, *O Governo ...*, 2007 p. 179.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

fiscalização resulta que estes, no exercício das suas funções, devem dedicar o tempo necessário e possuir conhecimentos adequados para um eficaz controlo dos atos societários, considerando a atividade concreta da sociedade em causa.

Os deveres de cuidado dizem respeito ao modo como a função de fiscalização deve ser exercida. Neste contexto, o cuidado representa mais do que um simples modo de conduta, pois, atendendo às preocupações de *corporate governance*, os fiscais, para além de atuarem com cuidado (*duty of care*) devem também *cuidar da sociedade (duty to take care)*, impondo uma fiscalização eficaz e cuidada, orientada por boas práticas de fiscalização.<sup>21</sup> O dever de cuidado na doutrina e jurisprudência norte-americana do Estado de Delaware relaciona este dever comportamental com o regime da designada BJR, que irá atuar como guia processual dos litigantes e como regra de direito substantivo. Pelo dever de cuidado pretende-se que os dirigentes societários exerçam as suas competências utilizando padrões elevados de sabedoria, diligência e gestão, dentro das suas atribuições de gestão, tal como atuaria um homem de negócios de prudência razoável em circunstâncias semelhantes.<sup>22</sup>

A diligência e profissionalismo exigidos aos fiscais vão delimitar a medida da prestação exigida, mas em termos diferentes. A diligência determinará o nível de atenção e de empenho que deve caracterizar a atividade fiscalizadora, ao passo que o profissionalismo qualificará o grau de competência e perícia que os fiscais devem possuir e utilizar.<sup>23</sup> A diligência aqui referida é distinta do padrão abstrato comum previsto no n.º 2 do art.487.º do CC. Trata-se de uma diligência profissional que, atendendo ao texto da norma, deve ser superior à do fiscal médio, pois ela é aferida por *elevados* padrões próprios da atividade fiscalizadora.<sup>24</sup>

O legislador consagrou diferentes padrões de diligência a empregar no âmbito das

---

<sup>21</sup> Cfr. FRADA, *A Business ...*, 2007, p. 212

<sup>22</sup> Cfr. HASS, JEFFREY, *Directorial ...*, 1995-6, p. 2144, *apud* GOMES, FÁTIMA, *Reflexões ...*, 2007, pág. 555.

<sup>23</sup> Cfr. DEMARCHI, PAOLO, *La responsabilità ...*, 2007, p. 100.

<sup>24</sup> Cfr. MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p. 79.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

funções de gestão e de fiscalização, impondo aos administradores *a diligência de um gestor criterioso e ordenado*, ao passo que aos fiscais impõe *elevados padrões de diligência profissional*.

Seguindo-se a doutrina italiana existem duas razões para a distinção da diligência requerida aos membros destes dois órgãos. *Primus*, a imposição de uma diligência profissional aos fiscais poderá estar ligada aos rígidos requisitos de elegibilidade destes sujeitos quanto à sua profissionalização, como as exigências relativas às qualificações, conhecimento e experiência profissional adequados ao exercício das suas funções (art.414.º/3), requisitos estes que não são obrigatórios para exercer funções de administração.

*Secundus*, está relacionada pretensão de um profissionalismo uniforme ou *standardizado* das funções de controlo, que seria de difícil concretização no âmbito dos gerentes e administradores, dada a heterogeneidade das suas funções, exigindo-se somente a diligência de um *gestor criterioso e ordenado*.<sup>25</sup>

Importa assim concretizar os *elevados padrões de diligência profissional* a empregar na observância dos deveres de cuidado pelos fiscais, concretização essa que exige a prévia determinação do parâmetro em que o conceito deve ancorar.

Se para o ROC a tarefa de definição do preenchimento do conceito «*elevados padrões de diligência profissional*» é fácil com recurso às regras profissionais do seu estatuto<sup>26</sup>, já em relação aos restantes membros do órgão de fiscalização, a tarefa é mais árdua e, na inexistência de um padrão objetivo, o padrão utilizado pela doutrina é o das *funções e deveres específicos* consagrados na lei para cada órgão de fiscalização, *ie*, os padrões de diligência aferir-se-ão em função da exata e criteriosa observância dos deveres e funções que recaem sobre os membros de órgãos de fiscalização (Cfr. arts. 420.º, 420.º-A e

---

<sup>25</sup> Vd. DEMARCHI, PAOLO, *La responsabilità ...*, 2007, p. 98.

<sup>26</sup> Vd. DL 487/99, de 16 de Novembro (Estatuto da Ordem dos ROC).

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

422.º),<sup>27</sup> olhando para o órgão e não para as características pessoais de cada membro. A sua conduta deverá considerar-se ilícita quando atuem com desrespeito pelos deveres de cuidado, pela inobservância de um padrão de diligência aferido pelo cumprimento dos especiais deveres e funções consagrados para cada um dos órgãos de fiscalização com outro que não o de servir o interesse da sociedade.

### 1.2.2. Dever de lealdade / Duty of loyalty

Decorre do art.64.º/2/*in fine* que os membros de órgãos de fiscalização devem na sua atuação observar deveres de lealdade, no interesse da sociedade. Trata-se de uma lealdade devida decorrente do princípio da boa-fé e tutela da confiança, servindo a sociedade como fiduciário e não servindo-se dela.<sup>28</sup>

Atua com lealdade quem age segundo padrões de correção e previsibilidade.<sup>29</sup> Contrariamente ao dever de cuidado, o dever de lealdade não resulta da vontade nem tem a sua origem num negócio jurídico. A lealdade resulta de uma ponderação ético-jurídica independente da previsão das partes e apresenta-se como consequência de uma valoração não jurídica.<sup>30</sup>

Tal como ocorre com os administradores, a natureza fiduciária das relações estabelecidas entre a sociedade e os membros de órgãos de fiscalização acarreta um especial dever de lealdade, uma *lealdade qualificada*, mais ampla do que a medida de conduta genérica reclamada em nome da boa-fé pelo art.762.º/2 do CC, resultante das

---

<sup>27</sup> Vd. DIAS, *Fiscalização ...*, 2006, p. 54.

<sup>28</sup> Ao passo que no Direito Civil se visa apenas uma concordância prática de interesses contrapostos das partes numa relação de troca, não proibindo seguirem-se interesses próprios (tal não fazendo sentido nos contratos onerosos ou com interesses contrapostos), apenas se impondo limites de razoabilidade atendendo aos interesses de outrem, distintamente, no plano societário, os fiscalizadores deverão satisfazer os interesses da sociedade e, não o fazendo, é o interesse desta que fica por satisfazer, procurando-se garantir a sobre ordenação dos interesses da sociedade e as condições da sua prossecução. Vd. CORDEIRO, *A lealdade ...*, 2006, p.1033-1065.

<sup>29</sup> Vd. CORDEIRO, *A lealdade ...*, 2006, p. 1033.

<sup>30</sup> Vd. FRADA, *A Business ...*, 2007, p. 216.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

finalidades da função exercida, a fiscalização da gestão de um património alheio.<sup>31</sup>

Assim, a especial relação de confiança estabelecida entre a sociedade e os fiscais justifica a exigência de uma lealdade mais rigorosa, sendo que os acionistas, ao designarem pessoas para o controlo da vida societária, confiam nelas e abdicam de alguma forma da prudência e diligência com que, noutras circunstâncias, atuando sozinhos, acautelariam, devendo impor-se e/ou proibir-se certas condutas e responsabilizando os fiscais pelos danos resultantes da frustração das expectativas da sociedade em virtude da sua conduta.<sup>32</sup> Por conseguinte, os fiscais são leais ao abrigo do art.64.º/2 quando dignificarem a confiança neles depositada,<sup>33</sup> caso contrário poderão estar sujeitos a destituição por justa causa<sup>34</sup> e pode inclusive surgir uma *culpa post factum finitum*, não havendo uma pós-eficácia do dever principal de fiscalizar mas a sobrevivência de deveres acessórios depois de extinta a relação contratual.<sup>35</sup>

A nosso ver parece-nos duvidosa a consideração exclusiva dos interesses da sociedade<sup>36</sup>, devendo admitir-se uma conceção unitária de interesse social, alargando o leque de interesses a ponderar pelos administradores aos restantes *stakeholders* e tendo o interesse da sociedade vertido no n.º2 do art. 64.º o mesmo conteúdo do n.º1, al. b) dessa norma.

A doutrina divide-se entre o *institucionalismo*, sendo o interesse social o *interesse comum*, não apenas dos sócios mas também de outros sujeitos, nomeadamente os trabalhadores (empregados da sociedade), os credores sociais e a coletividade nacional e o *contratualismo*, dirigindo-se ao *interesse comum dos sócios enquanto tais* (não enquanto vendedores, mutuantes, assalariados da sociedade).

---

<sup>31</sup> *Vd.* FRADA, *A Business ...*, 2007, p.215; ROJO, ÁNGEL & BELTRÁN, EMILIO, *La responsabilidade ...*, 2009, p. 24-26; SILVA, CALVÃO DA, *Corporate Governance ...*, 2006, p.53; VASCONCELOS, *Responsabilidade ...*, 2009, p. 12-14.

<sup>32</sup> *Vd.* FRADA, *Teoria ...*, 2004, p. 474 e ss.

<sup>33</sup> *Vd.* CORDEIRO, *Os deveres ...*, 2006, p. 485.

<sup>34</sup> *Vd.* CORDEIRO, *A lealdade ...*, 2006, p. 1063.

<sup>35</sup> *Vd.* RIBEIRO, *O Dever ...*, 2011, p. 49.

<sup>36</sup> No mesmo sentido, GOMES, *Reflexões ...*, 2011, p. 569 e *Vd.* ABREU, *Deveres ...*, 2007, p. 35, n. 58.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

A concretização dos interesses da sociedade caracteriza-se pela prevenção de conflitos de interesses (v.g. o dever de não concorrência e o dever de não aproveitamento das oportunidades de negócio da sociedade), tendo todos como denominador comum o escopo lucrativo e os interesses de longo prazo dos sócios (não extrassociais nem conjunturais) e a proibição da prossecução de interesses próprios ou de terceiros, em detrimento do interesse social.<sup>37</sup>

O interesse social será, assim, a «*a conjugação dos interesses dos sócios e de outros sujeitos ligados à sociedade (designadamente dos trabalhadores)*», estando no art.64.º presente a conceção institucionalista a respeito da atuação dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, não sendo possível ser-se leal com a sociedade e ser desleal para com trabalhadores, sócios, clientes e credores,<sup>38</sup> embora se trate de um «*institucionalismo moderado e inconsequente: os interesses dos sócios pesam muito mais, a falta (ou deficiente) ponderação dos interesses dos não-sócios praticamente não tem sanção*». Ainda assim, concentrar-nos-emos apenas no interesse da sociedade atendendo à sua primordial relevância.<sup>39</sup> Na concretização deste dever, teremos de analisar dois sentidos: um *sentido negativo*, *conceção tradicional do dever de lealdade*, o administrador deve colocar em primeiro lugar o interesse da sociedade, abstendo-se de condutas que beneficiem o interesse pessoal ou de terceiros e não o interesse social e um *sentido positivo*, traduzido numa atitude, por parte do administrador, de promover o interesse social (designado na doutrina anglo-americana como uma *devoção para com o interesse da sociedade e dos seus acionistas*).<sup>40</sup>

Somos tentados a pensar que o primeiro conduz ao segundo, contudo, tal nem

---

<sup>37</sup> Vd. HOPT, KAUS J., *Self-Dealing ...*, 1996, p. 56.

<sup>38</sup> ABREU, *Deveres...* 2007, p. 43 e 46 e FRADA, *A Business...*, 2007, p. 219. No mesmo sentido, CUNHA, *Direito...*, 2012, p. 501.

<sup>39</sup> Para mais desenvolvimentos, vd. FRADA, *A Business*, 2007, p. 207-248.

<sup>40</sup> Na doutrina portuguesa, CÂMARA, *O Governo ...*, 2008, p. 36 entende que “*o dever de lealdade pode também ser lido, em sentido positivo, como o dever de aportar a maximização de benefícios em prol da sociedade*”, promovendo o interesse social, “*e não em proveito próprio ou de terceiros*”. Também NUNES, *Corporate ...*, 2006, p.74, no qual o autor nos diz haver um «*aspecto positivo relacionado com o prosseguimento do interesse pessoal e um interesse negativo ligado à proibição de prosseguir interesses pessoais ou de terceiros, em detrimento do interesse social*».

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

sempre acontece, vejamos: o administrador pode ser leal à sociedade respeitando, por ex., o conteúdo das normas que proíbem conflitos de interesses (age dentro dos limites do sentido negativo), no entanto, paralelamente, pratica atos que demonstram uma clara intenção em violar os deveres a seu cargo,<sup>41</sup> por outro lado, o administrador pode também colocar-se numa situação intermédia, ou seja, estando perante uma oportunidade de negócio para a sociedade, não a aproveita nem para si, nem para terceiro, nem para a sociedade.

