



**CATÓLICA PORTO**  
ESCOLA DE DIREITO

---

# **Fiscalização da administração no modelo anglo-saxónico**

**Da valência do modelo anglo-saxónico no quadro geral da fiscalização societária**

Tese de Mestrado de Direito da Empresa e dos Negócios  
Universidade Católica Portuguesa  
Porto, 2015

Daniel Moreira  
Orientadora: Dr.<sup>a</sup> Maria de Fátima Ribeiro

“Wer überwachen soll, muß agieren”

*Johannes Semler*

*Aos Pais,  
à família,  
à Andreia, aos amigos  
e aos que me orientaram*

## **Siglas e abreviaturas**

AA. VV. – autores vários

al. – alínea

CC – Código Civil

Cfr. – confronto

*cit.* – citada

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CVM – Código dos Valores Mobiliários

Coord. – coordenação

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CGS – Conselho Geral e de Supervisão

DSR – Direito das Sociedades em Revista

ed. – edição

EUA – Estados Unidos da América

ex. – exemplo

IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho

IPCG – Instituto Português de Corporate Governance

n.º - número

*op. cit.* – obra citada

p./pp. – página/páginas

PMEs – pequenas e médias empresas

RDS – Revista de Direito das Sociedades

Reimp. - Reimpressão

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ROC – Revisor Oficial de Contas

RU – Reino Unido

RSDE – Revista Semestral de Direito Empresarial

SOCROC – Sociedades de Revisores Oficiais de Contas

ss. – seguintes

Vd. – *vide*

Vol. – volume

## **Nota prévia**

Por uma questão de facilidade de exposição, entendem-se como pertencentes ao nosso Código das Sociedades Comerciais todas normas legais que não sejam procedidas do diploma a que se referem. Pelo que, as restantes referências normativas são devidamente sinalizadas.

Ressalva-se, também, que todos os dados estatísticos apresentados ao longo desta dissertação poderão ter sofrido alterações, pelo que os mesmos reportam-se sempre às datas assinaladas, sem qualquer atualização até à entrega do presente texto.

# Índice

|   |           |
|---|-----------|
| <i>Prelúdio</i> .....   | 1         |
| <b><i>I. Da fiscalização das Sociedades Anónimas</i></b> .....  | <b>2</b>  |
| A.O modelo anglo-saxónico: das razões da sua importação .....   | 7         |
| 1.A comissão de auditoria: do seu enquadramento estrutural e funcional .....  | 10        |
| i. <i>Das exigências sobre os (candidatos a) seus membros</i> .....   | 14        |
| a)Qualificações e experiência profissional adequadas .....  | 16        |
| b) Da independência.....  | 18        |
| ii. <i>Na rota da sua utilidade e eficiência</i> .....  | 20        |
| <b><i>II. A fiscalização da administração ao abrigo da alínea a), n.º 1, do art. 423.º-F: da sua transversalidade à governação societária</i></b> ..... | <b>24</b> |
| <i>Poslúdio</i> .....   | 29        |
| <b>Bibliografia</b> .....   | <b>31</b> |

## Prelúdio

Com a reforma do CSC levada a cabo em 2006, através do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, assistimos ao irromper de uma – aparentemente - nova visão sobre a matéria da fiscalização das sociedades anónimas.

As fronteiras cada vez mais esbatidas mundialmente permitem uma constante absorção de conhecimentos e práticas societárias. Algo enriquecedor, sem dúvida, mas não conciliável com uma postura acrítica. No caso concreto do tema de que nos ocupamos, a reforma referida, na senda do reforço do papel da fiscalização, transportou para o nosso ordenamento o modelo de governação anglo-saxónico; modelo este que, na nossa perspetiva - a par da “segregação das funções de fiscalização e revisão de contas”<sup>1</sup> –, constitui uma das mais importantes alterações veiculadas pela reforma supracitada.

Não obstante, a valência deste modelo no sistema continental é ainda questionada. Crê-se que o caminho será o ganho gradual de terreno no seio europeu que o tornará uma consequência inevitável a nível nacional. Uma das justificações poderá residir no *modus operandi* do seu órgão de fiscalização que, sem paralelo nos outros modelos, fomenta a prossecução da fiscalização de forma preventiva. A fim de se distinguir o modelo anglo-saxónico face às outras opções jus-societárias, este será o modo de fiscalização a que nos dedicaremos com mais ênfase.

Neste sentido, circunscreve-se a nossa análise à “fiscalização da administração da sociedade”<sup>2</sup>, com o intuito de aferir se o modelo selecionado para esta dissertação destaca devidamente a *fiscalização política* na governação societária.

Para este efeito, tendo a eficiência da solução defendida sempre no nosso horizonte, o primeiro momento deste texto debruça-se sobre o modelo anglo-saxónico, iniciando-se não só pela sua importação, mas também pela solução consagrada pelo legislador. De seguida, expõem-se as linhas principais de funcionamento do seu órgão de fiscalização: comissão de auditoria. Proceder-se ao enaltecimento (sem prejuízo das devidas críticas) da sua principal valência: uma fiscalização preventiva. Tudo isto para

---

<sup>1</sup> Por outras palavras, entre “fiscalização política” e “fiscalização financeira “pura””, v. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (Após a reforma do Código das Sociedades Comerciais)”, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 18 e ss.

<sup>2</sup> Resultante do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do art. 423.º-F do CSC.

desvendar a importância que este modelo poderá assumir no contexto da realidade empresarial portuguesa.

Tendo em conta a indissociável correlação entre o papel desta comissão, enquanto órgão colegial, e os seus membros individualmente considerados na atividade de fiscalização, não se pode deixar de referir a síntese das exigências que sobre eles recaem. A súmula destas exigências torna-se imprescindível para apreender a configuração das mesmas e o papel que podem assumir na análise da atividade aqui proposta.

No último momento desta reflexão explana-se o sucesso dos contornos da fiscalização preventiva da administração no modelo analisado, equacionando a possibilidade de alguns dos seus contornos serem transversais aos restantes modelos.

## I. Da fiscalização das Sociedades Anónimas<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Matéria que sempre foi objeto de breves anotações nos manuais de referência, cf., entre outros, PAULO OLAVO CUNHA, “Direito das Sociedades Comerciais, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 786-798, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Direito das Sociedades I: Parte Geral”, 3ª ed. ampliada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 1006-1017; mas que passou a ser objeto central de maiores desenvolvimentos, entre outras obras e monografias, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, “Governança das Sociedades Comerciais, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 175-191, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil”, *op. cit.*, em conjunto com PAULO CÂMARA, “O governo das Sociedades Anónimas”, AA. VV., in *O Governo das Organizações: a vocação universal do corporate governance*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 73-92, JORGE PINTO FURTADO, “Competências e funcionamento dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais”, AA. VV., in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I – Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 593-619, TIAGO ESTÊVÃO MARQUES, “Responsabilidade civil dos membros de órgãos de fiscalização das sociedades anónimas”, Almedina, Coimbra, 2009 e, mais recentemente, JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração à fiscalização das sociedades: a obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima”, Almedina, Coimbra, 2015.

Não obstante, será mantida a crítica quanto à subalternização desta matéria. Exceção feita da última obra referenciada por nós, bem como o exímio trabalho levado a cabo por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS. Tudo o resto demasiado circunscrito, disperso e, julgamos, sem o aprofundamento que a matéria exige. Num primeiro momento é-lhe reconhecida acrescida importância pelo papel fulcral dos órgãos de fiscalização no salutar funcionamento da organização governacional societária. Posteriormente, aquando da problematização do funcionamento dos órgãos de fiscalização, passa-se a tratá-la como uma *filha bastarda* face à matéria sobre a administração.

Esta abordagem teórica conduz à convergência da leviandade levada a cabo pela *praxis* societária e legislativa. Reflexo disto é, por exemplo, a afirmação de GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A fiscalização de sociedades e responsabilidade civil”, *op. cit.*, p. 10: “tratada, pelo legislador como pela própria doutrina, como uma ”irmã menor” da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de administração, preenchendo-se na sua sombra e à custa de remissões amiúde disfuncionais”.

Assumidos os *problemas e custos* resultantes do tendencial afastamento da *propriedade e controlo* da sociedade<sup>4</sup>, evidenciados nos “escândalos financeiros e colapsos empresariais”<sup>5</sup> mundiais, despertou-se (permita-se-nos dizer, com alguma desadequada acuidade) a importância da matéria sobre os “órgãos de fiscalização”.

Reitere-se que a administração possui um amplo poder discricionário, sem prejuízo das suas limitações, inseparáveis aliás de qualquer poder discricionário<sup>6</sup>. A matéria de que nos ocupamos pretende responder a uma simples questão: como controlar aquele poder eficaz e eficientemente? Para esse efeito parte-se da *summa divisio* que separa os “meios externos” dos “mecanismos internos” de controlo da administração<sup>7</sup>.

Devido ao seu papel valioso destaca-se, dentro dos *meios externos*, a “auditoria externa”<sup>8</sup>. Esta não surge espontaneamente, como por exemplo o controlo exercido pelo

---

<sup>4</sup> Sobre a *teoria dos problemas e custos de agência* remetemos para JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, pp. 32-67. Aqui tenta-se verificar em que medida o modelo selecionado atinge um *equilíbrio eficiente* entre os *custos de fiscalização* e os “benefícios” que destes custos podem provir.

<sup>5</sup> Preocupações que assumem “grande relevo já nos anos 30 do século XX”, v. JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral de supervisão”, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura: a reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 105. Mas que se agudizam, como bem assinala J. M. COUTINHO DE ABREU, “Governação...”, *op. cit.*, pp. 9 e ss., não apenas após o colapso de empresas como a Enron, WorldCom, Parmalat, entre outras. Data da década de 70 do século referido, nos EUA, com as investigações do caso *Watergate*, devido à desadequação da “direção e controlo societários” no referido caso.

<sup>6</sup> Para uma interessante análise da discricionariedade dos órgãos sociais, remetemos para JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, pp. 802 e ss.

<sup>7</sup> Cf. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, “Administradores independentes”, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura: a reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 156-160. Por sua vez, J. M. COUTINHO DE ABREU, “A Governação...”, *op. cit.*, pp. 175 e ss., denomina os primeiros de “entidades externas (à estrutura societária)”, onde insere os tribunais, as autoridades administrativas, as comissões de trabalhadores e os auditores externos; RUI DE OLIVEIRA NEVES, “O administrador independente: contributo para a compreensão da figura no contexto dos mecanismos de controlo societário”, AA.VV. in *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 151-152, fala a este propósito em “dois níveis de controlo”.

Para uma decomposição baseada num *critério subjetivo*, v. JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, pp. 78-79, nota 243: “fiscalização administrativa”, “fiscalização judicial”, “fiscalização acionista” - concretizado no “direito à informação”, entre nós nos artigos 288º a 293º do CSC -, “fiscalização orgânica”. Para uma enunciação sucinta destes sistemas, v., também, MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, “Direito Comercial: direito da empresa”, com colaboração de ANTÓNIO JOSÉ TOMÁS e OTÁVIO CASTELO PAULO, 12.<sup>a</sup> ed., revista e atualizada, Ediforum Edições Jurídicas, Lda., Lisboa, 2011, pp. 259-263.

<sup>8</sup> V. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Controlo de contas e responsabilidade dos ROC”, in *Temas Societários*, Colóquios n.º2, IDET, Almedina, Coimbra, 2006, p. 176, enquanto “atividade eminentemente (senão estritamente) *técnica*, consubstanciada num conjunto de *procedimentos* destinados a testar as asserções da administração refletidas nas demonstrações financeiras”.