Uma questão pertinente neste âmbito será a da possibilidade, ou não, de um administrador enganar os acionistas, violando assim a lei mas visando promover o interesse social. A jurisprudência recente do Delaware é clara nesta matéria: a violação intencional da lei foi considerada uma violação do dever de lealdade (Vd. Guttman v. Huang (Delaware, 2003): «*um diretor não age de forma leal para com a sociedade quando a leva a violar normas legais às quais deve obediência*»; caso Metro Comme'n Corp. BVI v. Advanced Mobilecomm Techs. Inc. (Delaware, 2004): «*no Delaware, um fiduciário não deve adotar práticas ilegais em matéria de gestão, mesmo que delas resultem lucros para a sociedade*»). A inclusão do dever de agir de boa-fé no dever de lealdade trouxe diversas consequências nas decisões do Delaware, ampliando o conceito de lealdade. Desta forma, mesmo que os administradores visem com este tipo de condutas a promoção do interesse social, existe uma violação do dever de lealdade, desde logo porque existe uma violação da boa-fé.

### **1.3. Modos operandi do órgão de fiscalização: atos formalmente de fiscalização e atos materialmente de fiscalização**

Como reforçaremos adiante, há duas características que distinguem o *modus operandi* do órgão de fiscalização do órgão de administração, quanto aos *atos materialmente de fiscalização*, sendo a atuação do órgão de fiscalização o exercício de uma atividade *essencialmente legalista*, no qual “*o único interesse que os fiscalizadores devem ter em conta será o de verem as normas legais e estatutárias respeitadas pelos sócios e*

---

<sup>41</sup> Cfr. FRADA, *A Business ...*, 2007, p.219.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

*pelos administradores*”<sup>42</sup> assim como a “atuação sucessiva” perante os atos praticados pela administração e restantes órgãos sociais, na “*correspondência da atividade social com as regras da boa administração, consubstanciada no dever de os administradores atuarem com a diligência inerente às suas funções*”, designada pela doutrina italiana como “controlo da legalidade substancial” e, como tal, raramente assentando numa margem de discricionariedade que permita atender aos interesses dos clientes, dos credores ou dos trabalhadores.

O elenco de deveres do art.64.º/1 é exemplificativo e não taxativo mas, deverá na aplicação dos deveres de cuidado dos administradores para os fiscalizadores haver uma adequação atendendo às suas funções. A título de exemplo, o dever de conhecimento da atividade da sociedade para o órgão de administração está ligado com a sua discricionariedade e em vista da decisão mais acertada ao destino da sociedade, ao passo que, o órgão de fiscalização não tem essa discricionariedade e, como tal, esse dever de conhecimento visa sim o exercício de um controlo devido. O mesmo se deve dizer para os deveres de disponibilidade, devendo estes “assegurar que dispõe de tempo suficiente para se dedicarem ao seu mandato”<sup>43</sup>.

Não cabe ao órgão de fiscalização analisar o mérito, a oportunidade, encarregando-se apenas de verificar a correspondência entre a atividade desenvolvida pelo órgão e a observância da lei (aqui se inserindo todo o pacto social, ou seja, a lei societária, diplomas avulsos e o contrato de sociedade)<sup>44</sup>, impondo modelos objetivos de conduta.<sup>45</sup>

Ao passo que o órgão de administração atua para o futuro, sem um destino pré-determinado, contrariamente, o órgão de fiscalização atua em relação a uma realidade/facto delimitado, que já produziu resultados ou está em vias de produzir, competindo-lhe

---

<sup>42</sup> MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p.84; NEVES, RUI DE OLIVEIRA, *Conflitos ...*, 2010, p.306); Cfr. ABREU, *Curso ...*, 2011, p.57, refere que “*fiscalizam sobretudo a atuação dos membros do órgão de administração*”.

<sup>43</sup> Cfr. CÂMARA, *O Governo ...*, 2008, p. 30-31.

<sup>44</sup> MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p.94 e 95; ABREU, *Governança ...*, 2010, p. 184.

<sup>45</sup> Cfr. CÂMARA, PAULO, *O Governo ...*, 2008, p. 51.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

verificar se esse facto observa a lei. Note-se, contudo, que o órgão de fiscalização pode, ainda assim, atuar *a priori*: se os membros do órgão de fiscalização se aperceberem que os administradores ou sócios se preparam para praticar um ato ilegal, devem alertá-lo, sendo a sua participação nas reuniões dos restantes órgãos societários fulcral e caso se verifique uma irregularidade, deverá o órgão de fiscalização reagir através da comunicação prevista no art.422.º/1/d) e e), e do meio previsto no art.412.º/1, ou judicialmente.<sup>46</sup>

Na doutrina portuguesa a questão não é unânime, defendendo alguns autores que a atividade fiscalizadora *in totum* «compreende um espectro muito amplo de discricionariedade»<sup>47</sup> enquanto outros autores defendem tratar-se de uma atividade puramente vinculada, exclusivamente regida por critérios de legalidade e não de oportunidade empresarial<sup>48</sup> e outros seguem ainda uma posição intermédia, caracterizando o núcleo essencial da atividade fiscalizadora como essencialmente legalista, mas abrindo portas à discricionariedade em determinados atos praticados pelos fiscalizadores.<sup>49</sup>

Seguindo o raciocínio anterior, vamos de encontro à posição destes últimos autores, sendo o cerne da atividade fiscalizadora *fiscalizar a administração da sociedade, vigiar pela observância da lei e do contrato de sociedade*, conotado pela inexistência de discricionariedade. O mesmo se poderá dizer do controlo contabilístico ou da elaboração de relatório sobre a sua ação fiscalizadora,<sup>50</sup> não nos parece razoável o argumento invocado por Gabriela Figueiredo Dias quando refere que «os órgãos colegiais de fiscalização [...] exercem a sua função fiscalizadora fundamentalmente através de deliberações» e que «deliberar é decidir e *decidir é escolher uma conduta, um comportamento, um ato, de entre várias condutas, comportamentos possíveis*».<sup>51</sup> Pensamos que o órgão de fiscalização, pelo menos na matéria relativa ao núcleo da atividade fiscalizadora, vê o seu processo de decisão vinculado a confrontar o facto com as normas legais; vale o mesmo que dizer: caso

<sup>46</sup> Vd. MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p. 95 e 101 ss.

<sup>47</sup> Vd. a este respeito, DIAS, *Comentário ao art.81.º ...*, 2010, p. 937.

<sup>48</sup> CÂMARA, PAULO, *O Governo ...*, 2008, p. 43, 48.

<sup>49</sup> Vd. MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p. 175 e 176.

<sup>50</sup> Para este último caso, vd. a explicação de MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p.176.

<sup>51</sup> Vd. DIAS, *Comentário ao art.81.º ...*, 2010, cit., p. 938-939.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

o órgão de fiscalização tome conhecimento de uma divergência entre aquilo que é objeto da sua fiscalização e as normas legais, só tem uma decisão a tomar – agir. Não há margem para escolhas. Todavia, aceitamos a existência de dúvidas quanto a outros atos praticados pelo órgão de administração, como a contratação de peritos; a proposta à assembleia de nomeação do ROC.<sup>52</sup>

### 1.4. Deveres específicos do Fiscal Único e dos membros do Conselho Fiscal

#### 1.4.1. Dever de controlo

Os órgãos de fiscalização têm o dever primário de controlar a sociedade. Contudo, tal dever não garante, *per se*, a efetividade e o êxito da atividade de controlo, necessitando de poderes funcionais e instrumentais para cumprimento daquele dever, nomeadamente o poder de inspeção, de verificação e de obtenção de informações (art.420.º e 421.º).

Este dever de controlo pode revestir a forma de *controlo político* ou de *controlo contabilístico*.<sup>53</sup> Os deveres de controlo político correspondem ao controlo dos negócios sociais em geral, consubstanciado no controlo da administração da sociedade (art.420.º/1/a)) e da observância da lei e dos estatutos (art.420.º/1/b)) mas não da sua conveniência ou oportunidade. Os fiscais atuam a título preventivo, alertando sobre a ilegalidade do ato, ou a título repressivo, dando-o a conhecer aos restantes órgãos societários (art.422.º/1/d) e e)) e ao MP (art.422.º/3).

Já o controlo contabilístico incide sobre aspetos económico-financeiros da atividade da sociedade, dirigindo-se essencialmente à regularidade dos livros, registos e políticas contabilísticas, bem como à verificação da exatidão dos documentos que lhe servem de suporte (art.420.º/c), d), e) e f)).<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Vd. SILVA, CALVÃO DA, *Corporate Governance ...*, 2006, p. 55.

<sup>53</sup> Vd. DIAS, *Fiscalização ...*, 2006, p. 18.

<sup>54</sup> Aspeto já abordado no Ponto I.

#### 1.4.2. Dever de informação

Os membros do órgão de fiscalização têm de observar um dever de vigilância que consiste na comunicação por escrito das fiscalizações realizadas e irregularidades verificadas, dirigida à administração e à AG (art.422.º/1/d) e e) sem necessidade da solicitação dos seus destinatários, exercido *ex officio*.<sup>55</sup>

Este dever representa uma forma de proteger os sócios ou potenciais investidores. Uma boa informação irá permitir aos administradores tomarem as melhores decisões para os interesses da sociedade, permitir aos sócios investirem com mais segurança e avaliarem com mais rigor o valor das suas participações na sociedade e assim deliberar no melhor sentido e ainda, em termos de fiscalização da sociedade, permitirá avaliar a adequação dos documentos contabilísticos e das decisões da administração.

Fora das condições previstas nas normas supra referidas, pode acontecer que os fiscais fiquem igualmente sujeitos ao dever de informar (como as situações em que os acionistas em AG requerem informações para formar opinião fundamentada sobre assuntos sujeitos a deliberação – art.290.º/1).

Se o órgão de fiscalização estiver habilitado para prestar tal informação, a sua recusa só será justificada se a informação a prestar for suscetível de causar prejuízo grave à sociedade, a outra sociedade coligada ou implique a violação de um dever de segredo imposto por lei (art.290.º/1 e 2), de acordo com um *juízo empresarial razoável*. Em qualquer outro caso a recusa não é admissível, podendo gerar a responsabilidade dos titulares de funções de fiscalização, nos termos do art.81.º e 82.º e, podendo inclusivamente, em caso de informação falsa, apresentar relevância contraordenacional, por força do art.519.º (punição com multa até 60 dias da prestação de informação falsa).

---

<sup>55</sup> Vd. MARQUES, *Responsabilidade ...*, 2009, p. 110.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

### **1.4.3. Dever de confidencialidade**

Os poderes de inspeção e verificação conferidos aos órgãos de fiscalização permitem que os seus membros tenham acesso às informações sobre a vida da sociedade, podendo a divulgação dessas informações a terceiros ser danosas para a sociedade (art.422.º/1/c).

Por conseguinte, os membros do órgão de fiscalização não podem revelar segredos de negócio, informações internas reservadas para fins diversos do interesse societário, sob pena de serem responsabilizados pelos danos resultantes do seu incumprimento.

Consequentemente, também não poderão beneficiar de informações privilegiadas (art.422.º) em benefício próprio, não implicando necessariamente uma divulgação e podendo ser afastada por autorização expressa dos acionistas.

A obrigação de sigilo profissional a que os membros dos órgãos de fiscalização estão subordinados mantém-se inclusive após a cessação de funções.

### **1.4.4. Dever de denúncia**

Os membros do CF, o ROC ou o FU têm o dever de participar ao MP os factos delituosos de que tenham conhecimento e que constituam crimes públicos (art.422.º/3 e 423.º-G/3).

A observância do dever de denúncia só é exigível se estiverem em causa crimes públicos, ficando desde logo excluídos os crimes semipúblicos e particulares, não havendo quanto a estes um dever de denúncia, mas apenas uma faculdade de o ofendido apresentar queixa (art.49.º e 50.º CPP). Por conseguinte, se os fiscais não apresentarem queixa de factos delituosos que constituam crime semipúblico ou particular, não desacatam o dever de denúncia, estando no entanto a violar o dever de cuidado e de lealdade, por não estarem a atuar com a diligência que lhes é exigida, nem no interesse da sociedade.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

O dever de confidencialidade cede perante este dever, pois os interesses subjacentes ao dever de denúncia prevalecem sobre os interesses do dever de guardar segredo (art.422.º/1/c)/in fine).

### 1.4.5. Dever de impugnação de deliberações sociais

O dever de impugnar deliberações sociais decorre da função de controlo da regularidade do funcionamento interno da sociedade (art.420.º/1/b)) e assume relevância no contexto das SA ao permitir ao órgão de controlo assumir uma função de curador dos interesses dos inúmeros acionistas alheados da vida da sociedade.<sup>56</sup>

Os arts.57.º e 59.º do CSC legitimam a arguição da nulidade ou da anulabilidade das deliberações da AG pelos órgãos de fiscalização. Tratando-se de deliberação ferida de nulidade, nos termos do art.56.º, o órgão de fiscalização deverá dar a conhecê-la à AG. Perante esta comunicação, os sócios podem, se possível, renovar a deliberação nos termos do art.62.º, ou promover a declaração judicial de nulidade (art.57.º/1). Se, no prazo previsto, os sócios não realizarem nenhuma destas diligências, o órgão de fiscalização deve promover imediatamente a declaração judicial de nulidade (art.57.º/2).

Quanto às deliberações anuláveis deverá haver uma ponderação das desvantagens da anulação da deliberação, não estando em causa um dever mas sim um poder.<sup>57</sup>

Porém, parece estar aqui em causa um *poder-dever* paralelo ao estatuído para as nulidades, que impõe não só o conhecimento das invalidades mas exigindo também uma atuação dos órgãos de fiscalização em conformidade, uma vez que o dever de lealdade impõe aos fiscais o dever de promover a anulação de deliberações irregulares no interesse da sociedade, inclusive as aprovadas por unanimidade.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Vd. MAIA, *Invalidade...*, 2001, p.745.

<sup>57</sup> Vd. SERENS, *Notas ...*, 1997, p. 52.

<sup>58</sup> Vd. ASCENSÃO, *Invalidade ...*, 2002, p. 392 e RIBEIRO, *A tutela ...*, 2009, p. 564.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

Este poder-dever sugere uma sujeição do órgão supremo da sociedade à ação crítica do órgão de fiscalização por ele designado, existindo uma inversão da hierarquia normal dos órgãos sociais. Contudo, esta inversão justifica-se pela gravidade do vício da deliberação, até porque o juízo definitivo deste vício pertencerá ao tribunal.<sup>59</sup>

Tratando-se de um órgão de fiscalização pluripessoal como o CF, a legitimidade para a arguição de invalidade dependerá de deliberação tomada por maioria simples (art.423.º/2 e 410.º).

### 1.4.6. Dever de participação orgânica

Os membros dos órgãos de fiscalização, para o desempenho eficaz das suas funções, estão subordinados ao dever de participar na vida da sociedade, traduzido no dever de reunir (art.423.º/1) periodicamente para uma apreciação permanente e ativa da vida societária.

Enquanto no art.421º/1 CSC se destina ao poder de assistir às reuniões da administração para recolher informação, no art.422º, os membros do CF têm o dever de assistir às reuniões da administração para que o presidente da mesma as convoque ou em que se apreciem as contas do exercício (art.422º/1/a) CSC).

A participação dos fiscais nas reuniões de outros órgãos sociais permite aceder e conceder informações e esclarecimentos relevantes atinentes à atividade de controlo, permitindo a formação das deliberações e atuação preventiva sobre os atos irregulares, mediante a sua advertência e proposta de meios de restabelecimento da legalidade.<sup>60</sup>

Neste contexto e ao abrigo do art.422.º/5, o FU, o ROC e os membros do CF que não participem, injustificadamente, durante o exercício social, em mais de duas reuniões do CF, duas assembleias gerais ou duas reuniões do conselho de administração (quando para

---

<sup>59</sup> Vd. CORREIA, LUÍS BRITO, *Regime ...*, 2003, p. 64.

<sup>60</sup> Vd. ANTUNES, *A Fiscalização ...*, 1997, p.148-151.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

estas tenham sido convocados) perdem automaticamente o cargo, sendo a falta injustificada uma causa de cessação automática do mandato.

### 1.4.7. Dever de prestação de caução

Os membros dos órgãos de fiscalização estão obrigados a caucionar a sua responsabilidade ou celebrar um contrato de seguro nos termos previstos para os administradores (art.396.º *ex vi* arts.418.º-A) e por uma das formas admitidas no art.623.º do CC.

Visa-se, assim, promover a confiança de terceiros nas relações de negócio com a sociedade, pois podem contar com a ressarcibilidade dos danos que possam sofrer resultantes de atos danosos praticados pelos fiscais, e estes, por sua vez, passam a dispor um meio de amortecer o impacto financeiro no seu património pessoal, de eventuais obrigações de indemnizar.<sup>61</sup>

O legislador fixou o montante mínimo de €50 000 para as pequenas SA e de €250 000 para as sociedades cotadas e as sociedades que cumpram os requisitos do art.413.º/2/a). A nosso ver, estes montantes põem em causa a utilidade da caução, visto que são manifestamente insuficientes para o cumprimento dos objetivos que se propõe, considerando os variados riscos que a gestão e fiscalização das SA estão expostas, dada a sua grande dimensão. Contudo, se a lei exigisse a prestação de caução de montante elevado provavelmente seria difícil encontrar pessoas dispostas a prestá-la.<sup>62</sup>

Em vez de caução, os membros de órgãos de fiscalização podem optar pela celebração de um contrato de seguro a favor dos titulares de indemnizações (art.396.º/2).

Neste contexto, a indústria seguradora criou coberturas específicas de proteção financeira pessoal dos obrigados, nomeadamente o *D&O Insurance (Directors & Officers*

---

<sup>61</sup> Vd. DIAS, *A fiscalização ...*, 2007, p. 320.

<sup>62</sup> Vd. RAMOS, *Responsabilidade ...*, 2002, p. 76 e p. 133, n. 282.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

*Insurance*). Este produto de seguro permite transferir para uma entidade seguradora, o risco da responsabilidade civil dos administradores e outros sujeitos envolvidos no processo de decisão relacionados com a gestão e destinos da sociedade, inclusive os membros de órgãos de fiscalização.<sup>63</sup>

Sobre este seguro a lei apenas diz que os encargos não podem ser suportados pela sociedade, salvo se a indemnização exceder os valores mínimos fixados. Não são diretamente identificados os segurados (serão os D&O e a sociedade ou apenas os D&O?) nem o tomador do seguro (é a sociedade ou são os D&O?), deixando este silêncio legislativo espaço a várias alternativas negociais.<sup>64</sup>

Sob a influência da *praxis* internacional, este seguro consolidou-se na modalidade de *seguro por conta de outrem*, surgindo a sociedade como tomadora e os fiscais como segurados. Esta prática não resulta em si do silêncio legislativo mas da pressão das seguradoras que, por vezes, não consentem a celebração individual deste seguro por cada um dos fiscais, impondo a sua subscrição pela sociedade.<sup>65 66</sup>

A prestação de caução ou a celebração do contrato de seguro pode ser dispensada por deliberação dos acionistas, mas esta dispensa não é admitida em sociedades que cumpram os requisitos do art.413.º/2/a) (art.396.º/3 *ex vi* art.418.º-A/1). Caso o contrato nada diga ou a AG nada deliberar, a caução deverá ser prestada nos termos do art.396.º.

O art.396.º/4 prevê a cessação imediata de funções como consequência do não caucionamento no prazo fixado na norma, surgindo algumas dúvidas relativamente à qualificação dessa caução e aos efeitos resultantes do seu incumprimento.

Quanto à validade e eficácia dos atos praticados sem o caucionamento da

---

<sup>63</sup> Vd. DIAS, *Fiscalização ...*, 2006, p. 106.

<sup>64</sup> Vd. CARRILO, ELENA & RAMOS, MARIA, *Responsabilidade ...*, 2006, p. 295.

<sup>65</sup> Vd. RAMOS, *O seguro ...*, 2010, p. 311.

<sup>66</sup> Muitos são os problemas que emergem desta modalidade de seguro, nomeadamente o âmbito do seu conteúdo típico, as coberturas e as exclusões, mas tais questões não serão aqui desenvolvidas por extravasarem o objeto deste estudo.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

responsabilidade ou a celebração do contrato de seguro, eles serão seguramente válidos e eficazes se forem praticados no prazo que a lei atribui para regularizar a situação. O problema coloca-se quando os atos são praticados após este período, desencadeando a cessação imediata de funções.

Este entendimento parece-nos demasiado drástico, pois acarreta consequências graves e eventualmente desajustadas ao resultado pretendido, uma vez que a cessação de funções corresponde a caducidade e, por conseguinte, terá repercussões em matéria de vinculação da sociedade e de validade dos atos praticados pelos fiscais.<sup>67</sup> Por conseguinte, não sendo a caução registável, os terceiros não têm oportunidade de se aperceberem da sua prestação ou não, nem da consequente cessação imediata de funções, pelo que uma leitura impeditiva e destruidora dos efeitos seria excessiva.

Uma das soluções apontadas para esta questão é a qualificação desta cessação de funções como *suspensão temporária* das funções do fiscalizador, com reposição automática mediante a prestação posterior da caução, sendo válidos e eficazes os atos por eles praticados, responsabilizando-se os fiscais na qualidade de fiscais de *facto*.<sup>68</sup>

Outra solução avançada é a de aceitar que a caducidade da designação seja juridicamente impeditiva do desempenho de funções, mas não impeça que os atos praticados pelos fiscais em nome da sociedade a vinculem perante terceiros – sem prejuízo da responsabilidade perante a sociedade pelos consequentes danos. A nosso ver, esta é a solução mais equilibrada e a mais adequada ao texto da norma.

---

<sup>67</sup> Vd. DIAS, *A fiscalização ...*, 2007, p. 331.

<sup>68</sup> Vd. DIAS, *Fiscalização ...*, 2007, p. 333.

**1.5. A bitola *elevados padrões de diligência profissional* no cumprimento dos deveres de cuidado por parte dos fiscalizadores, nos atos *materialmente de fiscalização***

No tocante à atividade de fiscalização em sentido material, o legislador consagrou como bitola os «*elevados padrões de diligência profissional*», contrariamente ao dos administradores, nos termos do art.64.º/1/a), que exigira «*a diligência de um gestor criterioso e ordenado*».

Temos, assim, de averiguar a razão subjacente à consagração de um diferente critério para os membros do órgão de fiscalização e procurar concretizar o conceito indeterminado «*elevados padrões de diligência profissional*».<sup>69</sup>

Ao passo que o dever dos administradores assenta num dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, num dever de atuação procedimentalmente correta e, ainda, num dever de tomar decisões substancialmente razoáveis<sup>70</sup> o dever dos fiscalizadores consiste num controlo organizativo-funcional do próprio órgão de fiscalização (sempre que ele seja colegial), no dever de, sempre que tenham de tomar alguma decisão ou praticar algum ato, desenvolverem um procedimento correto obtendo toda a informação relevante disponível, para que assim possam tomar a decisão substancialmente mais correta, ou mesmo no dever de, sempre que julguem necessário, contratarem a prestação de serviços de peritos que os coadjuvem no exercício das suas funções (cf. o art.420.º/1/ al. 1).

Atendendo aos três modelos de fiscalização previstos no art.278.º/1 – CF, comissão de auditoria e conselho geral e de supervisão – verificamos que, *grosso modo*, é possível juntar sujeitos com conhecimentos especiais ou competências profissionais em matéria de fiscalização a sujeitos desprovidos dessas competências, o que dificulta a tarefa de

---

<sup>69</sup> Vd. MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p. 76 e FRADA, *A Business ...*, 2007, p. 206.

<sup>70</sup> Vd. ABREU, *Deveres ...*, 2007, p. 20.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

interpretação do critério «*elevados padrões de diligência profissional*». <sup>7172</sup>

A nosso ver esta diligência profissional deverá ser analisada considerando o órgão de fiscalização em questão, assim como as qualidades dos seus membros. Assim, quando o órgão de fiscalização seja composto apenas por um ROC, a diligência profissional exigida será a de qualquer ROC no exercício das suas funções de revisão e certificação legal de contas colocado na situação concreta.

Já relativamente aos restantes membros dos órgãos de fiscalização, como os membros do CF, será mais difícil a concretização e teremos de observar as estruturas organizatórias das sociedades e a composição dos vários órgãos de fiscalização, tendo que em conta que, *primus*, no seio dos vários órgãos de fiscalização pluripessoais de funcionamento colegial como o CF e no qual é primordial a exigência de qualificações e experiência profissional para o exercício de funções por parte de todos os seus membros (sendo que quando estes sejam sociedades de advogados ou SROC essas estarão pressupostas) contrariamente à Comissão de Auditoria e ao Conselho Geral e de Supervisão, no qual se exige apenas a presença de, pelo menos, um membro com curso superior adequado ao exercício das suas funções e com conhecimentos de auditoria ou contabilidade; *secundus* é a incompreensível diferença qualitativa na composição do CF ser mais rigorosa que a dos outros órgãos, cuja única explicação possível é a de “moralizar” e revitalizar a atividade do CF, olhada há muito com suspeição e descrença.

Concluimos assim que, mesmo quando os membros não sejam ROC ou SROC, a lei

---

<sup>71</sup> Remetemos o tratamento das diferenças na composição dos diversos órgãos de fiscalização para explicação clara de MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p. 77, n. 148. Contudo, o autor salienta a existência de «*tratamento diferenciado entre o CF e comissão de auditoria ou o conselho geral e de supervisão, uma vez que a composição qualitativa do CF é bem mais exigente da destes últimos órgãos, o que não se compreende bem, atentas as semelhanças (ainda que com alguns afastamentos) das funções desempenhadas por qualquer um dos órgãos*».

<sup>72</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, refere a dificuldade de densificar esta cláusula geral, considerando que, no tocante aos ROC, será possível preencher o conceito por referência às regras profissionais vertidas no respetivo estatuto, sendo certo que relativamente aos restantes membros dos órgãos de fiscalização as dificuldades serão maiores. A autora defende que o exato conteúdo desta cláusula geral apenas poderá ser alcançado “*em conjugação com as normas especiais do CSC onde se consagram os deveres e as funções específicas de cada órgão de fiscalização*”, Cfr. DIAS, *Fiscalização ...*, 2006, p. 54.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

vai dando pistas quanto à forma de densificar os referidos padrões de diligência profissional: em alguns casos a diligência profissional deve ser aferida atendendo às qualificações profissionais para o exercício das funções de fiscalização, noutros casos atendendo a estas qualificações, bem como aos seus conhecimentos de auditoria e de contabilidade.<sup>73</sup>

A dúvida surge na aplicação desta “*diligência profissional*” aos membros que não tenham nem lhes sejam exigidas especiais qualificações.