*mercado*, mas através de uma contratualização (“contrato de auditoria”<sup>9</sup>) dos serviços em que se consubstancia aquela<sup>10</sup>. A sua notoriedade é comprovada por larga doutrina, que os considera, essencialmente, garantes da fiabilidade das informações financeiras prestadas pela sociedade auditada<sup>11</sup>. Ora, o anteriormente exposto espelha-se no “reconhecimento legislativo” do “interesse público” subjacente a tal função<sup>12</sup>. Na medida em que acresce a importância da reputação das sociedades<sup>13</sup>, esta auditoria vem surgir como um dos incrementos daquela.

No caso dos *mecanismos internos*, o principal é, precisamente, a *estrutura orgânica de fiscalização*<sup>14</sup>. À semelhança daquele que será o raciocínio transversal a toda a nossa exposição, os primeiros mecanismos não conseguem intervir de forma determinante no controlo da administração, bem como os segundos não alcançarão tal desiderato por si sós.

Através desta referência pretende-se delimitar o espectro deste estudo, assim como realçar a convicção geral de que uma boa governação societária resulta de “uma

---

<sup>9</sup> V. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil”, *op. cit.*, p. 93.

<sup>10</sup> Nalguns casos poderá ter origem da própria vontade da sociedade em contratar tais serviços. Noutros é consequência de uma *imposição legal* – como a que resulta do art.8.º do CódVM, originando uma *auditoria obrigatória* para as *sociedades emittentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado*. A este propósito, *ibidem*, pp. 90 e ss.

<sup>11</sup> Sobre a *auditoria externa*, por extravasar o âmbito deste estudo, remete-se, entre nós, para PAULO BANDEIRA, “O governo dos auditores” AA. VV., in *O Governo das Organizações: a vocação universal do corporate governance*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 455-502, “A independência dos auditores de sociedades cotadas”, in *RDS*, ano III, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 301-344; na doutrina estrangeira, KLAUS J. HOPT, “Comparative Corporate Governance: the state of the art and International regulation”, Law Working Paper n.º 170/2011, ECGI, pp. 59 e ss. Sendo comum o raciocínio de que a valorização do “principal ativo” no mercado de capitais – a *confiança* -, correlaciona-se com o “profissionalismo e independência” plasmada na atividade de auditoria.

<sup>12</sup> V. PAULO BANDEIRA, “A independência dos auditores de sociedades cotadas”, *op. cit.*, pp. 307, nota 15, onde chama à colação o considerando 9 e o art. 21.º da Diretiva 2006/43/CE de 17 de Maio de 2006 (relativa à revisão legal de contas anuais e consolidadas), como também, entre nós, os artigos 40.º e 52.º do EOROC.

<sup>13</sup> Exemplarmente denotada por MANUEL ANTÓNIO CARNEIRO DA FRADA, “Danos societários e governação de sociedades (*corporate governance*)” in *Cadernos de Direito Privado*, número especial 02/Dezembro de 2012, p. 43, que à origem de “um escrutínio público mais exigente” associa o acréscimo de importância da reputação e, consequentemente, dos denominados “danos reputacionais”.

<sup>14</sup> A “fiscalização orgânica” nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Manual de Direito das Sociedades”, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 770-771. Mas a questão apresentada não deve ser reduzida a esta *estrutura*. Cf. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, “Administradores independentes”, *op. cit.*, pp. 159 e 160. O Autor vai desde o poder de designação de administradores por parte de *minorias*, amplo *disclosure*, *impugnação de deliberações sociais*, *responsabilidade civil*, *contra-ordenacional e criminal* dos administradores, *deveres* que impendem sobre estes, até à existência de administradores independentes. Quanto a este último aspeto, será questionado a seu tempo.

interacção equilibrada entre a fiscalização interna e a fiscalização externa”<sup>15</sup>. Assim, esta interacção permitirá um adensar da teia que rodeia o poder discricionário da administração, reduzindo e/ou eliminando o espaço que normalmente conduz a abusos. Contudo, não podemos deixar de sublinhar o papel primacial da vertente interna da fiscalização: um *prius* nesta matéria, cuja solidez é essencial para que a cadeia de fiscalização não fique inquinada logo num primeiro patamar<sup>16</sup>.

Desta feita, dentro dos limites traçados, coexiste uma importante alteração trazida pela “grande reforma”<sup>17</sup>, que reflete a cisão entre a *fiscalização política* e a *fiscalização financeira “pura”*<sup>18</sup>: a primeira, focada na atividade da administração e consequências da mesma, ao nível da representação e vinculação da sociedade enquanto “ente jurídico e

---

<sup>15</sup> PAULO CÂMARA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “O governo das sociedades anónimas”, *op. cit.*, p. 69, nota, 78. Permita-se-nos transcrever uma afirmação que resume eximamente esta *interacção*: “*Como em todas as relações dialéticas, também estas vertentes externas e internas são (...) anverso e verso da mesma medalha e complementam-se de forma inevitável e necessária*”; v. PAULO BANDEIRA, “O governo dos auditores”, *op. cit.*, p. 459.

<sup>16</sup> Uma vez que se pressupõe, pela nossa parte, ser o órgão de fiscalização “o primeiro fiscalizador da atividade da empresa”. Em sentido contrário, cf. JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, p. 157-158, considera que o conselho de administração é o *primeiro fiscalizador*. Sem prejuízo da importância que pode assumir o acompanhamento crítico intraorgânico por parte de cada administrador face ao seu par, não se pode esquecer o risco de conflito de interesses que pode ser gerado pela *familiaridade* entre membros do mesmo órgão. Pelo que, com o devido respeito, considera-se exagerado atribuir o papel de *primeiro fiscalizador* ao conselho de administração. Este papel pertence, sim, ao órgão de fiscalização, não ao órgão *fiscalizado*, que é o conselho de administração.

<sup>17</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A grande reforma das sociedades comerciais” in *Revista O Direito*, Ano 138.º, III, Almedina, Coimbra, 2006, p. 446.

<sup>18</sup> V. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil”, *op. cit.*, p. 18, onde refere o processo que carrou esta cisão: conduzido por recomendações de *corporate governance*, que viriam a ser espelhadas na Diretiva n.º 2006/43/CE, onde se refere que a razão subjacente a esta alteração advém da necessidade do desempenho de uma e outra fiscalização, “por órgãos distintos e autónomos”. Por um lado, a fiscalização *política* atribuída a um órgão de fiscalização, enquanto órgão colegial; por outro, a fiscalização *financeira* ao ROC, autonomizado daquele.

Aponta-se, também, a “ausência de vocação dos revisores oficiais de contas para o controlo político das sociedades”, cf. PAULO OLAVO CUNHA, “Direito das Sociedades Comerciais”, *op. cit.*, pp. 484-485.

económico”<sup>19</sup>; a segunda incide principalmente<sup>20</sup> sobre os “documentos de prestação de contas”<sup>21</sup>.

A importância desta *segregação*<sup>22</sup> não pode esgotar-se na alteração legislativa, uma vez que será sempre necessário o respetivo acompanhamento doutrinal e da prática societária. Se, por um lado, é verdade que a doutrina contribuiu para o destaque da vertente contabilística<sup>23</sup>, por outro, a sua aversão a um *controlo de mérito* sobre as decisões empresariais<sup>24</sup> levou à subalternização da vertente *política*<sup>25</sup>. Tomando outro rumo, eminentes autores constataam o primordial papel que esta vertente pode assumir<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil” *op. cit.*, p. 18.

<sup>20</sup> O campo da *fiscalização financeira* tem abrangido progressivamente, para além de uma componente meramente contabilística, a verificação da regularidade do denominado *relatório de Governo Societário*. Cf. art.66.º do CSC e art.245.º-A do CVM, bem como o referido nos Códigos de Governo das Sociedades: parágrafo I.5. do mais recente pertencente ao IPCG; PAULO CÂMARA, RUI DE OLIVEIRA NEVES, FRANCISCO MENDES CORREIA, BRUNO FERREIRA, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, ANA RITA ALMEIDA CAMPOS, HUGO MOREDO SANTOS, DUARTE SCHMIDT LINO, “A governação de sociedades em Portugal”, AA. VV., in *A governação de sociedades anónimas nos sistemas jurídicos lusófonos*, Coleção Governance Lab, Almedina, Coimbra, 2013, p. 351, referindo que “ao longo do tempo foi-se expandindo para outras áreas como a operacional e a ambiental”.

<sup>21</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedades e responsabilidade...”, *op. cit.*, p. 18. Já JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, pp. 78-79, nota 243, partindo de um *critério funcional*, prefere os termos “fiscalização global da administração” e “fiscalização contabilística”. Isto para advertir que os termos *fiscalização política* e *fiscalização global* serão utilizados indistintamente, apesar da preferência à última designação.

<sup>22</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *ibid.*, p. 18.

<sup>23</sup> Sobre o *caráter de predominância* atribuído a esta v. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art. 414.º” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU), vol. VI (Artigos 373.º a 480.º), IDET, Almedina, Coimbra, 2013, p. 532.

Ainda que seja inquestionável a sua importância, parece-nos que o relato financeiro desapoiado de uma *fiscalização política* eficaz, isto é, de um acompanhamento da atividade que aquele deve refletir, não passará de um relato que facilmente poderá olvidar a realidade de uma empresa. Ou seja, não sendo mais que um conjunto de papéis suscetíveis de frustrar as expectativas daqueles que depositam confiança na informação contida no mesmo.

<sup>24</sup> Do qual é exemplo um ilustre na matéria de *corporate governance*, PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais”, in *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 47-48, que refere os “órgão de fiscalização não tomam decisões empresariais (...) utilizando apenas critérios de legalidade”, salvo os casos excecionais apresentados pelo Autor, de que é exemplo a contratação de peritos segundo a alínea p), n.º 1 do art. 423.º-F do CSC.

<sup>25</sup> No mesmo sentido GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art. 414.º” in *Código das Sociedades Comerciais...*, *op. cit.*, p. 532, quando refere o caráter de *exclusividade* “atribuído pela lei à fiscalização contabilística”.

<sup>26</sup> V. MENEZES CORDEIRO, “Código das Sociedades Comerciais anotado”, 2.ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2011, p. 1105; J. M. COUTINHO DE ABREU, “Governação...”, *op. cit.*, p. 185; JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, ideia apresentada com maiores desenvolvimento pelo último, cujo raciocínio será acompanhado de perto ao longo da nossa exposição.

Sufraga-se a ideia de que o cerne da eficácia da fiscalização reside no seu *caráter preventivo*<sup>27</sup>, inclusivamente de ser mais relevante na *vertente global*<sup>28</sup>. Em consonância, selecionamos o modelo de governação societária que nos parece ir mais de encontro ao controlo ativo e eficiente da administração a que “obriga”<sup>29</sup> a al. *a*) do n.º 1 do art. 423.º-F do CSC<sup>30</sup>.

Propomo-nos de seguida a analisar o modelo anglo-saxónico, tal como se encontra consagrado no nosso ordenamento, a fim de averiguar se a sua adoção poderá ser geradora de ganhos de eficiência no seio de uma sociedade anónima portuguesa, ou se, pelo contrário, comporta custos irrazoáveis.

## **A. O modelo anglo-saxónico: das razões da sua importação**

O CSC permite uma ampla liberdade aos agentes económicos que assumam a forma de sociedade comercial na escolha da sua “estrutura e governação”<sup>31</sup>. No que às sociedades anónimas diz respeito, verificamos no artigo 278.º do CSC a possibilidade de

---

<sup>27</sup> Cf. RUI DE OLIVEIRA NEVES, “Fiscalização e proteção do investidor. Alguns problemas de governo societário”, in *I Congresso de DSR*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 336, que lhe atribui *predominância*, bem como “capacidade atuante para impedir a consumação de atos lesivos”.

Sem prejuízo do papel que pode desempenhar o seu caráter *reativo*, a verdade é que este não permite mais do que uma fiscalização após a “casa roubada” - J. M. COUTINHO DE ABREU, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO COSTA, RUI PEREIRA DIAS, ELDA MARQUES, ORLANDO VOGLER GUINÉ “O futuro do direito europeu das sociedades” in *DSR*, Ano 4, vol. 8, Almedina, Coimbra, 2012, p. 15. A dinâmica empresarial não permite, em grande parte das situações, que os fiscalizadores intercedam antes da consumação dos danos provenientes da atuação da administração. Aspeto que se agudiza em modelos que consentem uma intervenção pontual dos fiscalizadores.

<sup>28</sup> Sem prejuízo das devidas reminiscências sobre a componente *contabilística*.

<sup>29</sup> Veremos de que forma se consubstancia numa verdadeira “obrigação”.

<sup>30</sup> Sem prejuízo da equivalência das específicas normas que regulam este aspeto nos outros modelos. Cf. art. 420.º, n.º 1, al. *a*) e 441.º, n.º 1, al. *d*).

<sup>31</sup> Denominação atribuída ao seminário lecionado pelo Doutor Paulo Olavo Cunha, “Estrutura e Governação de Sociedades Anónimas”.

escolha de uma entre três possibilidades<sup>32</sup>: o modelo (dito) clássico<sup>33</sup>; o modelo germânico e a (questionável) última importação, o modelo anglo-saxónico<sup>34</sup>.

A génese de cada modelo encontra justificação no ambiente societário específico de cada ordenamento de origem<sup>35</sup>. Por um lado, o modelo germânico é comumente tido como solucionador de problemas emergentes num tecido empresarial maioritariamente composto por empresas com *capital mais concentrado*. Por outro lado, o modelo anglo-saxónico tem origem em países onde impera uma “propriedade dispersa do capital das

---

<sup>32</sup> Não sendo permitido o *cherry picking*, isto é, a mescla de modelos, devido a vigorar entre nós o *princípio da tipicidade das sociedades comerciais* (n.º 3 do art.1º do CSC), cf., entre outros, J. M. COUTINHO DE ABREU, “Curso de direito comercial vol. II: Das Sociedades”, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 51 e ss., PEDRO MAIA, “Tipos de sociedades comerciais”, in *Estudos de Direito das Sociedades*, AA.VV., coord. J. M. Coutinho de Abreu, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 7 e ss., PAULO OLAVO CUNHA, “Direito das Sociedades Comerciais, *op. cit.*, pp. 57 e ss..

Princípio que se estende aos modelos de governação societária, cf. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A governação de sociedades em Portugal”, AA. VV., in *A governação de sociedades anónimas nos sistemas jurídicos lusófonos*, *op. cit.*, pp. 311 e ss., CARLOS TAVARES, “A reforma do Código das Sociedades Comerciais”, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura: A Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 15-18, refere-o como “base legal de excelência” para os princípios de *corporate governance*.

Sendo o fundamento comum a *proteção da segurança e da confiança jurídica dos agentes que se relacionam com a sociedade*.

<sup>33</sup> O CSC, na senda da consciencialização de “*one size does not fit all*”, introduz algumas *nuances* nesta matéria. Destaca-se aquela que obriga nas denominadas “grandes sociedades anónimas” - designação sugerida e justificada por PAULO OLAVO CUNHA, “Direito das Sociedades Comerciais”, *op. cit.*, p. 34 e 35 – e nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado (as quais, por uma questão de facilidade expositiva, ainda que sem o rigor de utilização da expressão, referir-nos-emos, doravante, enquanto “sociedades cotadas”), a adotar o *modelo clássico* segundo uma “configuração (*mais*) *complexa*”. Tal como resulta do disposto no art. 413.º, n.º 1 e 2 do CSC. Isto sem prejuízo de outras particularidades que se levantam, também, noutros modelos – desde comissões de remuneração à obrigatoriedade de secretário da sociedade – mas que não nos parece oportuno desenvolver.

<sup>34</sup> A denominação deste modelo não é consentânea. Tal como aponta PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e a reforma...”, *op. cit.*, 2008, pp. 103-110, constatadas as diferenças entre o modelo norte-americano e o britânico, a sua qualificação deve ser feita “*cum grano salis*”. No mesmo sentido J. M. COUTINHO DE ABREU, “Governação...”, *op. cit.*, p. 37, nota 79bis, aponta as “largas tradições também em países da Europa Continental” como fundamento para a errónea designação deste modelo.

<sup>35</sup> V. JOSÉ COSTA PINTO, “A evolução dos modelos de governo societário”, in *A Emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto de Corporate Governance, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 25 e ss., no qual o Autor expõe que os diversos tipos de *custos de agência* gerados no universo societário são “um fator fundamental no desenvolvimento da teoria dos “modelos de governo societário” e da respetiva implementação”.

Para uma abordagem mais desenvolvida v. JORGE RODRIGUES, “Corporate Governance: Uma introdução”, Edições Pedagogo, 2008, pp. 179 e ss.

empresas”<sup>36</sup>. O modelo clássico surge, porém, a meio caminho entre a concentração e a dispersão de capital, mas aproximando-se mais da primeira<sup>37</sup>.

Atentando à origem do modelo anglo-saxónico, em conjugação com o universo empresarial português, constituído maioritariamente por PME’s<sup>38</sup>, num primeiro relance, aquele modelo parece desajustado às necessidades das nossas empresas: ora porque a dimensão destas empresas propicia a concentração da propriedade<sup>39</sup>, ora por os incentivos à dispersão em bolsa das mesmas serem reduzidos, ao que acresce a sua onerosidade e complexidade<sup>40</sup>.

Para além disso, o alcance prático que a sua importação assume<sup>41</sup> vem corroborar, maioritariamente, tal asserção. Por isso questiona-se se terá o nosso legislador seguido a sua usual postura acrítica, sem qualquer atenção ao alcance e impacto prático que a sua intervenção poderia compreender. Cremos que sim, ainda que não admitindo a inutilidade do modelo. Ou seja, o modelo anglo-saxónico é reconhecidamente revestido de um sobranceiro interesse prático devido à componente funcional *sui generis* e ao mérito

---

<sup>36</sup> JORGE RODRIGUES, “Corporate Governance...”, *op. cit.*, p. 183.

<sup>37</sup> Agrupando-se, assim, em três grupos os fatores que influenciam o desenho de um modelo de governação – *dimensão da sociedade, da sua ligação (ou não) ao mercado de valores mobiliários, e o grau de dispersão da estrutura accionista* - como bem observam GABRIELA FIGUEIREDO DIAS e PAULO CÂMARA, “O governo das Sociedades Anónimas...”, *op. cit.*, p. 45.

<sup>38</sup> De acordo com os dados disponibilizados pelo Instituto Nacional de Estatística, na sua publicação “Empresas em Portugal-2013”, Edição 2015, p. 23, disponível em: <http://www.ine.pt>, consultado a 9-7-2015, a “quase totalidade da empresas não financeiras” eram PME’s – 99,9%. Realidade que se julga não ter sofrido grandes alterações desde tal data.

<sup>39</sup> Onde os custos de agência emergem, fundamentalmente, do confronto *acionista maioritário ou minoritário “com rosto” vs acionista minoritário*. Fundamentalmente, pois como bem refere JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.* p. 53, “a administração da sociedade terá uma *tendência normal para maximizar não só os seus interesses, mas ainda os interesses do sócio controlador*, em prejuízo da sociedade (e, logo, dos sócios minoritários)” (itálico nosso), existindo como que uma cumulação de custos de agência. Por isso, não se deve descurar a necessidade da sociedade assumir *custos de fiscalização*.

<sup>40</sup> Aspetos que são revelados pelas palavras de JOÃO MIGUEL JÚDICE, *Diário Económico*, edição de 29-6-2015, p. 30: “toda a gente sabe que a ida para a bolsa é uma tortura burocrática enorme. Os custos de contexto são brutais”; pois, como bem assinala o Autor, existe um desajustamento dos procedimentos exigidos pela bolsa de valores face às PME’s, uma vez que “foram pensados para as empresas de grande dimensão”.

<sup>41</sup> Através de uma análise dos estatutos das sociedades pertencentes ao PSI-20 (à data de 06-09-2016), podemos concluir que 50% adota o modelo clássico – revelando a predominância deste, à semelhança de grande parte do tecido empresarial português. Sete estruturam-se segundo o modelo anglo-saxónico, sendo de referir que, tanto a BPI, S.A., como a Pharol (ex-PT, SGPS, SA), a NOS (ex-Zon Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, SA) e a Galp SGPS, tendo já utilizado este modelo, as três primeiras abandonaram-no em favor do modelo clássico e a última, em favor do germânico.

prático da mesma. Contudo, vem desapoiado de uma paralela consciencialização dos agentes económicos acerca destas vantagens, por parte dos intervenientes nestas matérias.

Apesar das críticas apontadas, a nossa escolha não é fortuita. No momento imediato à reforma de 2006 foram apontadas diversas as críticas ao modelo anglo-saxónico, que viriam a ser espelhadas na já referida adoção, aquém das expectativas, deste “novo”<sup>42</sup> modelo. Contudo, nove anos volvidos, a inevitável mutabilidade da conjuntura económico-financeira portuguesa, carreada pelas variáveis europeias, e, principalmente, avivada pelos colapsos do Banco Português de Negócios (BPN) e do Banco Espírito Santo (BES), obrigam a uma renovada reflexão<sup>43</sup>. Previamente, será conveniente verificar se as relações estabelecidas pela comissão de auditoria no seio deste modelo influenciam positivamente o exercício da fiscalização e, em última instância, averiguar se os benefícios desta fiscalização poderão ser devidamente contrabalançados com os custos que lhe são inerentes.

## **1. A comissão de auditoria: do seu enquadramento estrutural e funcional<sup>44</sup>**

---

<sup>42</sup> “Novo”, uma vez que se considera tratar-se “basicamente da importação do conselho fiscal para o interior do conselho de administração, JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, p. 667. Tendo em conta o atual quadro legal do conselho fiscal e da comissão, concordamos parcialmente com o Autor. Isto por consideramos que o modelo selecionado contém especificidades, não só capazes de os afastar, como também de o destacar qualitativamente.

<sup>43</sup> Ainda que sendo situações referentes a um patamar de regulação distinto, fora do âmbito do nosso estudo. Julga-se, contudo, que as alterações devem provir de baixo para cima. Isto é, devem verificar-se ao nível societário em geral, para depois o processo regulatório no nível referido cingir-se, essencialmente, ao agudizar das exigências. Daí tais referências não serem meramente ocasionais.

<sup>44</sup> O seu regime encontra-se consagrado nos artigos 423.º-B a 423.º-H do CSC, cuja análise sucinta proceder-se-á nesta parte. Sem prejuízo de todas as outras normas gerais de “estrutura da administração e da fiscalização” que se encontram dispersas e se aplicam aos restantes órgãos sociais presentes neste modelo – conselho de administração e revisor oficial de contas.