Deverá exigir-se a diligência profissional do bom fiscalizador,<sup>74</sup> atendendo aos deveres e competências que lhes são atribuídos por lei e, como tal, tratando-se do ROC ou dos restantes membros de órgão de fiscalização com especiais qualificações ou sem elas, será necessário um padrão de diligência superior ao do *fiscalizador médio*, cuja concretização terá de ser feita *in casu*.

Outra questão prática que se coloca no seio do CF é se, no caso de um CF de uma sociedade de estrutura tradicional simples, será que o ROC está obrigado a um grau de diligência superior aos dos restantes membros do órgão de fiscalização?<sup>75</sup>

A resposta deverá ser afirmativa, devendo exigir-se no plano das relações internas a determinados membros dos órgãos de fiscalização dotados de especiais qualificações (como o ROC, SROC ou sociedades de advogados) uma maior diligência no desempenho das suas funções, com maior censurabilidade da sua conduta, fazendo com que, no plano das relações internas e para efeitos de direito de regresso entre os membros do órgão de fiscalização solidariamente responsáveis, determinados sujeitos possam vir a ser “mais

---

<sup>73</sup> Neste sentido, vd. MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p.78.

<sup>74</sup> SILVA, CALVÃO DA, *Corporate Governance ...*, 2006, p. 52», fala no “*estalão objetivo e tipicizado do “bónus pater familias” da profissão em apreço, com a diligência a dever apreciar-se em relação à natureza da atividade*”.

<sup>75</sup> Em Itália a questão coloca-se em termos bastante semelhantes relativamente aos casos de composição heterogénea do *collegio sindacale*. Estes casos ocorrem quando a revisão de contas não se encontra entregue a uma sociedade de revisori contabili, mas seja levada a cabo pelo próprio *collegio sindacale*.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

responsáveis” do que outros.<sup>76</sup>

A bitola da diligência tem relevo a nível da culpa, apontando o esforço que o sujeito em causa (o devedor) deve observar no cumprimento da obrigação a seu cargo, quer nos termos do art.64.º/1/a), quer nos termos do art.64.º/2, sendo o modelo previsto o da *culpa em abstracto*, ou seja, o modelo de um sujeito ideal atendendo à natureza das funções desempenhadas.<sup>77</sup>

No plano das relações externas, a diferenciação da diligência exigida deve ser vista *cum grano salis*, considerando que, em termos de culpa, *maxime negligência*, estará em causa a deficiência da vontade do devedor e ainda o “erro de conduta entendido como a falta de qualidades ou de aptidão do devedor da prestação para a desempenhar”,<sup>78</sup> no qual, “*pelo menos no campo da responsabilidade contratual, cada contraente deve poder confiar que o outro possui as qualidades necessárias ao cumprimento da obrigação a que se vinculou*”.<sup>79</sup>

Observamos, assim, que a intenção do legislador ao impor um padrão de diligência mais exigente do que aquele estabelecido para os administradores, é de louvar, demonstrando a importância fulcral da atividade de fiscalização e os conhecimentos acima da média que os seus membros deverão ter, na medida em que serão eles que irão salvaguardar, em última instância, o interesse social, contrariamente ao padrão do *bónus pater familias* e a diligência do homem médio exigida aos administradores.<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> Para contrariar esta ideia poderá apontar-se que todos os membros do órgão de fiscalização podem rodear-se da melhor informação, mediante a colaboração de peritos contratados – Cfr. o art. 420.º/1/l).

<sup>77</sup> Cfr. VARELA, *Das Obrigações ...*, Vol. I, p. 576.

<sup>78</sup> Para distinguir a deficiência da vontade do erro da vontade, vd. ANDRADE, *Teoria ...*, 1963, p. 342-343.

<sup>79</sup> Vd. MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p. 80-81.

<sup>80</sup> Vd. MARQUES, *Os deveres ...*, 2009, p. 79.

**1.6. A bitola da *diligência de um gestor criterioso e ordenado* no cumprimento dos deveres de cuidado, por parte dos fiscalizadores, nos atos formalmente de fiscalização**

A aplicação analógica dos deveres de cuidado previstos no art.64.º/1/a)/1.º parte aos fiscalizadores faz com que seja exigida a mesma medida de esforço dos administradores no seu cumprimento – a bitola da «*diligência de um gestor criterioso e ordenado*».

Qual é então a medida de esforço inerente à formulação escolhida pelo legislador? Genericamente, a doutrina<sup>81</sup> diverge entre o critério civilístico do *bónus pater familias* previsto no art.487.º/2 CC – referente ao tipo de «homem-médio», «medianamente cuidadoso e prudente» e um padrão de diligência mais rigoroso face ao comum.<sup>82</sup>

A nosso ver deverá seguir-se o padrão do homem-médio, utilizando o legislador a expressão «*gestor criterioso e ordenado*» para uma adaptação do critério do *bónus pater familias* ao direito societário. A própria lei no art.390.º/3 não exige aos potenciais administradores mais do que a capacidade jurídica plena. Acrescente-se ainda o contraste com o art.64.º/2 onde o legislador incluiu o adjetivo «*elevados*», não o prevendo quanto aos administradores.

Podem, ainda assim, contribuir para a avaliação do esforço *in casu* fatores como a experiência, a exigência de uma especial preparação (curso de Economia, Gestão, Direito, Engenharia, etc)<sup>83</sup> objeto social, dimensão e natureza da sociedade; a importância e o tempo disponível para a operação em causa e ainda a importância e magnitude do risco envolvido (não se pode exigir o mesmo padrão de diligência de um administrador de uma instituição

---

<sup>81</sup> VASCONCELOS, *Responsabilidade ...*, 2009, p. 17-18. Neste sentido parece estar também CÂMARA, *O Governo ...* 2008, p. 33, quando refere «o critério que uma pessoa normalmente prudente na mesma posição utilizaria e circunstâncias semelhantes». Entre os defensores de um padrão mais exigente estão NUNES, *Corporate Governance ...*, 2006, p. 34; GOMES, *Reflexões ...*, 2011, p.563; COSTA, RICARDO & DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Comentário ao art. 64.º ...*, 2010, p. 734.

<sup>82</sup> Segundo o AcSTJ 9 Mai 2006 (Paulo Sá), CJ/AcSTJ, ano XIV, t. II, 2006, p. 73-76, «o padrão de comportamento exigível aos gerentes não é o do bom pai de família, ma o de um gestor dotado das qualidades necessárias para o cargo».

<sup>83</sup> Vd. ABREU, *Deveres ...*, 2007, p. 20.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

de crédito, p. ex. um Banco, como a de um administrador de uma SA de pequena/média dimensão).

### II - A Responsabilidade pela Fiscalização

#### 2.1. Pressupostos

Ao abrigo do artigo 72.º/1 a constituição da obrigação de indemnizar resulta de um facto voluntário dos fiscais que originou a violação culposa de um dever legal ou contratual, da qual resultam danos para a sociedade, em consequência dessa conduta (ação ou omissão). Observamos, assim, uma correspondência entre os pressupostos desta responsabilidade e os pressupostos gerais da responsabilidade civil subjetiva (art. 483.º e 798.º CC).<sup>84</sup>

##### 2.1.1. O facto

Na responsabilidade dos membros do órgão de fiscalização há uma individualização, *ie*, trata-se de uma responsabilidade por factos próprios, sendo ao abrigo do n.º1 do art.72.º (*ex vi* do art.81.º/1) responsáveis os titulares do órgão e não o próprio órgão.

A lei estabelece uma presunção de culpa na responsabilidade perante a sociedade (o que acontece na responsabilidade contratual – art.799.º CC) *ex vi* art.81.º/1 nomeadamente para o art.72.º/1/*in fine*.

O mesmo não acontece com os credores, sócios e terceiros, porquanto os art.78.º/5 e 79.º/2 não remetem para o art.72.º/1.

Assim, ao ROC é aplicável o art.82.º quando atua autonomamente (modelo clássico nas grandes sociedades do art.413.º/1/b)), ao passo que aos restantes membros do CF e

---

<sup>84</sup> Vd. LEITÃO, *Direito ...*, 2010, p. 295.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

também ao ROC quando exerce as mesmas funções integrado no CF se aplica o art.81.º. Estes são independentes e não estão sujeitos às deliberações das assembleias gerais, pelo que estas nunca poderão constituir para eles causas de exclusão de responsabilidade, como acontece com os administradores (art.72.º/5) e, quando seja autónomo ao CF, o art.82.º não manda aplicar o art.72.º/2, não estando sujeitos ao art.64.º mas sim ao DL n.º487/99 e respondendo perante sócios e terceiros de acordo com a responsabilidade civil aquiliana (art.78.º e 82.º/2).

A análise dos factos constitutivos da responsabilidade do fiscalizador exige a destrição entre as situações de responsabilidade resultantes da atuação exclusiva do fiscalizador e as de responsabilidade solidária resultante da atuação concorrente de outros membros do órgão de fiscalização ou do administrador.

A responsabilidade por atuação exclusiva do fiscalizador surge quando o dano resulte da violação individual de um dever legal ou contratualmente estabelecido (como seria a violação dos deveres anteriormente mencionados no ponto 1.4), sendo todos os membros do órgão de fiscalização solidariamente responsáveis quando os danos causados resultem de deliberação por eles emanada (art. 73.º *ex vi* art. 81.º/1). Contudo, esta responsabilidade é igualmente por factos próprios, ie, não basta a qualidade de membro do órgão para a sua responsabilização, é necessário também que o agente tenha praticado ou participado no facto ilícito<sup>85</sup> e, como tal, a solidariedade existirá apenas entre os fiscais participantes do ato ilícito, como veremos a propósito da aplicação do art.72.º/3.

Os membros dos órgãos de fiscalização respondem ainda solidariamente com os administradores da sociedade, por atos ou omissões destes no desempenho das suas funções, quando o dano se não teria produzido se houvessem cumprido as suas “*obrigações de fiscalização*” (art.81.º/2).

O ROC responde solidariamente, perante a sociedade e os sócios, sempre que atuarem culposamente e, para com os credores sociais, nos termos do disposto no art.78.º

---

<sup>85</sup> RAMOS, *A responsabilidade ...*, 2002, p. 77.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

(cfr. art.82.º).

A solidariedade resultante destas situações implica que a sociedade possa exigir indemnização integral a qualquer um dos sujeitos responsáveis, e o cumprimento da obrigação de indemnizar a todos libera, havendo direito de regresso entre os mesmos na medida das respetivas culpas e sendo esta presumidamente igual entre as pessoas responsáveis (art.73.º/2), havendo aqui pouco a acrescentar relativamente ao que se estabelece no CC (art.512.º/1; 517.º/1; 519.º/1; 523.º e 524.º).

### **4.1.2. A ilicitude**

A ilicitude é, em matéria de responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização, o pressuposto que mais especificidade apresenta relativamente aos pressupostos gerais da responsabilidade civil, advinda dos particulares deveres que recaem sobre os fiscais.

Segundo o art.72.º/1, a ilicitude da atuação dos fiscais resulta da violação de deveres legais ou contratuais, sendo necessário que exista uma norma que preveja um dever correspondente para que os fiscais sejam chamados a responder pela sua conduta.

Os deveres legais são aqueles que resultam diretamente da *lei em sentido amplo*, ie, diversos tipos de actos legislativos e regulamentos e podendo revestir natureza imperativa ou facultativa.

### **4.1.3. A culpa**

Como sabemos já de Direito Civil, a responsabilização do agente pelos danos causados por um facto ilícito exige a verificação de um nexo de imputação pessoal do facto ao lesante.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

A responsabilidade dos fiscais perante a sociedade segue igualmente esta regra (art.72.º/1 *ex vi* art.81.º/1).

O padrão geral para ajuizar a culpa dos fiscais é o da *culpa em abstracto*, aferida pelo critério de «*elevados padrões de diligência profissional*» (art. 64.º/2), sendo a sua conduta merecedora de um juízo de censura e reprovação se estes falharem na especial diligência profissional devida em face das circunstâncias concretas do caso.

Perante a prova da ilicitude presumir-se-á que a conduta é culposa, seja em forma de dolo ou de mera culpa. Tratando-se de presunção legal *iuris tantum*, pode ser afastada mediante a comprovação de que a conduta ilícita não procede de culpa do fiscalizador.

Todavia, se considerarmos que as obrigações que emergem do exercício das funções de fiscalização são essencialmente obrigações de meios<sup>86</sup> para além da prova de não obtenção do resultado previsto para se considerar provado o não cumprimento, é também necessário provar que os fiscais não realizaram, os atos que normalmente traduziriam uma fiscalização especialmente diligente de acordo com as normas de condutas aplicáveis ao exercício da profissão.

Os fiscais, enquanto «*devedores de meios*» só serão responsabilizados se, para além da violação do dever objetivo de cuidado que sobre eles juridicamente impende, revelarem uma atitude interior de descuido ou leviandade face à norma de comportamento, caso contrário, a sua conduta, conquanto ilícita, não será culposa.<sup>87</sup>

### 4.1.4. O dano

No facto constitutivo da responsabilidade civil é essencial o prejuízo, para que a

---

<sup>86</sup> Vd. ANTUNES, *A Fiscalização ...*, 1997, p. 170-173; GALGANO, FRANCESCO, *Trattato ...*, 1988, p. 313.

<sup>87</sup> Vd. RIBEIRO, RICARDO LUCAS, *Obrigações ...*, p. 129.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

responsabilidade atue sobre este e o reparo<sup>88</sup> não sendo suficiente a inexecução das obrigações de fiscalização em si, tendo a observância do dever exigido de ter utilidade para a sociedade.

O art.72.º/1 não avança a noção e natureza do dano, pelo que devemos interpretá-lo recorrendo ao Direito Civil.

No âmbito do Direito Civil, o dano é definido como todo o prejuízo, *desvantagem ou perda causada nos bens jurídicos*,<sup>89</sup> toda a *ofensa de bens ou interesses alheios juridicamente protegidos*,<sup>90</sup> ou ainda como a *frustração de uma utilidade objeto de tutela jurídica*.<sup>91</sup>

Assim sendo, em termos societários, os fiscais respondem pelo prejuízo real que a sociedade sofreu *in natura*,<sup>92</sup> pelos danos patrimoniais e não patrimoniais quer estes consistam numa diminuição do património da sociedade (danos emergentes) ou no não desse património (lucro cessante) – art.564.º/1 CC - pelos danos já verificados à data da fixação da indemnização (danos presentes), bem como os danos não verificados, desde que previsíveis e certos (danos futuros) – art.564.º/2 CC.

### 4.1.5. O nexo de causalidade

Os membros dos órgãos de fiscalização respondem somente pelos danos que tenham um nexo causal com a sua conduta ilícita, verificando-se uma *causalidade adequada*<sup>93</sup>, segundo a qual o facto deve ser causa adequada da produção do dano, não bastando apenas que tenha sido em concreto causa do dano em termos de *conditio sine qua non*. Assim, a conduta dos fiscais apenas considerar-se-á causa do dano quando este

---

<sup>88</sup> Vd. COSTA, *Direito das Obrigações ...*, 2013, p. 590.

<sup>89</sup> Vd. SERRA, VAZ, *Obrigações ...*, 1959, p. 8 e 9.

<sup>90</sup> Vd. COSTA, *Direito ...*, 2013, p. 591

<sup>91</sup> Vd. LEITÃO, *Direito ...*, 2010, p. 343.

<sup>92</sup> Vd. RAMOS, *Aspectos ...* 1997, p. 240

<sup>93</sup> Vd. a este propósito o Ac. STJ de 17-6-97 (Afonso Correia), in Col. Jur., 1997, III, p. 220.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

constitua uma consequência normal, típica e provável dela (art.563.º CC) e o facto ilícito dos fiscais só não será considerado como causa adequada se se mostrar, pela sua natureza, indiferente para a produção do dano.<sup>94</sup>

### **2.2. A exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização**

No quadro da exclusão de responsabilidade de membros de órgãos de fiscalização, encontramos no art.72.º *ex vi* art.81.º três situações em que esta pode ocorrer: atuação segundo critérios de racionalidade empresarial (art.72.º/2); não participação ou voto vencido em deliberação colegial (art.72.º/3) ou em atos ou omissões assentes na deliberação dos sócios (art.72.º/5).<sup>95</sup>

#### **2.2.1. A Business Judgment Rule**

Após analisarmos o conteúdo dos deveres previstos no art.64.º/2 iremos agora conjugá-lo com o regime da responsabilidade dos administradores previsto no art.72.º ss. (aplicado, *ex vi* art. 81.º/1, aos membros do órgão de fiscalização), *ie*, com a BJR acolhida no nosso ordenamento jurídico pelo art.72.º/2.

A BJR ou «*regra de decisão empresarial*»<sup>96</sup> surgiu nos EUA com a decisão do caso *Aronson v. Lewis*, em 1984, como presunção de que no processo de decisão negocial os diretores das sociedades atuaram numa base informada, de boa-fé e na convicção honesta de que a sua atuação corresponde ao melhor interesse da sociedade. Neste aresto surge

---

<sup>94</sup> Vd. ANDRADE, *Teoria ...*, 1963, p. 355.

<sup>95</sup> Note-se ainda que, ao abrigo do art. 74.º/1, são nulas as cláusulas insertas no contrato de sociedade ou no contrato de administração que excluam ou limitem a responsabilidade dos administradores. Vd. Ac. Rel. Coimbra de 11-10-2011 (Ana Cristina Duarte), in Jusnet, 5684/2011. Simultaneamente, o parecer favorável ou o consentimento do órgão de fiscalização não exoneram de responsabilidade os membros da administração – art. 72.º/6.

<sup>96</sup> Vd. ABREU, «*Responsabilidade ...*», 2010, p. 37

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

ainda o conceito de negligência grosseira, quanto ao nível de exigência que se coloca aos diretores para se determinar quando não agiram numa base informada.<sup>97</sup>

Esta regra é uma «*pedra toque de toda a jurisprudência sobre o dever de cuidado (duty of care) no contexto societário*» tratando-se de uma presunção de licitude, elidível mediante prova em contrário, a produzir pelo lesado, aproveitando a regra como um meio de economia judiciária.<sup>98</sup>

Em Portugal, foi consagrada esta regra de *exclusão da ilicitude* no artigo 72.º/2 CSC, tratando-se de uma presunção de conformidade da conduta dos administradores com as exigências legais, desde que se encontrem preenchidos os pressupostos *ausência de conflitos de interesses e razoável diligência na recolha de informação*, a provar pelo administrador e que tenha sido tomada na honesta convicção de que prosseguiria o melhor interesse da sociedade, mesmo que o resultado tenha sido danoso para esta.<sup>99</sup>

Pretende-se com a BJR a preservação da discricionariedade na atividade dos administradores, assente numa panorama de incerteza e risco, por ser economicamente desejável a não inibição da tomada de decisões arriscadas<sup>100</sup> e ainda por a análise do mérito das decisões empresariais pelos tribunais poder ser desastrosa, não tendo os juízes formação específica na área de gestão empresarial nem critérios para analisar outros fatores importantes a ter em consideração nas decisões empresariais e que não foram levados ao processo.

Paralelamente, a análise *ex post* do mérito da decisão empresarial é muitas vezes depauperada pelos dados referentes aos maus resultados da decisão, não se tendo em

---

<sup>97</sup> Cit. ROSENBERG, DAVID, *Galactic ...*, p. 498, *apud* GOMES, *Reflexões ...*, 2011, p. 556, n. 13; SERAFIM, *Os deveres ...*, 2011, p. 546.

<sup>98</sup> Vd. MILLER, ELISABETH S. & RUTHLEDGE, THOMAS E., *The duty ...*, 2005, p. 343 ss. *Apud* DIAS, *A fiscalização ...*, 2007, p. 311.

<sup>99</sup> HASS, *Directorial ...*, 1995-6, p. 2145 *apud* GOMES, *Reflexões ...*, 2011, p. 557.

<sup>100</sup> FERREIRA, *Os deveres ...*, 2009, p. 696; SERAFIM, *Os deveres ...*, 2011, p. 548, refere «*a business judgment rule como fator promotor do progresso e do desenvolvimento económico da sociedade*» e ABREU, *Responsabilidade ...*, 2010, Almedina Coimbra, p. 39 refere que «*nos negócios não há “certezas”*», «*o mercado decidirá se a decisão tomada foi a mais acertada*».

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

consideração que uma decisão com maus resultados pode ser uma excelente decisão no momento da sua prolação.<sup>101</sup>

Atendendo ao art.72.º/2 do CSC, se o administrador demonstrar que cumpriu os pressupostos exigidos pela norma, ele elidirá a presunção de culpa assim como demonstra a licitude da sua conduta, cabendo então à sociedade provar os factos constitutivos do direito à informação; com exceção da culpa, que se presume.<sup>102</sup>

Todavia, a insindicabilidade do mérito das decisões dos administradores não é irrestrita. A BJR é descrita por referência ao dever de cuidado, mas não se aplica em todas as manifestações deste dever. O dever de cuidado traduz-se em quatro principais obrigações: 1) dever de apurar as informações adquiridas quanto à sua atendibilidade (*duty of inquiry*); 2) dever de controlar ou vigiar a condução da atividade da sociedade (*duty to monitor*); 3) dever de razoabilidade no *iter decisional*; 4) dever de tomar decisões razoáveis.<sup>103</sup>

A BJR aplicar-se-á apenas às duas últimas situações elencadas, pelo que a interpretação do art.72.º/2, em referência aos deveres mencionados no n.º1 do mesmo artigo, deve ser restritiva.

Fora do âmbito da aplicação desta regra estão decisões estritamente vinculadas ou que atendam a deveres legais, específicos, estatutários ou contratuais, cuja observância é incondicional, não havendo, pois, lugar para a discricionariedade e as situações de violação do dever de lealdade, não só porque ele se impõe de forma absoluta (não admitindo ponderações), mas também porque a aplicação do art.72.º/2 exige o preenchimento do requisito da independência na formação da decisão.

Assim, a BJR restringir-se-á às situações em que os administradores gozem de autonomia decisória, dispondo de amplos espaços de livre apreciação imprescindível para a

---

<sup>101</sup> NUNES, *Corporate Governance ...*, 2006, p. 24.

<sup>102</sup> Vd. ABREU, *Responsabilidade ...*, 2010, p. 43

<sup>103</sup> Vd. SILVA, JOÃO SOARES DA, *Corporate Governance ...*, 1997, p. 623-624.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

atividade de gestão.<sup>104</sup>

O entendimento da BJR não é unânime no ordenamento jurídico norte-americano. Para a jurisprudência do Estado de Delaware – pioneira em matéria de direito societário - a BJR é entendida como uma presunção de atuação correta do administrador.<sup>105</sup>

Note-se, contudo, que a BJR enquanto mecanismo de exclusão da responsabilidade, não será accionada quando a conduta do administrador é totalmente desrazoável ou irracional, não cabendo na discricionariedade de actuação do administrador. Tal verifica-se quando a conduta é insusceptível de se qualificar como uma de entre as várias condutas que um administrador razoavelmente diligente e informado teria podido optar.

### 2.2.2. A BJR em Portugal

Em Portugal, ainda antes da tipificação da BJR, já a jurisprudência fazia referência à figura, sendo exemplo disso a sentença proferida na 3.<sup>a</sup> Vara Cível de Lisboa, em 27 de Outubro de 2003.<sup>106</sup>

Com a Reforma de 2006, o art.72.º/2 passou a consagrar a BJR corporizando uma preocupação da CMVM em «potenciar (ou não restringir) o sentido empresarial e empreendedor de atuação dos administradores». Embora seja de inspiração norte-americana,<sup>107</sup> a BJR tal como foi consagrada entre nós, afastou-se do entendimento seguido nos EUA – nomeadamente na jurisprudência do Delaware -, que a toma como uma «presunção de licitude».<sup>108</sup> Alguns autores continuam a defender esse seguimento<sup>109</sup>,

---

<sup>104</sup> Vd. ABREU, *Responsabilidade* ..., 2010, p. 38; FRADA, *A Business* ..., 2007, p. 228 e NUNES, *Corporate* ..., 2006, p. 23.

<sup>105</sup> Vd. Cfr. FERREIRA, *Os deveres* ..., 2009, p. 697 e SERAFIM, *Os deveres* ..., 2011, p. 557

<sup>106</sup> Cfr. NUNES, *Corporate* ..., 2006, p. 9 ss.

<sup>107</sup> Vd. Processo de Consulta Pública da CMVM, cit., p. 17

<sup>108</sup> FERREIRA, *Os deveres* ..., 2009, p. 724. Na base desta recusa está o argumento de «que a consagração no direito português de uma presunção de licitude da atuação do administrador implicaria uma fratura de Consulta Pública da CMVM».

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

enquanto outros defendem uma exclusão da culpa<sup>110</sup> e outros optam por uma exclusão de ambas.

No Direito português, por conseguinte, cabe à sociedade «*apenas o ónus de apresentar indícios suficientes da violação dos deveres dos administradores*»,<sup>111</sup> recaindo sobre os administradores o ónus de demonstrar a verificação dos pressupostos que permitem excluir a sua responsabilidade.<sup>112</sup> A razão por detrás deste entendimento prende-se: *primus*, quer com as características *sui generis* do ordenamento jurídico português, caracterizado por um baixo nível de litigiosidade<sup>113</sup> - o que poderia conduzir a um agravamento do défice de sentenças condenatórias nesta matéria; *secundus*, com a necessidade de imprimir um efeito dissuasor em relação ao exercício descuidado da administração<sup>114</sup> *tertius*, por ser razoável que sejam os administradores a provar que estão observados os requisitos do art. 72.º/2, pois estes estão familiarizados com as funções administrativas, ao contrário do lesado que pode ver a sua tarefa, naturalmente, dificultada devido ao seu afastamento em relação à administração.<sup>115</sup>

### 2.2.3. Pressupostos: a necessária articulação do art. 72.º/2 com os deveres de cuidado previstos no art. 64.º/1/a)

A análise dos pressupostos anteriormente referidos para aplicação da BJR terá de ser conjugada com os deveres de cuidado previstos no art. 64.º/1/a)/1.ª parte, constituindo o art. 72.º/2 um «*prolongamento*<sup>116</sup> *do preceito anterior*». <sup>117</sup> No ordenamento jurídico norte-

---

<sup>109</sup> Dias, *Fiscalização ...*, 2006, p. 74 e ss. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS qualifica como causa de exclusão da ilicitude mas critica a opção do legislador e reconhece que não corresponde à jurisprudência dos tribunais de Delaware, que está na sua origem, Cfr. VASCONCELOS, *Responsabilidade ...*, p. 71.