Sem prejuízo da dissonância quanto à sua caracterização enquanto “órgão” – *v.*, entre outros, desde a consideração deste modelo como “elementarmente desprovido de órgão de fiscalização”, EDUARDO DE MELO LUCAS COELHO, “Reflexões epigramáticas sobre a nova governação das sociedades”, in *ROA*, ano 68, Lisboa, 2008, pp. 396 e ss.; à denominação de “comissão integrada no conselho de administração”, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, “Sociedades comerciais, valores mobiliários e mercados”, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 500; ou, mais consentânea designação, enquanto “subórgão”, PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O exercício de funções de administração por parte dos órgãos de fiscalização”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 46, Abril/Junho, 2014, p. 8, RICARDO COSTA, “Art. 423º-B” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, (coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU), vol. VI (Artigos 373.º a 480.º), IDET, Almedina, Coimbra, 2013, p. 668, MENEZES CORDEIRO, “Manual de direito das sociedades”, vol. II, Almedina, Coimbra, 2007, p. 799, PAULO

Em termos estruturais, aponta-se inicial e essencialmente a localização da comissão de auditoria “no seio do conselho de administração”<sup>45</sup>. Tal revela-se fulcral para a análise da sua relação funcional no seio da teia governacional societária. Permite-se uma aproximação inigualável entre o órgão de administração e de fiscalização que não se afere em qualquer outro modelo. Mais do que isso, há quem diga existir uma *clara intersecção e cruzamento das funções de fiscalização e administração*<sup>46</sup>. É um modelo que destaca, indiscutível e devidamente, a *fiscalização política*. Quer isto dizer que o seu

---

OLAVO CUNHA, “Direito das Sociedades Comerciais”, *op. cit.*, p. 796 e 797-, julgamos tratar-se efetivamente de um órgão. Justifica-se desde logo, seguindo ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração”, AA. VV., in *Reformas do código das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 257-258, pelo disposto no art. 423.º-B, n.º 1 (“A comissão de auditoria (...) é um órgão da sociedade”). Conjugando com a exposição de JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, pp. 677-703 e 83, acerca da *delimitação do conceito de órgão social*, a nossa conclusão não pode ser outra senão destes últimos dois Autores: a comissão não resulta de “uma mera repartição interna de funções no seio do conselho de administração”, ou de uma mera “delegação de poderes”, nem tão-pouco serem “meros mandatários ou representantes da sociedade ou do conselho de administração”. Constituindo a comissão de auditoria não só um órgão “autónimo” como também “necessário”.

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

<sup>45</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A governação de sociedades em Portugal”, AA. VV., *op. cit.*, p. 312.

Parece-nos ser este o aspeto que gera confusão quanto à sua qualificação enquanto *órgão*, *maxime* de fiscalização, por, aparentemente, não se dissociar *organicamente* do conselho de administração. Aliás, aquela é gerada pela criticável redação do n.º 1 do art. 423.º-B, na sua segunda parte – “*composto por uma parte dos membros do conselho de administração*”. Contudo, através de uma análise cautelosa do regime da comissão, como um todo, verificamos não ser assim. Designadamente, o art.423.º-C do CSC, do qual resulta que os fiscalizadores, ainda que designados “em conjunto com os demais administradores”, surgem “discriminados” nas listas propostas para o conselho de administração. Como também pelas especiais exigências que recaem sobre eles, tal como resulta do disposto nos n.ºs 3 a 5 do art.423.º-B. Em suma, evidencia-se o carácter distinto dos membros, bem como a autonomia de que é revestida esta comissão.

<sup>46</sup> PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O exercício de funções de administração por parte dos órgãos de fiscalização”, *op. cit.*, p. 8.

Não existe uma literal *intersecção de funções*. Além da justificação da nota <sup>(45)</sup>, não é por acaso que se discute largamente o que se deve entender por “funções executivas”, de modo a perceber-se quais são aquelas que são afastadas da esfera da comissão de auditoria pelo art. 423º-B, n.º 3 do CSC. Cremos, sim, que existe uma intersecção orgânica, mas com funções bem delineadas.

Por extravasar o intuito do nosso trabalho, sobre a delimitação das funções vedadas à comissão de auditoria, cf. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva, comissão de auditoria...”, *op. cit.*, pp. 259-264, J. M. COUTINHO DE ABREU, “Governação...”, *op. cit.*, pp. 40-44, RICARDO COSTA, “Art. 423.º-B” in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, *op. cit.*, pp. 677 e ss., ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, “O administrador delegado (A delegação de poderes de gestão no Direito das Sociedades)”, in *Revista O Direito*, ano 137.º, III, Almedina, Coimbra, 2005, pp 568 e ss., PAULO DE TARSO DOMINGUES, *ibidem*, pp. 10 e ss.. Ainda que com interpretações distintas, verifica-se uma linha comum de raciocínio: entende-se que, por um lado, está vedada a denominada “gestão corrente”, socorrendo-se do regime da *delegação de competências* do art. 407.º do CSC para o seu preenchimento/delimitação. Por outro lado, a zona *indelegável* – a *alta direção* – consubstancia-se na área das competências administrativas que cabem também a esta comissão.

desenho, na prática, vai permitir um permanente acompanhamento do órgão de administração por parte dos fiscalizadores. Um aspeto que, não sendo identificável noutros modelos, deve, julgamos nós, ser-lhes transversal<sup>47</sup>.

Permita-se levantar duas questões: de que modo surge aqui esse permanente acompanhamento? E em que medida surge aprimorado face aos outros modelos? Se é comum falar-se em “equivalência funcional”<sup>48</sup> destes, também é indiscutível uns modelos terem consideráveis vantagens face aos outros<sup>49</sup>. Por isso ousamos afirmar (sem prejuízo dos inconvenientes, que iremos a seu tempo confrontar) que se trata do modelo mais adequado àquele que deve ser o verdadeiro papel do órgão de fiscalização<sup>50</sup>.

As suas potencialidades são inegáveis. Ao invés de se perspetivar o órgão de fiscalização enquanto um mero gabinete de *compliance*<sup>51</sup>, exige-se algo mais relativamente à *fiscalização global*. Convocam-se termos como “supervisão”<sup>52</sup> e “vigilância”<sup>53</sup>, que reivindicam um papel de “desafiadores e avaliadores”, mais do que “conselheiros” e “decisores”<sup>54</sup>, intra e interorganicamente.

Ora, da análise que procedemos da comissão podemos aferir um *reforço* claro do “controlo efetivo da administração”, resultante da transição do paradigma do fiscalizador

---

<sup>47</sup> Aspeto ao qual dedicaremos breves linhas.

<sup>48</sup> O que levaria à possível consideração de todos os modelos responderem diferente mas adequadamente às exigências de fiscalização que se levantam nas diferentes sociedades. Sobre esta *equivalência*, v. PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e a reforma...”, *op. cit.*, pp. 127-133.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 129. O Autor reflete bem sobre esta ideia afirmando: “há que assumir, sem embaraço, que alguns modelos são indesmentivelmente superiores a outros”. Transparecida também por J. M. COUTINHO DE ABREU, “Governação...”, *op. cit.*, pp. 175 e ss., onde atesta a inferioridade do modelo “tradicional”.

<sup>50</sup> Revelado por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedade e responsabilidade...”, *op. cit.*, p. 84, quando afirma que a comissão de auditoria “vem sendo sistematicamente referida como um mecanismo privilegiado de implementação de princípios de governo societário”; bem como por CALVÃO DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores não executivos...”, *op. cit.*, p. 126, atribuindo-lhe o estatuto de “*primus inter pares*”; ainda por PAULO BANDEIRA, “A fiscalização das sociedades comerciais” in *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto de Corporate Governance, Almedina, Coimbra, 2014, p. 111-112.

<sup>51</sup> Que é para onde nos remete o termo “fiscalização”, como bem assinala PAULO BANDEIRA, “A fiscalização das sociedades comerciais”, *op. cit.*, p. 104, enquanto ““policiamento” do cumprimento de normas legais ou estatutárias e para o cumprimento de deveres”.

<sup>52</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 102-104. Como bem assinala o Autor, o nosso legislador utilizou apenas uma vez este termo no CSC, no âmbito do modelo germânico. Contudo, a “avaliação de desempenho”, “verificação do cumprimento de objectivos”, bem como do “acompanhamento da implementação do plano de negócios e de correcção dos desvios”, deverá ser transversal a qualquer modelo.

<sup>53</sup> Sobre um louvável desenvolvimento deste conceito enquanto “obrigação de vigilância”, remetemos para JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, pp. 273 e ss., cujo raciocínio seguimos intimamente.

<sup>54</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedades e responsabilidade...”, *op. cit.*, p. 89.

enquanto “mero assistente”<sup>55</sup> para *interveniente e influente* nas reuniões do órgão de administração<sup>56</sup>. Desta forma, é abrangido aquele que deve ser o âmbito da atividade de fiscalização: “a sociedade em todas as suas manifestações e vicissitudes”<sup>57</sup>.

Contudo, olhando para as normas consagrantes das competências da comissão - art. 423.º-F do CSC -, em confronto com os dispositivos que regulam esta matéria no órgão congénere nos outros dois modelos<sup>58</sup>, verificamos serem mais os aspetos que aproximam todos os preceitos do que aqueles que os afastam. Daí se questionar o legislador por não ter seguido a usual técnica remissória empregue ao longo da matéria da fiscalização<sup>59</sup>.

Ainda que as competências sejam substancialmente as mesmas em todos os órgãos de fiscalização, o enquadramento feito tem reflexos ao nível do *modo* como aquelas são exercidas<sup>60</sup>. Isto é, ao passarmos da *análise estática* para a *análise dinâmica*<sup>61</sup> deste órgão, iremos verificar que a primeira análise influencia desde logo o estatuto dos seus membros e, conseqüentemente, o papel que lhes é atribuído<sup>62</sup>. Para esta compreensão global observamos de seguida as características que devem revestir os candidatos a membros da comissão<sup>63</sup>, bem como de que forma as mesmas podem influir na prossecução da atividade de fiscalização.

---

<sup>55</sup> RUI DE OLIVEIRA NEVES, “Fiscalização e proteção do investidor...”, *op. cit.*, p. 347; *i.e.*, papel fundamentalmente passivo.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 347.

<sup>57</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedade e responsabilidade...”, *op. cit.*, p. 89.

<sup>58</sup> Referimo-nos aos artigos 420.º, para o conselho fiscal; e 441.º para o CGS.

<sup>59</sup> V. CALVÃO DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores não executivos...”, *op. cit.*, p. 122-124, quando afirma que as competências “*são tão iguais às do conselho fiscal*” que podia “*ter-se cingido a remeter para o artigo 420.º*”. Ressalvando o facto de este último preceito proceder a uma divisão em função da dimensão da sociedade, no seu n.º 2.

<sup>60</sup> Cf. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art.423.º-F” in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, (coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU), vol. VI (Artigos 373.º a 480.º), IDET, Almedina, Coimbra, 2013, p. 700, tal como evidencia a Autora quando afirma que “a verdadeira diferença reside no modo como essa competência é exercida”.

<sup>61</sup> DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Curso de Direito Administrativo”, vol. I, com a colaboração de Luís Fábrica, Carla Amado Gomes e J. Pereira da Silva, (3.ª ed.), 4.ª reimpressão da edição de novembro de 2006, Almedina, Coimbra, 2010, p. 762.

<sup>62</sup> Não esquecendo, assim, o papel fulcral que atribuímos a tudo o que foi dito. Isto é, o funcionamento da comissão a “paredes meias” – v. MENEZES CORDEIRO, “Direito das Sociedades I: Parte Geral”, *op. cit.*, p. 1012 – vai atribuir um estatuto único aos fiscalizadores que nela operam, o que permite, nas palavras de GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedades e responsabilidade...”, *op. cit.*, p. 25, um *auto-controlo societário*, que singulariza o modelo anglo-saxónico.

<sup>63</sup> Referente à denominada “composição qualitativa” da comissão de auditoria, na nomenclatura do CSC.

Não podemos deixar de fazer uma breve anotação relativamente à sua composição *quantitativa*. Segundo o n.º 2 do art. 423.º-B (à semelhança do n.º 4 do art. 413.º para o conselho fiscal) exige-se *no mínimo* “três membros efetivos”. Olhando para o seu congénere – o conselho fiscal -, se é verdade que a

## **i. Das exigências sobre os (candidatos a) seus membros<sup>64</sup>**

Existe uma correlação entre a estrutura orgânica da comissão e o estatuto dos respetivos membros. Isto é, estes, ainda que desempenhando, *precipualemente, uma função de fiscalização*<sup>65</sup>, são também administradores<sup>66</sup>. Daí a sua corrente designação, por parte da doutrina, de *administradores-auditores*<sup>67</sup>. Este estatuto proporciona-lhes um ambiente propício a um maior acompanhamento da administração, que surge apoiado num “melhor, mais transparente e mais tempestivo fluxo informativo”<sup>68</sup>, o qual se revela capital para o judicioso exercício da atividade fiscalizadora.

Assim, ao caráter diferenciado da comissão de auditoria já demonstrado por tudo o que foi anteriormente dito, somam-se as específicas exigências impostas aos seus membros: por um lado, *qualificações e experiência profissional adequadas* e, por outro, *o ser independente*<sup>69</sup>.

---

eliminação do limite máximo de cinco membros foi de encontro às pretensões de “flexibilização e reforço da autonomia privada” do nosso legislador – GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art. 414.º” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário, op. cit.*, p. 522, não se entende o *limiar mínimo* de três. Tendo em conta a remissão do art. 423.º-H para o n.º 3 do art. 395.º, atribuindo-se assim voto de qualidade ao presidente da comissão: porque não dois membros? Como teremos oportunidade de ver, uma das críticas apontadas é a onerosidade do modelo em análise decorrente das exigências que impendem sobre os seus membros, que se reflete, conseqüentemente, na remuneração destes. Parece-nos que a colocação deste obstáculo quantitativo choca com a perspetiva do *reforço da autonomia privada*.

<sup>64</sup> Não se pretende com esta delimitação descurar a importância das incompatibilidades constantes do art. 414.º-A *ex vi* 414.º, n.º 3. Sobre estas e seu confronto com a *independência* remetemos para PAULO OLAVO CUNHA, “Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais” AA. VV. in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 259 e ss., 276, onde o Autor revela uma finalidade comum entre os dois institutos: “que o exercício de funções em órgão de controlo (...) se processa de forma isenta, imparcial e objetiva”.

<sup>65</sup> PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O exercício de funções de administração por parte de órgãos fiscalizadores”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>66</sup> Sem prejuízo das referidas restrições ao exercício de funções de administração, *vd. supra*, nota <sup>(46)</sup>, isto é, “compartimentada por força da lei ao quinhão da administração “não executiva”, *v.* RICARDO COSTA, “Art. 423.º-B” in *Código das Sociedades...*, *op. cit.*, p. 667.

<sup>67</sup> Afirmando a “natureza bicéfala” destes, *v.*, entre outros, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, “Sociedades Comerciais...”, *op. cit.*, p. 512; por sua vez, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedades...”, *op. cit.*, p. 89, utiliza a expressão “duplo chapéu”; ou nas palavras de ARMANDO TRIUNFANTE, “Código das Sociedades comerciais anotado”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 441, “natureza mista”.

Iremos, por uma questão de simplificação, utilizar indistintamente o termo *auditor*.

<sup>68</sup> CALVÃO DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores não executivos”, *op. cit.*, pp. 127-128.

<sup>69</sup> Comumente denominados “requisitos de elegibilidade”, PAULO CÂMARA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “O governo das Sociedades Anónimas”, *op. cit.*, pp. 86-92.

Como é sabido, a atividade fiscalizadora é tanto mais exigida quanto maior é o distanciamento verificado entre a propriedade e gestão da sociedade<sup>70</sup>. Perante tal realidade existe a necessidade de um elo de ligação objetivo que reduza (ou, mais precisamente, elimine) o fosso verificado entre aqueles dois pontos<sup>71</sup>. Esse elo será, justamente, o órgão de fiscalização e, necessariamente, os seus membros. Para a concretização da objetividade deste elo, a independência vem sendo considerada uma das componentes ou, mesmo até, “parte essencial no novo paradigma do *corporate governance*”<sup>72</sup>.

Queriam os agentes económicos crer que os escândalos financeiros se deveram não só à mera postura passiva dos fiscalizadores, mas essencialmente à razão potenciadora de tal postura: a promiscuidade verificada entre os membros da administração e os do órgão de fiscalização<sup>73</sup>. Assim, além da *independência* se encontrar na senda do reforço do papel dos órgãos de fiscalização, surge como “remédio” para a potencial *familiaridade* gerada no modelo em análise<sup>74</sup>.

Antes de se proceder a um breve enquadramento legal destas exigências<sup>75</sup>, permita-se-nos delinear um pequeno raciocínio que irá atravessar as nossas próximas

---

<sup>70</sup> Sobre este distanciamento e a sua evolução, v. JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, pp. 41-51.

<sup>71</sup> De modo a atenuar, nas palavras de RUI DE OLIVEIRA NEVES, “A governação de sociedades em Portugal”, AA. VV., *in* A governação das sociedades anónimas nos sistemas jurídicos lusófonos, Almedina, 2013, p. 277, o “tendencial afastamento que se verifica entre os accionistas e a atividade societária quotidiana”.

<sup>72</sup> JEFFREY N. GORDON, “Independent directors and stock market prices: the new corporate governance paradigm”, UVa Conference on Law and Finance, Março de 2007, p. 0. Entre nós, no mesmo sentido – “elemento fulcral do *corporate governance*” – v. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, “Administradores independentes”, *op. cit.*, p. 153.

Exagerado, parece-nos, por assentar numa série de contrassensos que teremos oportunidade de verificar.

<sup>73</sup> V. KLAUS J. HOPT, “Comparative Corporate Governance...”, *op. cit.*, p. 31. Onde este Autor refere que, apesar da complementares, poderá ser necessário um “determinado grau de separação” entre as funções de administração e de fiscalização. Esta separação *deverá* (mais do que “poderá”) ser nítida, e tal foi proliferado nos vários ordenamentos, não só ao nível de *soft law*, como também a nível de *hard law*.

<sup>74</sup> Sobre tal risco e a relativização da perspectiva destes requisitos enquanto “remédios”, v. PAULO CÂMARA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “O governo das Sociedades Anónimas”, AA. VV., *op. cit.*, p. 75, quando afirmam: “*não obstante* encontrar-se sujeito aos mesmos mecanismos de isenção e distanciamento (...) (independência, incompatibilidades, etc.)” (itálico nosso). Uma vez que são requisitos falíveis e, principalmente, não eficazes por si só, o que se pretende analisar aqui é como uma melhor configuração destas exigências pode ter reflexos ao nível da eficácia da fiscalização.

<sup>75</sup> Cujas críticas e possíveis soluções são no final deste capítulo debatidas, sem prejuízo de alguns afloramentos daquelas ao longo deste enquadramento.

considerações. Não podemos nunca olvidar os *deveres específicos*<sup>76</sup>, bem como os *deveres gerais*<sup>77</sup> que recaem sobre estes *auditores*. Estes últimos, além de concretizados no art. 64.º, são de elementar importância enquanto concretizadores de “todas as restantes obrigações”<sup>78</sup>.

### a) Qualificações e experiência profissional adequadas

A *indispensabilidade de qualificações e experiência profissional adequadas* para o exercício da fiscalização<sup>79</sup> encontra-se desacompanhada do devido rigor que as normas que regulam esta matéria exigem. Referimo-nos aos números 4 e 6 do art. 423.º-B, onde constam várias remissões para o art. 414.º, pelo que a nossa análise estabelecerá uma constante ponte entre ambas as normas.

Seguimos de perto a posição de GABRIELA FIGUEIREDO DIAS<sup>80</sup> que entende que “o legislador disse aqui mais e menos do que pretendia”. Por um lado, segundo o n.º 3 do art. 414.º, a exigência destas qualidades, bem como da “capacidade jurídica plena”, somente aos candidatos a fiscalizadores que sejam simultaneamente acionistas, é desprovida de sentido, sendo clara a *reputada indispensabilidade* destas exigências a *todos os membros* que exerçam as funções que aqui consideramos. Por outro lado, encontramos-nos perante uma *cláusula geral* carecida de critérios legais para o seu preenchimento. Perante esta conjuntura caberá ao *intérprete-aplicador* um esforço (aparentemente) acrescido<sup>81</sup>.

---

<sup>76</sup> Que resultam não só do art. 423.º-G do CSC, como também de outras normas dispersas pelo mesmo diploma, relativas à fiscalização das sociedades anónimas.

<sup>77</sup> Constantes do art. 64.º, n.º 2. Sem prejuízo do seu n.º 1 ter reflexos também nos órgãos de fiscalização, de acordo com a “interpretação corretiva” sugerida por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedade e responsabilidade...”, *op. cit.*, p. 50-53, com a qual concordamos. De modo a atribuir “autonomia e igual dignidade e importância a cada uma das categorias de deveres” – *dever de cuidado e dever de lealdade*.

<sup>78</sup> MENEZES CORDEIRO, “Código das Sociedades Comerciais anotado”, *op. cit.*, p. 252.

<sup>79</sup> Indispensabilidade que é devidamente apontada por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art. 414.º” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, *op. cit.*, p. 535.

<sup>80</sup> *Ibid.* p. 536-537.

<sup>81</sup> Sem descurar as críticas que se apontam ao n.º 4 do art. 414.º. Da leitura deste preceito não parece resultar outro resultado senão o da exigência de um “super fiscalizador” – *ibid.*, p. 539. Por um lado, verificamos uma injustificada proliferação de denominações das qualidades em análise. Por outro, a conjugação de todos os requisitos numa só pessoa não deixa de ser uma solução irrazoável, bem como impulsionadora do seu incumprimento.

Assim, naquele esforço terá que apreciar as *qualidades dos candidatos* e as “*concretas circunstâncias da sociedade*”<sup>82</sup>. Para isso, do elemento literal do n.º 3 do art. 414.º pode-se tirar uma conclusão inicial: parece-nos que o legislador, com a utilização da locução “adequadas”, consagra o *dever* de harmonização entre as específicas exigências de um cargo de fiscalização de determinada sociedade e as *qualificações e experiência* do candidato ao mesmo<sup>83</sup>. O que não poderia ser de outra forma, quer pela sua, já citada, *indispensabilidade* face às funções exercidas pelos *auditores*, como para tentar obstaculizar a existência de “testas de ferro”<sup>84</sup> no seio do órgão de fiscalização. Pelo que a sua configuração enquanto “requisito de elegibilidade”<sup>85</sup> parece inquestionável.

Contudo, o cumprimento de um requisito desta ordem não se consegue verificar somente com a configuração referida. Daí as críticas severas aos seus “mecanismos de verificação e *enforcement*”<sup>86</sup>, ou melhor dizendo, à sua inexistência<sup>87</sup>. Aspeto que conduz à constatação, na prática societária, daquilo que referimos pretender evitar-se<sup>88</sup>.

Em suma, ainda que a densificação do requisito analisado seja inteligível, os grandes obstáculos veem revelar-se, posteriormente, na fase da garantia do seu cumprimento. Pelo que urge acautelar este aspeto<sup>89</sup>, sob pena de esvaziamento deste requisito.

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 536, circunstâncias que podem envolver, entre outras, a “dimensão, ramo de actividade, negócio (...) fase de desenvolvimento”. O que volta a destacar o papel do referido ideal *one size does not fit all*.

<sup>83</sup> Aspeto que vai de encontro ao “protagonismo acrescido das exigências *fit and proper*”, PAULO CÂMARA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “O governo das sociedades anónimas”, *op. cit.*, p. 92. Pelo que a questão dos “limiares mínimos *gerais*” nem se coloca, tendo sido o legislador claro no que a este aspeto diz respeito. Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art. 414.º” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário, op. cit.*, p. 536.

<sup>84</sup> Expressão comumente usada pela doutrina a propósito da problemática dos “administradores de facto”.

<sup>85</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores” in *Reformas do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios do IDET n.º 3*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 286 e 287.

<sup>86</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art. 414.º” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário, op. cit.*, p. 537.