<sup>110</sup> CORDEIRO, *Manual...* Vol. I, p. 929 e SILVA, CALVÃO DA, *Corporate Governance ...*, p. 142 e ss.

<sup>111</sup> Cfr. RIBEIRO, *O Dever ...*, 2011, p. 30 e FRADA, *A Business ...*, 2007, p. 226.

<sup>112</sup> Cfr. CÂMARA, *O Governo ...*, 2008, p. 52 e RIBEIRO, *O Dever ...*, 2011, p. 30; FRADA, *A Business ...*, 2007, p. 227.

<sup>113</sup> Cfr. CÂMARA, *O Governo ...*, 2008, p. 50.

<sup>114</sup> Cfr. SERAFIM, *Os deveres ...*, 2011, p. 567; FRADA, *A Business ...*, 2007, p. 224.

<sup>115</sup> Cfr. FRADA, *A Business ...*, 2007, p. 227; RIBEIRO, *O Dever ...*, 2011, p. 30, n. 21.

<sup>116</sup> Cfr. CÂMARA, *O Governo ...*, 2008, p. 49.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governança Societário Clássico

americano, os deveres de cuidado desenvolveram-se de forma paralela à BJR demonstrando a necessária articulação entre as duas realidades.<sup>118</sup> A ponte de ligação entre os dois preceitos estabelece-se, desde logo, no primeiro requisito da BJR: a decisão do administrador deve ser precedida da recolha e tratamento da informação. Assim, a consagração de um dever de obtenção de informação está interligado com o dever «*conhecimento adequado da sociedade*», previsto no art. 64.º/1/a).<sup>119</sup>

Qual será então a extensão da informação recolhida? A jurisprudência norte-americana, a doutrina nacional e internacional são unânimes neste ponto: o administrador apenas recolhe a informação que, em face das circunstâncias do caso concreto esteja razoavelmente disponível.<sup>120</sup> Não se é exigida a recolha de toda a informação existente, na medida em que o custo associado poderia ser superior aos benefícios; mas apenas aquela que se mostre razoável. A razoabilidade vai depender de diversos fatores que só podem ser analisados caso a caso tais como: a importância da decisão, a urgência na tomada da decisão, o custo em obtê-la,<sup>121</sup> os conhecimentos e experiência do administrador e a necessidade de recurso a consultores internos ou externos.<sup>122</sup>

O segundo requisito previsto no art.72.º/2 corresponde à inexistência de interesse pessoal na decisão, ie, não se aplica caso haja uma violação do dever de lealdade, *máxime* no seu sentido negativo: no momento em que toma a decisão, o administrador não deve ter qualquer interesse pessoal naquela decisão.<sup>123</sup>

Como foi dito anteriormente, a BJR atua no âmbito das decisões discricionárias. Ora, no âmbito do dever de lealdade não há qualquer tipo de discricionariedade, atuando

---

<sup>117</sup> A atuação em termos informados e a racionalidade empresarial «*correspondem a manifestações do dever de cuidado*», cfr. SERAFIM, *Os deveres ...*, 2011, p. 560.

<sup>118</sup> Cfr. VASCONCELOS, *Responsabilidade ...*, 2009, p. 21 e 23.

<sup>119</sup> Cfr. CÂMARA, *O Governo ...*, 2008, p. 31.

<sup>120</sup> ABREU, *Responsabilidade ...*, 2010, p. 21.

<sup>121</sup> Cfr. ABREU, *Responsabilidade ...*, 2010, p. 21.

<sup>122</sup> Cfr. FERREIRA, BRUNO, *Os deveres ...*, 2009, p. 727.

<sup>123</sup> Acresce, por maioria de razão, o dever de não prossecução dos interesses de terceiros em detrimento da sociedade. Impõe-se, portanto, uma interpretação extensiva do preceito, cfr. FRADA, *A Business ...*, 2007, p. 234.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

dentro dos limites do dever de lealdade.<sup>124</sup>

O terceiro – e último requisito – exige que a decisão tenha por base «*critérios de racionalidade empresarial*», aderindo o legislador a um critério menos exigente na avaliação da decisão do administrador<sup>125</sup>.

### **2.2.4. A aplicabilidade (ou não) da cláusula de exclusão de responsabilidade/BJR do artigo 72.º/2 CSC aos membros dos órgãos de fiscalização**

A opinião da doutrina maioritária é de a BJR dever ser aplicada, *mutatis mutandis*, aos membros de órgãos de fiscalização.<sup>126</sup>

A aplicabilidade da cláusula de exclusão da responsabilidade aos fiscalizadores é permitida pelo ordenamento jurídico português em conjugação das suas normas aplicando-se, assim, a presunção de culpa e a regra sobre distribuição do ónus da prova estabelecidas no art. 72.º/1 CSC para os administradores por força do artigo 81.º aos titulares dos órgãos de fiscalização.<sup>127</sup>

A questão da sua aplicação, ou não, coloca-se pelo facto de a actividade de fiscalização não comportar uma margem de discricionariedade e poder de decisão conforme com a racionalidade da norma em causa, prevista para os administradores.

Vários argumentos podem ser avançados para justificar a sua aplicação,

---

<sup>124</sup> Cfr. RIBEIRO, O Dever ..., 2011, p. 29; ABREU, *Responsabilidade* ..., 2010, p. 47. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Corporate Governance* ..., 2006, p. 57, refere que «o dever de lealdade é de aplicação severa, rígida, não comprimível sequer pela aplicação da *business judgment rule*»; MARQUES, *Responsabilidade* ..., 2009, p.170.

<sup>125</sup> Cfr. CÂMARA, *O Governo* ..., 2008, p.49; ABREU, *Responsabilidade* ..., 2010, p. 46; FERREIRA, *Os deveres* ..., 2009, p. 728 e indo no sentido da razoabilidade WILLIAM T. ALLEN, *The Corporate* ..., 1998, p. 327 e sobre o critério de racionalidade empresarial vd. publicação do DL 72-A/2006 e COSTA, RICARDO, *Responsabilidade* ..., 2007, p. 83 e ss., nomeadamente propondo a aferição do critério através de um “*teste de irracionalidade*”.

<sup>126</sup> Vd. ALMEIDA, *Sociedades* ..., 2008, p. 290 e ss; DIAS, *Fiscalização* ..., 2006, p. 80; MARQUES, *Responsabilidade* ..., 2009, p. 174; SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Corporate Governance* ..., 2006, p. 55.

<sup>127</sup> Neste sentido SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Corporate Governance* ..., 2006, p. 54.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

nomeadamente o argumento histórico, decorrente do facto de a versão final da lei não ter acolhido a proposta do legislador de subtrair a BJR do âmbito dos órgãos de fiscalização.<sup>128</sup>

A proposta da CMVM justificava a não aplicação da BJR aos membros de órgãos de fiscalização como um meio de corrigir assimetrias com o regime da responsabilidade dos administradores. Como contra-argumento poderá apontar-se que a não aplicação da BJR vem agravar esta assimetria e não corrigi-la, porque os fiscais não teriam a mesma vantagem que os administradores em ver afastada a responsabilidade pela aplicação daquela regra. Por outro lado, a remissão operada pelo art.81.º/1 não excepciona nenhuma regra do regime da responsabilidade dos administradores, sendo que a expressão «*disposições aplicáveis*» só impede a aplicação de normas que, pela sua natureza ou razão de ser, sejam insuscetíveis de aplicação aos fiscais.<sup>129</sup>

Nenhuma razão de carácter substancial impede a aplicação da norma aos fiscais, pelas seguintes razões: 1) os fiscais, tal como os administradores, são chamados a decidir no âmbito societário, verificando-se apenas diferenças na área e no conteúdo das decisões; 2) aos fiscais também é exigido rigor, diligência e independência na tomada de decisões, sendo apenas o rigor profissional e a diligência destes de mais fácil demonstração e aferição relativamente aos dos administradores, pois estes enfrentam riscos dinâmicos e áleas diversas e os fiscais enfrentam apenas um risco estático. Deste modo, os fiscais podem afastar a responsabilidade se demonstrarem que a sua atuação se pautou pelos padrões de informação, independência e racionalidade profissional exigíveis no exercício das suas funções.<sup>130</sup>

Não obstante os argumentos apontados serem ponderosos, os fundamentos aqui avançados poderão ser inequívocos.

A afirmação de que não existe nenhuma razão de carácter substancial que impeça a aplicação da BJR aos membros do órgão de fiscalização parece-nos duvidosa. É

---

<sup>128</sup> CMVM, 2006, p. 19.

<sup>129</sup> Vd. DIAS, *Fiscalização ...*, 2006, p. 79.

<sup>130</sup> Neste sentido, DIAS, *Fiscalização ...*, 2006, p. 79-81.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governança Societário Clássico

indiscutível que a atividade de fiscalização é muito diversificada e que em certas circunstâncias os fiscais são chamados a decidir. Contudo, a diferença entre o processo decisório dos fiscais e dos administradores não reside apenas na área e no conteúdo das decisões, mas também próprio processo decisório. As decisões dos órgãos de fiscalização encontram-se numa dimensão vinculada muito forte, onde o rigor profissional e a diligência destes não são apenas de mais fácil demonstração mas condicionam o processo decisório em si.

Poder-se-ia contrapor que a forte vinculação da atividade de fiscalização se verifica essencialmente no controlo contabilístico, e que fora deste âmbito haveria espaço para discricionariedade, embora seja difícil encontrar, no núcleo central da atividade de fiscalização, situações relevantes que compreendam uma margem de discricionariedade no seio do processo decisório que resulte numa decisão que possa desencadear uma obrigação de indemnizar.

Neste sentido, alguns autores<sup>131</sup> apontam um elenco exemplificativo de situações que se consubstanciam em atos de decisão dos fiscais, nomeadamente: seleção do ROC e proposta da sua nomeação à assembleia geral (art.420.º/2/b)); aprovação de serviços adicionais a prestar pelo ROC e contratação de peritos (art.441.º/p)); elaboração do relatório sobre a sua própria ação fiscalizadora (art.420.º/g)); fiscalização do processo de preparação e divulgação da informação financeira (art.420.º/2/a)), fiscalização da eficácia do sistema de gestão de risco, controlo interno e da auditoria interna (art. 420.º/2/i)) e decisões de como responder às deficiências encontradas, (v.g. procedimento de vigilância do art. 420.º-A assim como a fiscalização da observância da lei e do contrato de sociedade).

Os exemplos acima elencados representam um leque restrito de situações de possível aplicação da BJR à atividade de fiscalização. Contudo, algumas dessas situações não consubstanciam o núcleo fundamental e caracterizador da atividade de controlo, nomeadamente a nomeação do ROC e a contratação de peritos, não tendo, assim, relevância

---

<sup>131</sup> DIAS, *Fiscalização ...*, 2006, p.316; SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Corporate Governance ...*, 2006, p. 55 e MARQUES, *Responsabilidade ...*, 2009, p.175.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

na matéria de responsabilidade pela fiscalização da sociedade.

Quanto às situações de elaboração de relatório sobre a sua própria ação fiscalizadora, parece-nos discutível se haverá lugar para juízos de racionalidade empresarial – os fiscais devem apenas relatar factos, não podendo fazer ponderações sobre os factos a relatar.

Relativamente à fiscalização do processo de preparação e divulgação da informação financeira ou à fiscalização da eficácia do sistema de gestão de risco, do controlo interno e da auditoria interna, também não nos parece que tal dê azo a ponderações, obedecendo geralmente a fiscalização e elaboração desses sistemas a princípios e requisitos rigorosos.

A fiscalização da observância da lei e do contrato de sociedade, por sua vez, não concedem igualmente uma grande margem para discricionariedade, pois, para o efeito, a lei consagra poderes-deveres e poderes funcionais, cujo exercício escapa à vontade discricionária dos fiscais. Os fiscais devem observar a legalidade da atuação da administração e de outros entes societários, relatando todas as irregularidades verificadas, não tendo por isso grande margem de manobra para apreciar interesses ou atender a racionalidade económica.

Pode ainda ser apontada um outro argumento, de ordem teleológica, para rejeitar a aplicação da BJR aos fiscais. Com efeito, não obstante o art.72.º/2 consagrar aquela regra parcialmente, impedindo a sua recondução inteiramente à BJR do direito societário norteamericano, não podemos interpretar esta norma sem ter em consideração os fundamentos subjacentes à origem da regra naquela ordem jurídica.