<sup>87</sup> Conclusão que pressupõe a nossa concordância com a afirmação de que a *efetiva aplicação* da norma em causa assenta numa “base muito eventual – *quase virtual*”, com carácter meramente *programático*, “sem estrutura para se impor como vinculativa, *ibid.*, p. 537.

<sup>88</sup> Tal como é apresentado pela Autora, *ibid.*, p. 535-536, nt. 5.

<sup>89</sup> Veremos eventuais formas de o fazer, de modo a que a *idoneidade, preparação e experiência profissional* sejam transportados para o “centro do debate”, PAULO CÂMARA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “O governo das sociedades anónimas”, *op. cit.*, p. 92.

## b) Da independência<sup>90</sup>

Em primeiro lugar, convém circunscrever o quadro societário onde o requisito da independência é prescrito no CSC. Surge como um *requisito de elegibilidade* nas “sociedades anónimas autonomizadas em face das restantes” na alínea a), do n.º 2 do art. 413.º do CSC<sup>91</sup>. É nestas sociedades - as “*grandes sociedades anónimas*” e as sociedades *cotadas* – que se verificam os maiores óbices ao “permanente controlo”<sup>92</sup> por parte da massa acionista.

Olhando para o dispositivo que determina quem se “considera” independente – n.º 5 do art. 414.º -, não se pode extrair outra conclusão senão aquela que é retirada por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS. Ao arrepio dos “ordenamentos de referência”<sup>93</sup>, o nosso legislador estabelece, de modo inadequado, uma assunção híbrida de flexibilidade “na sua estrutura” e rigidez “na sua aplicação”<sup>94</sup>. Aquela flexibilidade poderá permitir ao intérprete-aplicador a formulação de um “juízo *ad hoc*”<sup>95</sup> que abarque um maior leque de situações que prejudiquem a independência de um determinado sujeito. Contudo, a subsunção automática de determinadas situações às alíneas *a)* e *b)*<sup>96</sup> do dispositivo em causa - sem se verificar realmente qualquer falta de independência do sujeito em concreto

---

<sup>90</sup> Para uma evolução histórica deste requisito remete-se para JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, pp. 597-603 e 635-643 (nos ordenamentos norte-americano e inglês), 649-658 (no ordenamento europeu).

<sup>91</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A fiscalização societária redesenhada...”, *ob. cit.*, p. 286. Esta autonomização é levada a cabo não só pelo nível de complexidade que estas sociedades assumem, como também pelos efeitos sistémicos que as mesmas podem provocar na economia em geral.

Este preceito é aplicável não só ao nível do modelo clássico, no qual se insere o referido artigo, mas também ao modelo anglo-saxónico – por via da remissão do n.º 4 do art.423.º-B -, e ao modelo germânico – pela remissão do n.º 4 do art.434.º.

<sup>92</sup> RUI DE OLIVEIRA NEVES, “A governação de sociedades em Portugal”, AA. VV., *op. cit.*, p. 277, devido ao suprarreferido afastamento dos acionistas do quotidiano da atividade societária que, em virtude da *profissionalização* da administração, se encontra entregue a agentes vocacionados para o controlo de tal atividade.

<sup>93</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art. 414.º” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, *op. cit.*, p. 540.

<sup>94</sup> *Ibid.* p. 540.

<sup>95</sup> *Ibid.* p. 542.

<sup>96</sup> Os denominados “critérios negativos”, nas palavras de PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e a reforma...”, *op. cit.*, p. 63, uma vez que à subsunção a alguma destas alíneas corresponde a perda de independência.

- revela uma rigidez injustificada que choca, não só, com o supracitado pretensão *reforço da autonomia privada*<sup>97</sup>, como também impede soluções *de justiça concreta*<sup>98</sup>.

Ora, parece claro que o legislador foi longe demais ao impor a independência enquanto *requisito de elegibilidade*<sup>99</sup>. Teria sido preferível ter ido ao encontro das soluções flexíveis reveladas nos *ordenamentos de referência*<sup>100</sup>. Assim, o juízo de aferição da independência assentaria numa *independência de facto*, concreta e determinada, relativamente a um sujeito, assente numa *base casuística*<sup>101</sup>, em vez da aplicação “crua”<sup>102</sup> resultante de uma solução legal como a nossa.

Acresce ainda a mesma crítica verificada no requisito analisado anteriormente – insuficiência/inexistência de *mecanismos de verificação e enforcement*. Com uma

---

<sup>97</sup> V. nt. (63).

<sup>98</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art. 414.º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, *op. cit.*, p. 545, pelo que se concorda integralmente com a afirmação da Autora: “a norma ganha em objectividade e *perde em adaptabilidade e possibilidade de uma solução de justiça concreta*” (itálico nosso), justificado, na sua p. 542, nt. 16, “pelo facto de os tais critérios negativos não contemplarem margem de interpretação ou qualquer flexibilidade de aplicação”.

Com maiores considerações sobre cada uma das alíneas da norma em análise, v. RUI DE OLIVEIRA NEVES, “O administrador independente: contributo para a compreensão da figura...”, *op. cit.*, pp. 172 e ss., nt. 49, onde refere o “*peso relativo* de uma participação de 2% no capital social” (itálico nosso); PAULO OLAVO CUNHA, “Independência e inexistência de incompatibilidades...”, *op. cit.*, p. 264-265, que aponta à redação da al. b) a extração de “coerência ao critério”, uma vez que teria sido preferível o legislador ter atendido ao número de exercícios, mais do que ao número de mandatos, que têm duração variável de sociedade para sociedade.

<sup>99</sup> Na senda do “reduzido papel” que a lei pode assumir sobre este critério. Cf. DONALD C. LANGEVOORT, “The human nature of corporate boards: law, norms, and the unintended consequences of independence and accountability”, in *Georgetown Law Journal*, p. 5, onde dá preferência aos “incentivos extralegais” que advêm do “mercado e pressão social”.

<sup>100</sup> Sobre opção por um *padrão* flexível que possibilita uma melhor adaptação às circunstâncias concretas de cada sociedade, no Reino Unido, Itália e Alemanha, v. RUI DE OLIVEIRA NEVES, “O administrador independente: contributo para a compreensão da figura...”, *op. cit.*, p. 156-158.

Aliás, não se percebe como é que a CMVM aponta como matriz da reforma de 2006 o ordenamento italiano, cf. CMVM - *Governo das sociedades anónimas: proposta de alteração do código das sociedades comerciais (processo de consulta pública n.º 1/2006)*, 2006, disponível em [http://www.cmvm.pt/CMVM/Comunicados/Comunicados/Documents/56be6a08403749cbbfdada63db3da0aaproposta\\_alter\\_csc.pdf](http://www.cmvm.pt/CMVM/Comunicados/Comunicados/Documents/56be6a08403749cbbfdada63db3da0aaproposta_alter_csc.pdf), p. 12, e o CSC vem depois afastar-se em diversos pontos dessa matriz. Um dos pontos em que se afasta é a questão de independência: o nosso legislador poderia ter seguido a solução que resulta do art. 2399 *ex vi* 2409-*septiesdecies Codice Civile*. Isto é, bastariam as *incompatibilidades* do art. 414.º-A, deixando a imposição de *requisitos especiais* na livre disposição de cada sociedade, sem prejuízo da indução destes mecanismos através de mecanismos de *soft law*.

<sup>101</sup> Neste sentido, RUI DE OLIVEIRA NEVES, “O administrador independente...”, *op. cit.*, p. 166, aponta o reconhecimento, por parte da Recomendação da Comissão Europeia n.º 2005/162/CE, desta ideia. Devido a tratar-se de “matéria de difícil delimitação concreta” deve perflhar-se uma análise assente numa “base casuística e de prevalência da realidade substantiva sobre critérios formais”.

<sup>102</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art. 414.º” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, *op. cit.*, p. 540.

ressalva de ordem prática: tem cabido à CMVM a monitorização da conformidade deste requisito nas “sociedades cotadas” e “entidades de interesse público”<sup>103</sup>.

Perante as imprecisões verificadas face aos requisitos analisados, propõem-se de seguida possíveis soluções, bem como a aferição do impacto positivo que as mesmas poderão ter na coerência do modelo anglo-saxónico.

## ii. Na rota da sua utilidade e eficiência

Julga-se que a complexidade da qual o modelo anglo-saxónico se pode revestir resulta da forma como foram regulados determinados aspetos. Isto, mais do que considerações teóricas sobre os custos burocráticos e económicos que podem ser exigidos a uma sociedade optante pelo modelo anglo-saxónico. Sinteticamente: a onerosidade é fruto da vertente *estática*, e não da *dinâmica*<sup>104</sup>, da comissão de auditoria.

Hoje é notório o papel que as TCI (Tecnologias da Comunicação e Informação) assumem no direito societário<sup>105</sup>. Os instrumentos tecnológicos ao dispor das sociedades comerciais, além de proporcionarem um “acesso e troca de informação”<sup>106</sup> facilitado, permitem que os obstáculos físicos sejam minorados, resultando, assim, na mitigação dos custos associados à *dinâmica* da orgânica societária. Em suma, nas palavras da CMVM,

---

<sup>103</sup> PAULO CÂMARA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “O governo das sociedades anónimas”, *op. cit.*, p. 91. Além da nossa reticência face à efetividade desta realidade, questionamos o porquê de não valer este mesmo raciocínio para o requisito anterior – mais do que a independência, não será a verificação das *qualificações e experiência profissional* objetivamente mais fácil? Pensamos que sim, não entendendo o porquê dos Autores não estabelecerem esta “ponte”. Tendo a CMVM capacidade para verificação do “mais”, não vemos obstáculo para verificar o “menos” problemático.

<sup>104</sup> Onde se insere os custos associados à *convocação, preparação e realização* das reuniões dos órgãos sociais.

<sup>105</sup> Sobre esta notoriedade, mais desenvolvidamente, remete-se para PAULO DE TARSO DOMINGUES, “Os meios telemáticos dos órgãos sociais. O regime português” in *RSDE*, n.º 10, Janeiro/Junho 2012, J. M. COUTINHO DE ABREU, “Governação...”, *op. cit.*, pp. 20 e ss. Ambos os Autores destacam o papel da “equiparação de forma escrita e forma electrónica” - consagrada no DL n.º 290-D/99, de 2 de agosto, alterado e republicado pelo DL n.º 88/2009, de 9 de abril, e art. 4.º-A do CSC – no desenvolvimento do fenómeno das “modernas tecnologias de informação e comunicação” no direito societário. Uma breve referência que evidencia esta ideia é também conduzida por PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres fiduciários dos administradores”, AA. VV. in *Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 168, cujo teor se reproduz: “Os modernos meios comunicativos ... facilitam um envolvimento na vida da sociedade desacompanhado da presença física do titular do órgão”.

<sup>106</sup> PAULO DE TARSO DOMINGUES, “Os meios telemáticos...”, *op. cit.*, p. 9. Sem prejuízo de ulteriores referências sobre a importância de um adequado *fluxo informativo* na governação societária, v. CALVÃO DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores não executivos”, *op. cit.*, pp. 127-128.

aqueles instrumentos potenciam “a eficiência de funcionamento dos órgãos sociais e a troca de informação entre os seus titulares e os accionistas”<sup>107</sup>. Eficiência que se revela, assim, não só ao nível da relação controlo-propriedade, como também ao nível interorgânico e intraorgânico.

Por sua vez, da análise *estática*, *i.e.*, dos requisitos impostos aos fiscalizadores, resultam inevitáveis reflexos sobre a sua remuneração, a qual deverá ser adequada “às funções desempenhadas”<sup>108</sup>. Ora, defendendo-se a necessidade de um *permanente e contínuo* acompanhamento da administração<sup>109</sup>, deste resulta a proporcionalidade entre a remuneração e o tempo total dispendido pelo auditor nesse acompanhamento<sup>110</sup>.