Apesar do seu carácter dúbio, alguns autores defendem a aplicação da BJR aos fiscais, apresentando argumentos como a *discricionariedade* e o *poder de decisão* que a atividade de fiscalização comporta. Contudo – tendo em conta a teleologia da norma – a discricionariedade e o poder de decisão, em si, não justificam a aplicação da regra, pois a ideia subjacente a esta regra é a de que a discricionariedade e o poder de decisão se

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

verifiquem no âmbito de uma atividade caracterizada por um ambiente de incertezas e áleas diversas que condicionam o êxito da decisão.

Note-se que a função de fiscalização não enfrenta os riscos dinâmicos que a atividade de gestão enfrenta, mas sim riscos estáticos, ou seja o fiscalizador não decide para o futuro mas sim sobre aquilo que já existe (v.g. relatórios e documentos contabilísticos produzidos, negócios decididos ou celebrados), sendo por isso possível um juízo objetivo.<sup>132</sup> Neste sentido não existem – ou existem poucos – fatores que condicionem o êxito da fiscalização, uma vez que esta atividade não está sujeita a condições de mercado ou cambiais, flutuações de consumo, conjunturas políticas ou económicas.

Poderá haver, no âmbito da fiscalização, condicionamentos que impliquem falhas no sistema de controlo, porque não existem fiscalizações infalíveis, mas, nestes casos, a violação do dever de cuidado manifesta-se geralmente nas vertentes do dever de apurar as informações adquiridas quanto à sua atendibilidade (*duty of inquiry*) e do dever de controlar ou vigiar a condução da atividade da sociedade (*duty to monitor*) os quais, como vimos supra, não beneficiam da BJR no seu escrutínio, pelo que a responsabilidade só será afastada com a elisão da presunção de culpa.<sup>133</sup>

Ainda assim, apesar destes obstáculos avançados, a actividade de fiscalização é uma actividade ampla e diversificada, sendo a sua função contabilística a mais legalista e vinculada, obedecendo a regras, critérios e padrões definidos como o Plano Oficial de Contas (POC); as Normas Internacionais de Contabilidade (NIC); os International Accounting Standards (IAS) ou os Financial Reporting Standards (FRS) mas onde, ainda assim, se vislumbra uma margem de decisão pessoal, tratando-se de pessoas e não de simples sistemas informáticos.

---

<sup>132</sup> DIAS, *Fiscalização ...*, 2006, p. 81.

<sup>133</sup> Diferentemente, a CMVM, principal autora da reforma do CSC nos aspectos relacionados com os princípios de Corporate Governance, na Proposta de alteração do CSC colocado em consulta pública pelo CMVM em 30 de Janeiro de 2006 (Governo das Sociedades Anónimas: Propostas de alteração do CSC – processo de consulta pública n.º 1/2006, p. 19, disponível em [www.cmvm.pt](http://www.cmvm.pt), afirmou claramente a inaplicabilidade desta regra aos membros dos órgãos de fiscalização.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

Contudo, a fiscalização não se cinge à sua função contabilística/financeira de revisão de contas e compreende também uma fiscalização da administração, de observância da lei e do contrato de sociedade (art. 420.º/1/a) e b) CSC), existindo também um espaço de escolha, decisão e opção que abre portas à aplicação do art. 72.º/2 pelas mesmas razões pela qual é aplicada aos administradores. Neste contexto, se o fiscalizador no desempenho das suas funções do art. 420.º-A/1, ao qual lhe compete o dever de comunicar por carta ao conselho de administração os factos de que tenha conhecimento e que considere revelarem dificuldades na prossecução do objecto), decidir nada comunicar à administração em relação a um facto que avaliou como não sendo comprometedor da prossecução do exercício da actividade social mas que veio a revelar-se como tal, esta decisão tem na base uma avaliação subjectiva da gravidade do facto. Possíveis responsabilidades advindas da não comunicação do facto à administração por uma incorrecta avaliação da sua importância e gravidade poderão ser afastadas se o fiscalizador demonstrar, ao abrigo do art. 72.º/2, que a sua avaliação e decisão foram independentes e diligentes, crenes da pequena gravidade do mesmo. Esta ratio será, assim, a seguida para os actos de fiscalização que, embora se manifestem danosos, tenham sido alvo de um processo de decisão pelo fiscalizador que tenham cumprido os pressupostos.

### **2.2.5. Aplicação da *BJR* aos atos formalmente de fiscalização**

O elemento literal do art. 81.º/1, que remete para o art.72.º ss é claro: «os membros do órgão de fiscalização respondem nos termos *aplicáveis* das disposições anteriores»,<sup>134</sup> exigindo uma compatibilização das disposições previstas para os administradores com as particularidades do órgão de fiscalização.

Na linha do raciocínio exposto anteriormente, como demonstrámos, a atividade de fiscalização em sentido material caracteriza-se pela inexistência de discricionariedade, guiando-se por critérios de legalidade, contrariamente à atividade de fiscalização em

---

<sup>134</sup> Nesse sentido, cfr. MARQUES, *Responsabilidade ...*, 2009, p. 153.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

sentido formal que se demarca pela prática de atos «*para-administrativos*» conotados pela discricionariedade tipicamente administrativa e, como tal, atendendo ao sentido histórico que presidiu ao surgimento da BJR, ao elemento literal (art. 81.º/1) e às especificidades do funcionamento do órgão de fiscalização, *máxime* à atividade de fiscalização em sentido material, temos de concluir que a BJR aplicar-se-á apenas aos «atos formalmente de fiscalização».<sup>135</sup>

### CONCLUSÃO

---

<sup>135</sup> Neste sentido, cfr. CÂMARA, *O Governo ...*, 2008, p. 48; MARQUES, *Responsabilidade ...*, 2009, p.175 e a posição da CMVM quando refere «*que [a bjr] se aplica aos administradores e não aos membros de órgãos de fiscalização*», vd. Processo de Consulta Pública da CMVM, cit., p. 19; em sentido contrário está GABRIELA FIGUEIREDO DIAS. Para a autora «*a função de fiscalização tem uma forte e significativa componente de discricionariedade, juízo, escolha e decisão, e é numa parte muito substancial exercida tendo na base um processo específico de formação da decisão – a deliberação. Justifica-se, por conseguinte, plenamente a aplicação da cláusula de exclusão da responsabilidade do art. 72.º/2 aos fiscalizadores [...]*», cfr. DIAS, *Comentário ao art. 81.º ...*, 2010, p. 940.

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

Após uma análise aprofundada da competência e responsabilização dos membros do CF, do FU e do ROC poderemos concluir que a Reforma de 2006 embora se tenha preocupado em criar uma norma destinada especificamente a estes profissionais (art.64.º/2), não foi clara nas disposições que pretendia que se aplicassem de igual forma a administradores e fiscais. Assim, a aplicação remissiva do art.72.º - por força do art.81.º/1 - foi o cerne da nossa preocupação, levando-nos a explorar o regime da responsabilidade civil dos administradores e a confrontar as conclusões que a doutrina chegou neste âmbito com as especificidades dos deveres e das funções dos membros dos órgãos de fiscalização.

É incontestável que o exercício incorreto das funções de fiscalização no seio das sociedades tem potencialidades danosas tão amplas quanto o exercício da atividade de gestão, pelo que, o regime da responsabilidade destes órgãos deve ser semelhante.

Porém, pensamos que a aplicação do regime dos administradores aos fiscais não deverá ser de aplicação cega porque os pressupostos da sua aplicação não são necessariamente os mesmos, já que a atividade de fiscalização tem funções e interesses distintos dos interesses prosseguidos pela administração, indo o aditamento do n.º2 do art.64.º confirmar esta ideia e exigindo um esforço de concretização dos seus deveres gerais.

A avaliar pelos elementos que investigamos, as especificidades mais importantes do regime da responsabilidade dos fiscais em relação à dos administradores respeita ao preenchimento dos pressupostos da ilicitude e da culpa, resultante da diversidade de deveres que recaem sobre cada um desses sujeitos, gerando bitolas de aferição distintas.

Creemos que observação do dever de cuidado dos fiscais deve ser mais rigorosa, pois a habilitação técnica e a profissionalização exigida aos fiscais impõe um padrão de diligência mais exigente que a dos administradores.

Os elevados padrões de diligência que impendem sobre os fiscais também influenciam a determinação da culpa e, por conseguinte, a sua aferição será mais estrita. A

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

lealdade também será distinta, pois que essencialmente dirigida à sociedade – só por via indireta se atenderá aos interesses de outros sujeitos relevantes.

O problema da aplicação da BJR, prevista no art.72.º/2 CSC aos membros do órgão de fiscalização, por remissão *ex vi* do art. 81.º/1 CSC implica, necessariamente, a análise dos deveres previstos no art.64.º CSC.

Assim, entendemos ser crucial distinguir, quanto aos membros do órgão de fiscalização, *atos materialmente de fiscalização* de *atos formalmente de fiscalização*.

Os primeiros dizem respeito à atividade de fiscalização *strictu sensu* – essencialmente legalista e sucessiva, desprovida de discricionariedade, aos quais se aplicam os deveres previstos no art.64.º/2 CSC, apresentando-se assim o dever de lealdade como parte integrante do dever de cuidado. Por outro lado, a bitola de diligência aplicada aos fiscalizadores – quanto à prática deste tipo de atos – destaca-se, em termos gradativos, daquela que é exigida aos administradores.

Os segundos, pelo contrário, abrangem os *atos para-administrativos*, *ie*, todos os atos discricionários praticados pelo órgão de fiscalização. A semelhança com os atos praticados pelo órgão de administração exige a aplicação analógica do art.64.º/1 CSC, com as devidas adaptações, apresentando-se o dever de lealdade apresenta-se como um limite.

Nos termos do disposto no art.72.º/2 CSC, a BJR é acolhida pelo legislador português como causa de exclusão de responsabilidade, em particular, de ilicitude. No âmbito das causas excludentes de responsabilidade, a aplicação da BJR aos fiscais mostra-se difícil, dada a forte dimensão vinculada das funções de controlo e o âmbito restrito de aplicação daquela regra. Julgamos, todavia, que afastar liminarmente a sua aplicação seria uma solução demasiado severa, podendo aplicar-se, ainda que a um número reduzido de situações, sobretudo as que pertencem ao leque dos *atos formalmente de fiscalização*.

Quanto à exclusão de responsabilidade de atos assentes na deliberação dos acionistas (art.72.º/5), é de rejeitar a sua aplicação aos fiscais, pois a atividade fortemente

## A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do Modelo de Governação Societário Clássico

vinculada dos fiscais não permite aos sócios impor-lhes um comportamento suscetível de causar dano à sociedade.

Para concluir, resta-nos dizer, que não obstante as críticas que possamos dirigir à adequação e perfeição do sistema jurídico societário de responsabilidade civil pela fiscalização, é de aplaudir o esforço do legislador em procurar autonomizar os seus pressupostos e revitalizar um tema que foi praticamente esquecido pela doutrina portuguesa nas últimas décadas.

## **BIBLIOGRAFIA**

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE,

- *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, Reformas do Código das Sociedades, cadernos do IDET, n.º3, Almedina, Coimbra, 2007.
- *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Cadernos do IDET, n.º5, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- *Governação das Sociedades Comerciais*, 2.<sup>a</sup>ed., Almedina, Coimbra, 2010. - *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2011.

ABREU, JORGE M. COUTINHO DE & MARIA ELISABETE RAMOS,

- «*Comentário ao artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais*», in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2010.

ALLEN, WILLIAM T,

- *The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the business judgment rule» under U.S. corporate law, in comparative corporate governance – the state of the emerging research*, AA.V., Oxford, New York, 1998, p. 307-331.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE,

- *Estrutura organizatória das Sociedades*, Problemas do Direito das Sociedades, colóquios do IDET, n.º1, Almedina, Coimbra, 2003, p. 95-118.
- *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários*, Instrumentos Financeiros e Mercados, Vol. I, 7.<sup>a</sup>ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 288-328 e 498-513.
- «*A Business Judgement Rule*», In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista (coord. Vasconcelos, Pedro Pais Vasconcelos e Abreu, J. M. Coutinho de)*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 359-372.

AMBROSINI, STEFANO,

- *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, Giurisprudenza Commerciale,

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

vol. I, Giuffrè, 2003, p. 308-332.

ANDRADE, MANUEL DE,

- *Teoria Geral das obrigações – I*, com a colaboração de Rui de Alarcão, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 1963, p. 342-343.

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA,

- *A Fiscalização das Sociedades Comerciais. Estudo de Reforma Legislativa*, Banco de Portugal, Lisboa, 1997.

ASCENSÃO, OLIVEIRA,

- *Invalidade das deliberações dos sócios*, Problemas do Direito das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2002.

BIANCHI, ANTONIO,

- *Le responsabilità dell'organo amministrativo e di controllo – società di capitali e società di persone*, IPSOA, 2009, p. 51 e ss. e 121 e ss.

BOSTICCO, PAOLO,

- *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, 2.<sup>a</sup> ed., Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 41 e ss.

CAGNASSO, ORESTE,

- *Il ruolo del collegio sindacale nelle s.r.l. e nelle s.p.a: profili di un confronto*, Giurisprudenza Commerciale, parte I, Giuffrè Editore, Milan, 2006, p. 346-353.