A solução poderá derivar de uma adequada configuração dos dispositivos reguladores das *qualificações* dos *auditores* e da sua articulação com os que regulam a correspondente remuneração.

Em primeiro lugar, como se pôde constatar, o regime dos *requisitos de elegibilidade* consente uma série de imprecisões. No que concerne às *qualificações técnicas*, a sua reputada *indispensabilidade* encontra-se desapojada de garantias para o seu cumprimento. Além da solução apontada para uma classe de sociedades<sup>111</sup>, entendemos ser fulcral o papel que o “dever de cuidado” do art. 64.º/1, a) poderá desempenhar relativamente a todas as sociedades anónimas. Da interpretação adotada do

---

<sup>107</sup> CMVM – *Governo das sociedades anónimas: proposta...*, p. 20.

<sup>108</sup> Art. 423.º-D e 399.º/1, este último, como bem observa J. M. COUTINHO DE ABREU, “Art. 423º-D” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, (coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU), vol. VI (Artigos 373.º a 480.º), IDET, Almedina, Coimbra, 2013, p. 691, aplicável *diretamente* aos auditores, em virtude de serem “também do conselho de administração”.

Ainda que relacionado com a remuneração dos administradores, sobre outras considerações que podem influenciar o “montante adequado de remuneração”, cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações”, in *A Emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto de Corporate Governance, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 51 e ss., 58. Adaptando a interessante análise da Autora aos fiscalizadores, destaca-se o *nível* de remuneração “*apto para motivar e estimular*” um controlo “*mais eficiente possível*”, bem como para “*captar e fidelizar*” os fiscalizadores “*mais competentes e responsáveis*”.

<sup>109</sup> Consubstanciado na *obrigação* de participação em todas as reuniões do conselho de administração, independentemente da ordem de trabalhos, que a seu tempo se fundamentará.

<sup>110</sup> Cf. CALVÃO DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores...”, *op. cit.*, p. 122, acerca da remuneração dever “reflectir o tempo parcial que dedicam à sociedade”. Com a devida vénia, não podemos concordar com este raciocínio linear sobre o “tempo parcial” que os auditores empregam na sua atividade. Tal dissonância justifica-se pelo referido na nossa nt. <sup>(109)</sup>. Assim, o *permanente e contínuo* controlo resulta da sua qualidade de fiscalizador, pelo que a sua participação nas reuniões da administração encontra fundamento nesta qualidade e não somente no seu estatuto simultâneo de administrador.

<sup>111</sup> Cf. PAULO CÂMARA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “O governo das sociedades anónimas”, *op. cit.*, p. 91.

n.º 2 daquele artigo<sup>112</sup> podemos retirar a designada responsabilidade civil por *culpa in acceptando*<sup>113</sup>. Com esta referência, pretende-se destacar o efeito dissuasor que esta responsabilidade pode ter nos candidatos<sup>114</sup>. Sem prejuízo dos riscos de *auto-controlo*, parece-nos que a aceitação desta perspetiva por parte da doutrina, bem como pela jurisprudência, poderá surtir efeitos na *praxis* societária, levando à recusa, por parte dos próprios candidatos, de um cargo para o qual não se encontram habilitados.

Por sua vez, o critério da independência, para além das críticas já apontadas aquando da sua análise, encerra em si algumas contradições lógicas<sup>115</sup>. Logo num primeiro patamar, como bem anotado por PAULO OLAVO CUNHA<sup>116</sup>, o facto de a designação ser conduzida pelos sócios (sendo sempre, pelo menos, *por maioria*), e da frequente existência de *afinidades* entre os designantes e designados, coloca sérias reservas a tal requisito. Acresce a isto, nas lúcidas palavras de MENEZES CORDEIRO, a nossa realidade empresarial onde, mais do que noutros ordenamentos, “a independência real é impossível”<sup>117</sup>. Assim sendo, é desajustado condicionar a toma do cargo de fiscalizador a um requisito que se revela inverosímil de se verificar num tecido empresarial tão pequeno<sup>118</sup>.

Mas temos que ir um pouco mais longe. A pretensão estabelecida com a exigência do critério de independência repousa na ideia de que o total desinteresse do concreto (candidato a) fiscalizador potencia a seu modo de conduta baseada na objetividade e

---

<sup>112</sup> V. nt. (77).

<sup>113</sup> ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, “Sociedades Comerciais...”, *op. cit.*, pp. 256-257; sendo esta opinião partilhada pela Dr.ª Maria de Fátima Ribeiro, espelhada nas suas lições da cadeira de “Sociedades Comerciais – Responsabilidade dos Sócios”.

<sup>114</sup> Associado à assumida “função preventiva” da responsabilidade civil. Sobre o reconhecimento dessa função na nossa doutrina, v. HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano”, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 551-579.

<sup>115</sup> Um “contra-senso do sistema”, nas palavras de PAULO OLAVO CUNHA, “Independência e inexistência de incompatibilidades...”, *op. cit.*, p. 261.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 261 e ss., cuja análise seguiremos de perto.

<sup>117</sup> V. MENEZES CORDEIRO, “Código das Sociedades Comerciais anotado”, *op. cit.*, p. 1091.

<sup>118</sup> V. PAULO CÂMARA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “O governo das sociedades anónimas”, *op. cit.*, p. 90, a propósito do crescente número de exigências na matéria dos *requisitos de elegibilidade* e das *incompatibilidades* para o exercício de cargos sociais, referem que “pode conduzir a alguma dificuldade em encontrar sujeitos que reúnam todos estes requisitos”.

Uma breve, mas importante, nota: não pode nunca descurar-se o relevo prático deste movimento. *I.e.*, não existem estudos empíricos que permitam estabelecer uma relação entre a composição dos órgãos sociais por independentes e um desempenho aprimorado da atividade societária, cf. KLAUS HOPT KLAUS J. HOPT, “Comparative Corporate Governance...”, *op. cit.*, p. 28, JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *ob. cit.*, p. 596, nt. 2051.

isenção<sup>119</sup>. Ora, se, por um lado, tal pode impulsionar a pretensa visão objetiva por parte deste agente, por outro, pode, precisamente, agravar o alheamento tendencial dos membros dos órgãos de fiscalização relativamente à atividade que devem controlar<sup>120</sup>. Como tal, ainda que possamos aplaudir este movimento “pela independência”, não podemos deixar de ter uma postura crítica quanto ao alcance prático deste critério, ou, pelo menos, da forma como foi regulado.

Parece que o legislador, uma vez mais, utilizou um meio desadequado para atingir o fim visado. O fim será o exercício da atividade de fiscalização de uma forma objetiva, *i.e.*, reporta-se ao *modus operandi* do órgão exteriorizado através dos seus membros. Neste sentido, parece-nos que se confunde o *ser* independente com o *agir*<sup>121</sup> de forma independente.

Teria sido preferível uma solução como a que resulta do art. 68.º-A do EOROC, onde se consagra um “dever de independência”<sup>122</sup>. Apesar da sua não consagração expressa, mais uma vez não podemos deixar de recorrer ao art. 64.º/2. Como bem assinala GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, o *dever de independência* resulta “inequivocamente” dos deveres consagrados neste dispositivo, bem como da “função e teleologia geral da

---

<sup>119</sup> Isto é, deve estabelecer-se “um distanciamento em relação à administração executiva da sociedade (nas sociedades com o capital muito fragmentado) e os accionistas de referência (quando se verifique a existência de accionistas de controlo) que *lhes permita uma avaliação objectiva dos actos de gestão e uma defesa efectiva de outros interesses para além dos interesses da maioria accionista*” (*sublinhado nosso*). V. PAULO CÂMARA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “O governo das sociedades anónimas”, *op. cit.*, p. 86 e ss.

Entre nós as preocupações levantam-se, essencialmente, ao nível da presença de “accionistas de referência”, sem prejuízo do que foi referido, *supra*, na nt. <sup>(39)</sup>.

<sup>120</sup> Algo apontado categoricamente por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A fiscalização societária redesenhada...”, *op. cit.*, p.46, nota 46, “falta de empenho e envolvimento nos destinos da sociedade e pela aversão ao risco que os administradores independentes habitualmente exibem”.

<sup>121</sup> *I.e.*, como “qualificação da *atuação*” e “não como mera qualificação da *pessoa* (...) em função de determinados critérios apriorísticos”, cf. EDITOR, “Beyond “Independent” Directors: a functional approach to board independence” in *Harvard Law Review*, 119, 2006, pp. 9-12.

<sup>122</sup> Uma outra solução que poderia incrementar a utilização do critério da independência, enquanto requisito de elegibilidade, seria a criação de uma “bolsa de administradores independentes”, como sugere ESMERALDA DOURADO, *Diário Económico*, edição de 2-6-2015, p. 30. Não seria de repudiar face aos recentes desenvolvimentos no âmbito da auditoria externa, com a aprovação do Regime Jurídico da Supervisão de Auditoria, pela Lei n.º 148/2015, de 9 de Setembro, que veio reforçar os poderes da CMVM de supervisão e regulação nesta área. Assim ao nível da fiscalização *interna* poderia aquela bolsa – pelo menos no que concerne às sociedades que caem na alçada de supervisão da CMVM – estar sujeita ao controlo e supervisão da CMVM, exigindo, à semelhança do art. 6.º daquele diploma, o “registo para o exercício de funções de interesse público”. Ainda assim revelamos preferência pela solução referida no corpo do nosso texto.

atividade de fiscalização”<sup>123</sup>, pelo que a Autora, noutra local<sup>124</sup>, seguindo doutrina internacional, apoia a “substituição parcial” deste requisito.

Por tudo o que foi afirmado, e retomando o nexo entre os requisitos criticados e a remuneração, podemos concluir que a independência não potencia somente o efeito de “captura da sociedade” por “*profissionais da independência*”<sup>125</sup>. Este estatuto pode legitimar uma subida do nível de remuneração exigido por estes agentes, por ser uma qualidade exigida por lei para o “adequado” exercício da atividade de fiscalização de “forma autónoma, imparcial, isenta e objectiva”<sup>126</sup>. Assim, propomos uma reflexão sobre a eliminação deste requisito, algo que aliviaria este modelo, tendo em conta as exigências irrazoáveis que o nosso legislador consagra nos números 4 e 5 do art. 423.º-B.

Impõe-se uma final referência, já aflorada<sup>127</sup>, acerca da composição *quantitativa* da comissão. À semelhança do que sucede no *modelo tradicional*<sup>128</sup>, exige-se uma composição mínima de três membros da comissão – art. 423.º-B/2. Parece-nos que o mínimo de dois é solução adequada, pois permitiria sempre a existência de um membro com conhecimentos necessários para a vertente *financeira* e outro com conhecimentos técnicos específicos enquadrados na atividade da empresa em concreto, canalizando-os para a vertente política. Uma outra solução que desoneraria o modelo em causa.

Justificado o potencial interesse prático que o modelo anglo-saxónico poderá assumir, analisa-se se e de que forma a “obrigação” de fiscalização da administração do art. 423.º-F/1, *a*) assume melhores contornos no mesmo, bem como se fomenta a atividade de fiscalização como um todo de forma eminente.

## **II. A fiscalização da administração ao abrigo da alínea *a*), n.º 1, do art. 423.º-F: da sua transversalidade à governação societária**

---

<sup>123</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art. 414.º” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, *op. cit.*, p. 532-533.

<sup>124</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A fiscalização societária redesenhada...”, *op. cit.*, p. 302, nt. 46.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>126</sup> PAULO OLAVO CUNHA, “Independência e inexistência de incompatibilidades...”, *op. cit.*, p. 263.

<sup>127</sup> *V.* nt. (63).

<sup>128</sup> Art. 413.º/4.