CÂMARA, PAULO,

- *O Governo das Sociedades e os deveres fiduciários dos administradores*, Jornadas

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

Societárias Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira, Almedina, Coimbra, 2007 p. 163-179.

- «O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais», *in Código das sociedades comerciais e governo das sociedades*, AA.VV., Almedina, Coimbra, 2008, p. 9-142.

CARRILO, ELENA & RAMOS, MARIA,

- «Responsabilidade civil e seguro dos administradores – reflexões em torno das experiências portuguesas e espanholas», *in BFDUC*, n.º 82, Coimbra, 2006, p. 29-347.

CMVM,

- *Governo das Sociedades Anónimas: Propostas de Alteração ao CSC – Processo de Consulta Pública da CMVM n.º1/2006*, CMVM, 2006, Lisboa, disponível em <http://www.cmvm.pt>.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES,

- «A Lealdade no Direito das Sociedades», *in ROA*, ano 66, vol. III, Lisboa, Dezembro, Lisboa, 2006, p. 1033-1065.

- «Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades», *in ROA*, Ano 66-II, Lisboa, Setembro, 2006, p. 443-488.

- *Manual de Direito das Sociedades – Das Sociedades em Especial*, Vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 492-493.

- *Manual de Direito das Sociedades – Das Sociedades em Geral*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2007.

- *Código das Sociedades Comerciais (coord.)*, Almedina, Coimbra, 2008.

CORREIA, LUÍS BRITO,

- *Os administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 1993.

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

- «Regime de invalidade das deliberações sociais», in *Os Quinze anos de vigência do Código das Sociedades Comerciais*, Fundação Bissaya Barreto – Instituto superior Bissaya Barreto, Coimbra, 2003, p. 57-82.

CORREIA, MIGUEL PUPO,

- *Direito Comercial (Direito da Empresa)*, 9.<sup>a</sup> ed., Ediforum, Lisboa, 2005.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA,

- *Direito das Obrigações*, 12.<sup>a</sup>ed., Almedina, Coimbra, 2013.

COSTA, RICARDO,

- «Responsabilidade dos administradores e Business Judgment Rule» in *Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios do IDET n.º3, Almedina, Coimbra, 2007, p. 49-86.

COSTA, RICARDO; DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO,

- «Comentário ao Artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Jorge Manuel Coutinho de Abreu (coord.), vol. 1, Almedina, Coimbra, 2010, p. 721-758.

CUNHA, PAULO OLAVO,

- *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.<sup>a</sup>ed., Almedina, reimpressão da 5.º edição de Março de 2012, editada em 2014.

DEMARCHI, PAOLO,

- «La responsabilità dell'organo di controllo interno», in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 67-108.

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO,

- *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (após a reforma do Código das*

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

*Sociedades Comerciais*), Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

- «A Fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores», in *Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios do IDET, n.º3, Almedina, Coimbra, 2007, p. 277-334.

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

- «Comentário ao art. 81.º do Código das Sociedades Comerciais - Responsabilidade dos Membros de Órgãos de Fiscalização», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Jorge Manuel Coutinho de Abreu (coord.), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, p. 923-951.

FERREIRA, BRUNO,

- «Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário)», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano 1, n.º 3, Coimbra, 2009, p. 681-737.

FRADA, MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA,

- *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, reimpressão da ed. de Fevereiro/2004, Almedina, Coimbra, 2007.

- «A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 206-248.

GALGANO, FRANCESCO,

- *Trattato di diritto commerciale e di diritto Público dell'economia*, la società per azioni,

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

Vol.7, 2.<sup>a</sup>ed.; Cedam, Padova, 1988.

GOMES, FÁTIMA,

- «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 do CSC», in *Nos 20 anos do código das sociedades comerciais - homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 551-569.

HASS, JEFFREY,

- "Directorial Fiduciary duties In a tracking stock equity structure- a need for a duty of fairness", In *Michigan Law Review*, vol. 94, 1995-6.

HOPT, KAUS J.,

- «Self-Dealing and Use of Corporate Opportunity and Information: Regulating Directors' Conflicts of Interest», in *Corporate Governance and directors' liabilities: Legal, economics and sociological analyses on corporate social responsibility*, ed. By HOPT, Klaus J. & TEUBNER, Gunther, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1984.

HORSEY, HENRY RIDGELY,

- «The Duty of Care Component of The Delaware Business Judgment Rule», in *19 DEJCL*, 1994, p. 971-998.

LEITÃO, LUÍS M. TELLES MENEZES,

- *Direito das Obrigações*, Vol. I, 10.<sup>a</sup>ed., Coimbra, Almedina, 2013.

LIMA, PIRES DE & VARELA, ANTUNES,

- *Código Civil anotado*, vol. II, reimpressão da 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

MACHADO, JOÃO BAPTISTA,

- «Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*», in RLJ, ano 117, n.º 3729, 1984, p. 229, 265, 294, 321 e 361.

- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 17.<sup>a</sup> reimpressão, Almedina, Coimbra, 2008.

MAIA, PEDRO,

- «Invalidade de deliberações sociais por vício de procedimento», in ROA, ano 61, II, Abril, Lisboa, 2001, p.699-748.

- «Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima», in *Boletim da Faculdade de Direito, studiae iuridica*, 62, Coimbra Editora, 2002, p. 179-215.

- «Deliberações dos sócios», in *Estudos de Direito das Sociedades*, AA.VV., 8.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2007, p. 230 ss.

MARQUES, TIAGO JOÃO ESTÊVÃO,

- *Responsabilidade civil dos membros de órgãos de fiscalização das Sociedades Anónimas*, Almedina, 2009.

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL,

- «O exercício de actividades concorrentes pelos gerentes de sociedades por quotas», in *BFDUC*, n.º 72, Coimbra, 1996, p. 315-343.

MILLER, ELISABETH S. & RUTHLEDGE, THOMAS E.,

- «The duty of Finest Loyalty and the Reasonable Decisions: The business judgment rule in Unincorporated Business Organizations?» in *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 30, 2005, p. 343 ss.

MONTALENTI, PAOLO,

- «Organismo di vigilanza e sistema dei controlli», in *Giurisprudenza Commerciale*, parte I,

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

Giuffrè Editore, Milan, 2009, p. 643-660.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO,

- *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, reimpressão da obra publicada em 1985, 2003.

NEVES, RUI DE OLIVEIRA,

- «Conflitos de interesses no exercício de funções de fiscalização das sociedades anónimas», in *Conflito de interesses no Direito Societário e Financeiro*, Almedina, Coimbra, 2010.

NUNES, PEDRO CAETANO,

- *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006.

RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES,

- «Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros de órgãos de administração perante a sociedade», in *BFDUC*, n.º73, Coimbra, 1997, p. 211-250.

- «A responsabilidade de membros da Administração», in *Problemas do Direito das Sociedades*, Colóquios do IDET, n.º1, Coimbra, Almedina, 2002.

- «Responsabilidade Civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais», in *BFDUC*, n.º 67, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

- *O seguro de responsabilidade civil dos administradores*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 311.

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA,

- *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009.

- «O Dever de os Administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias», in *RCEJ*, n.º 20, 2011.

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

RIBEIRO, RICARDO LUCAS,

- *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

ROJO, ÁNGEL & BELTRÁN, EMILIO,

- *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 3.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

ROSENBERG, DAVID,

- *Galactic Stupidity and the Business Judgment Rule*, Bepress Legal Series, Paper 1067, disponível em <http://law.bepress.com/expresso/eps/1067>

RUVO, RAFFAELE DE,

- *Sindaci e revisori – doveri, poteri e responsabilità*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

SERAFIM, SÓNIA DAS NEVES,

- «Os deveres fundamentais dos administradores: o dever de cuidado, a business judgment rule e o dever de lealdade», in *Temas de Direito das Sociedades*, AA.VV., Manuel Pita e António Pereira de Almeida (coord.), Coimbra Editora, 2011, p. 495-594 e 542-543.

SERENS, M. NOGUEIRA,

- «Notas sobre a sociedade anónima», in *BFDUC*, 2.<sup>a</sup> ed., Studia Iuridica n.º14, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

SERRA, VAZ,

- «Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de abstenção e de remoção», in *BMJ*, n.º84, Março, 1959, p. 5-301.

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

SILVA, JOÃO CALVÃO DA,

- «Corporate Governance – Responsabilidade Civil de administradores não executivos, comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão», in *RLJ*, ano 136, n.º 3940, Setembro-Outubro 2006, p. 31-59.

SILVA, JOÃO SOARES DA,

- «Corporate Governance – Responsabilidade civil de administradores de sociedades: os deveres gerais e a corporate governance», in *ROA*, Ano 57, Abril, Lisboa, 1997.

TOMÉ, MARIA JOÃO & CAMPOS, DIOGO LEITE DE,

- *A Propriedade Fiduciária (Trust), Estudo para a sua consagração no Direito português*, Almedina, Coimbra, 1999.

TRIUNFANTE, ARMANDO MANUEL,

- *A tutela das minorias nas sociedades anónimas, quórum de constituição e maiorias deliberativas (e autonomia estatutária)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 581 e ss.

- «A revisão do CSC e o regime das reuniões e deliberações dos órgãos de administração e de fiscalização da SA», in *Jornadas sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 181-199.

- *Código das Sociedades Comerciais anotado – anotações a todos os preceitos alterados, atualizado até ao DL n.º 8/2007, de 17 de Janeiro*, Coimbra Editora, 2007.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES,

- *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.º ed., 4.ª reimpressão da edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2006.

- *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª ed., 3.ª reimpressão da 7.ª edição – 1997, Almedina, Coimbra, 2007.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE,

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

- «Business Judgment Rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais», in *DSR*, Vol. II, 2011, p. 41-79.
- «Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. I, SEMESTRAL, Almedina, Março 2009, p. 11-32.

VENTURA, RAÚL

- *Sociedades por quotas, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. 3, Almedina, Coimbra, 1996.

VENTURA, RAÚL & CORREIA, LUÍS BRITO,

- *Responsabilidade civil dos administradores de Sociedades Anónimas e dos gerentes de Sociedades por Quotas*, n.192, p. 5-112; n.193, p. 5-182 e n.194, p. 124, Lisboa, 1970.

XAVIER, VASCO LOBO,

- *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1998.

**Índice de Jurisprudência**

- Ac. STJ de 17-6-97 (Afonso Correia), in Col. Jur., 1997, III, p. 220.
- Ac STJ 9 Mai 2006 (Paulo Sá), CJ/AcSTJ, ano XIV, t. II, 2006 (Responsabilidades dos gerentes e padrão de conduta).
- Ac. Rel. Coimbra de 11-10-2011 (Ana Cristina Duarte), in Jusnet, 5684/2011.

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

**ÍNDICE**

Nota .....	2
Abreviaturas .....	3
Introdução .....	5
I - A competência do Conselho Fiscal, do FU e do ROC .....	7
1 - Os deveres dos membros dos órgãos de fiscalização (art. 64.º/2 CSC).....	9
1.1. Interpretações possíveis .....	10
1.2. Deveres gerais .....	13
1.2.1. Dever de cuidado / Duty of care .....	14
1.2.2. Dever de lealdade / Duty of loyalty .....	17
1.3. Modos operandi do órgão de fiscalização: <i>actos formalmente de fiscalização e actos materialmente de fiscalização</i> .....	20
1.4. Deveres específicos do Fiscal Único e dos membros do Conselho Fiscal .....	23
1.4.1. Dever de controlo .....	23
1.4.2. Dever de informação .....	24
1.4.3. Dever de confidencialidade .....	25
1.4.4. Dever de denúncia .....	25
1.4.5. Dever de impugnação de deliberações sociais .....	26
1.4.6. Dever de participação orgânica .....	27
1.4.7. Dever de prestação de caução .....	28
1.5. A bitola <i>elevados padrões de diligência profissional</i> no cumprimento dos deveres de cuidado, por parte dos fiscalizadores, nos <i>actos materialmente de fiscalização</i> .....	31

A Competência e Responsabilidade no exercício da Fiscalização no quadro do  
Modelo de Governação Societário Clássico

1.6. A bitola da <i>diligência de um gestor criterioso e ordenado</i> no cumprimento dos deveres de cuidado, por parte dos fiscalizadores, nos <i>actos formalmente de fiscalização</i> .....	35
II - A responsabilidade pela fiscalização .....	36
2.1. Pressupostos .....	36
2.1.1. O facto .....	36
2.1.2. A ilicitude .....	38
2.1.3. A culpa .....	38
2.1.4. O dano .....	39
2.1.5. O nexo de causalidade .....	40
2.2. A exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização .....	41
2.2.1. A Business Judgment Rule .....	41
2.2.2. A BJR em Portugal .....	44
2.2.3. Pressupostos: a necessária articulação do art. 72.º/2 com os deveres de cuidado previstos no art. 64.º/1/a) .....	45
2.2.4. A aplicabilidade (ou não) da cláusula de exclusão de responsabilidade (BJR) do art. 72.º/2 CSC aos membros dos órgãos de fiscalização .....	47
2.2.5. Aplicação da <i>BJR</i> aos actos formalmente de fiscalização .....	52
Conclusão .....	54
Bibliografia .....	57
Índice .....	68