Sob pena de inutilização da al. *a)* do n.º 1 do art. 423.º-F, impõe-se uma correta articulação com a sua al. *b)*. Contrariamente ao defendido por alguma doutrina<sup>129</sup>, a fiscalização não pode ser perspetivada através de um prisma “meramente formal”<sup>130</sup>, de controlo da legalidade e da regularidade da atividade da administração face ao estatutos, bem como face à execução das deliberações sociais. Segundo esta corrente, o legislador teria procedido a uma repetição desnecessária neste preceito<sup>131</sup>. Contrariamente, começa a ganhar terreno a perspetiva que realça o controlo *político* da administração<sup>132</sup>, pelo que a autonomização da al. *a)* é, por um lado, louvável<sup>133</sup>; mas, por outro, criticável pela sua inserção sistemática<sup>134</sup>.

Uma outra observação prévia advém da análise da epígrafe do mesmo artigo: o fraco pendor da doutrina jus-societária sobre o desenvolvimento do conceito de “competência”<sup>135</sup> torna imperiosa a referência ao excelente enquadramento deste conceito fornecido por JOSÉ FERREIRA GOMES<sup>136</sup>. Este Autor, tendo por base o pensamento de DAVID DUARTE<sup>137</sup>, conclui que o *modo deôntico* das *normas de competência* é, *prima facie, permissivo*<sup>138</sup>, mas a sua *funcionalização* através de uma *norma terceira*<sup>139</sup> atribui-lhe um caráter *impositivo*<sup>140</sup>. Pelo que a “fiscalização da administração”

---

<sup>129</sup> De que são exemplo os ilustres PAULO OLAVO CUNHA, “Direito das Sociedades Comerciais”, *op. cit.*, p. 790 e PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e a reforma...”, *op. cit.*, pp. 47-48. Porém temos já vozes insurgentes que assumem uma perspetiva concatenada com o papel que devem os órgãos de fiscalização assumir.

<sup>130</sup> “Cariz meramente formal” nas palavras de JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, p. 276.

<sup>131</sup> Bem como nas normas correspondentes nos modelos congéneres.

<sup>132</sup> Remetemos para a nossa nt. <sup>(26)</sup>, acrescentando a nomenclatura utilizada por MENEZES CORDEIRO no seu “Direito das Sociedades I: Parte Geral”, *op. cit.*, p. 1014: fiscalização da “gestão *latu sensu*”.

<sup>133</sup> Não a esvaziando “de conteúdo”, JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, p. 280

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 274, onde o Autor critica (e bem) a apresentação desta obrigação ao lado de outros vínculos, que não são mais que concretizações daquela. Acrescentamos uma crítica à nomenclatura utilizada na al. *a)* do art. 423.º-F, n.º 1: seria preferível ter adotado o termo “supervisão” – como delineado por PAULO BANDEIRA, “A fiscalização das sociedades comerciais”, *op. cit.*, p. 104 – ou mesmo “vigilância” – de acordo com o recente desenvolvimento de JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, pp. 273-349, 703-801. Neste capítulo utilizaremos indistintamente *obrigação de fiscalização* e *obrigação de vigilância*, preferindo esta última.

<sup>135</sup> Com maiores desenvolvimentos pelo “direito constitucional” e “direito administrativo”, *ibid.*, p. 703.

<sup>136</sup> *Ibid.*, pp. 703 e ss.

<sup>137</sup> DAVID DUARTE, “A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória”, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 115-128, 373-379.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 124-125, onde justifica, aliás, que a permissão enquanto “modo primeiro” deriva da ideia comum a todo o direito de que “há sempre permissão quando não há imposição ou proibição”.

<sup>139</sup> *Ibid.*, pp. 126-127, uma *norma terceira* que será “essencialmente de conduta”.

<sup>140</sup> JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, pp. 273-274.

consagrada na al. a), n.º 1 do art. 423.º-F é verdadeiramente uma *obrigação*, devido à sua *requalificação pelo interesse social*<sup>141</sup>, tal como prescrito pelo art. 64.<sup>o</sup><sup>142</sup>.

Por sua vez, a *obrigação de fiscalização* consubstancia-se numa “obrigação de meios”, enquanto “obrigação de adequação”<sup>143</sup>. Isto é, ainda que o fiscalizador não se obrigue a qualquer resultado, deverá a sua conduta ser adequada a causá-lo<sup>144</sup>.

A *adequação* da conduta do fiscalizador ao cumprimento da *obrigação de fiscalização* importa o desdobramento analítico desta em: *poderes-deveres de obtenção de informação e de inspeção, dever de avaliação da informação recolhida e poderes-deveres de reação*<sup>145</sup>. Nesta decomposição nunca poderemos esquecer as diferentes graduações de intensidade que esta *obrigação* pode sofrer em virtude das circunstâncias concretas da sociedade, bem como do acto a fiscalizar. Apesar disso, refere-se que a nossa análise é debruçada sobre a *obrigação de vigilância* como “controlo geral”, destacando a necessidade de “construção da vigilância preventiva e concretização do dever de leal cooperação orgânica e endoconsiliar”, que sujeita tal obrigação a uma diferente *intensidade e pormenor*<sup>146</sup>.

Retomando gradualmente o nosso propósito, não podemos deixar de fazer referência aos critérios que podem orientar o exercício desta obrigação. A necessária destrição referida no início deste capítulo – entre a al. a) e a al. b) do art. 423.º-F/1 - não é inócua. A mesma permite sustentar que, se por um lado a atividade de fiscalização nunca deve abdicar reger-se por critérios de *legalidade e regularidade – juízos vinculados*<sup>147</sup> -,

---

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 712. Por isso afirma-se também como um “conceito normativo determinado pela função” (*Zweckbegriff*), *ibid.*, p. 280.

Desenvolvidamente sobre o *interesse social*, já após a reforma de 2006, v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica””, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 524, onde confronta lucidamente as duas teses – *institucionalista e contratualista* – que se debatem sobre a interpretação do art. 64.º/1, b).

<sup>142</sup> Sem prejuízo da discussão que rodeia este preceito, parece praticamente consensual a consideração deste preceito como *norma de conduta*. Cfr., entre outros, MENEZES CORDEIRO, “Direito das Sociedades I: Parte Geral”, *op. cit.*, p. 887, RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Art. 64.º” in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU), vol. I (Artigos 1.º a 84.º), IDET, Almedina, Coimbra, 2010, p. 728.

<sup>143</sup> PEDRO MÚRIAS e MARIA DE LURDES PEREIRA, “Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação”, inédito, 2012, p. 1001, *apud* JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração à fiscalização das sociedades: a obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima”, Almedina, Coimbra, 2015, p. 718-719.

<sup>144</sup> JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, p. 719.

<sup>145</sup> *Ibid.*, pp. 771 e ss., cujos desenvolvimentos para aqui remetemos.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 779.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 809.

por outro, não deve, igualmente, afastar critérios de *adequação* e *economicidade*<sup>148</sup>, que se revelam fulcrais na vertente *global* da fiscalização. Pelo que, como conclui JOSÉ FERREIRA GOMES, a “melhor interpretação” do nosso preceito é que a fiscalização que dele resulta deve envolver “juízos de mérito”<sup>149</sup>. Daí o reconhecimento, pelo mesmo Autor, de discricionariedade aos órgãos de fiscalização, enquanto “delimitação positiva da prestação”<sup>150</sup> no caso concreto.

Perante este olhar renovado sobre o dispositivo analisado, estamos agora em condições de apontarmos ao cerne do nosso estudo, estabelecendo a ligação daquele ao modelo anglo-saxónico. Como já foi referido, da *decomposição analítica da obrigação de vigilância*, um dos *poderes-deveres* que daí resulta é o de *obtenção de informação e de inspeção*. É inquestionável o valor que a informação assume nas *tarefas cognitivas* dos fiscalizadores individualmente considerados, bem como do seu desenvolvimento da atividade colegial do respetivo órgão<sup>151</sup>. Parece-nos também incontroverso que a mediação da informação fiscalizador-fiscalizado, pelo próprio fiscalizado, tende a reduzir a eficácia da informação<sup>152</sup> quando comparada com o seu acesso direto por parte do fiscalizador.

---

<sup>148</sup> *Ibid.*, pp. 318-326, para onde remetemos os desenvolvimentos dos quatro critérios.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 809-810. Em sentido contrário, ilustre doutrina como a referida na nossa nt. (129); à qual se acrescenta, mais recentemente, JOÃO MIRANDA POÇAS, “A responsabilidade civil dos membros de órgãos de fiscalização das sociedades anónimas – o artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais e a Business Judgment Rule”, AA. VV., in *Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais*, coord.: Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 281 e ss., 286-288, 296-301, onde estabelece uma distinção entre “*actos materialmente de fiscalização*” e “*actos formalmente de fiscalização*” para justificar as situações pontuais em que o órgão de fiscalização pode fazer intervir juízos de mérito e oportunidade. Todavia, afastamo-nos desta corrente que reduz a fiscalização à mera *compliance*, sendo evidente que esta não é mais do que uma das diversas tarefas de que são incumbidos os fiscalizadores.

<sup>150</sup> JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, p. 804. Contrariamente ao entendimento que considera inexistir discricionariedade na “atividade de fiscalização em sentido material”, no “cerne da atividade fiscalizadora”, onde se insere a “fiscalização da administração” que agora se analisa, cf. JOÃO MIRANDA POÇAS, “A responsabilidade civil...”, *op. cit.*, p. 298.

<sup>151</sup> Ainda que reportado ao *modelo tradicional*, não podemos deixar de destacar uma afirmação que evidencia o equilíbrio *intraorgânico* que deve ser constatado em qualquer modelo de governação: “o equilíbrio do sistema repousa na articulação da atividade cognitiva individual com a ponderação e intervenção colegiais”, cf. JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, p. 333.

Quanto ao valor da informação na governação societária, v. PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres...”, *op. cit.*, p. 169, onde afirma a propósito da administração, mas que julgamos ser transponível para a atividade de fiscalização: o art. 64.º *obriga* a que um titular de um órgão social *seja dotado de um conhecimento adequado à sociedade*.

<sup>152</sup> Não só em termos quantitativos, como também qualitativos, em consonância com as ilações de JOSÉ FERREIRA GOMES, *ibid.*, p. 284-285. Concludentemente, reduzirá também a qualidade da própria fiscalização.

Onde pretendemos chegar? Compreender em que medida pode resultar da *obrigação de vigilância* um dever de convocação para todas as reuniões da administração e, conseqüentemente, dever de participação dos fiscalizadores nas mesmas. É precisamente aqui que o modelo anglo-saxónico se aparta dos outros modelos, pois esta questão nem sequer é colocada. Apesar de se equacionar a existência de um “*dever legal de não exercer funções executivas*”<sup>153</sup> por parte dos *auditores*, tal aspeto não choca com o dever de participação nas reuniões do conselho de administração que resulta da al. b) do n.º 1 do art. 423.º-G. Aliás, os *auditores* são parte integrante do conselho<sup>154</sup>, pelo que se afirma que tal participação é *imprescindível* “por força da imperatividade do quórum deliberativo”<sup>155</sup>. Destarte, ainda que não tivessem o dever de estar presentes em todas as reuniões do conselho de administração, enquanto membros da comissão, teriam certamente que ser convocados e apresentarem-se, enquanto administradores.

Já face ao modelo *tradicional*<sup>156</sup>, se seguíssemos estreitamente JOSÉ FERREIRA GOMES, seríamos levados a cometer incongruências face ao nosso raciocínio: a exigência de um *permanente e contínuo* controlo da administração. Em sentido contrário a este Autor, ENGRÁCIA ANTUNES defende o dever de convocação para todas as reuniões<sup>157</sup>, com o correspondente dever de participação. Por sua vez, o primeiro baliza a questão diferentemente, fazendo recair um *dever* quando o *presidente do conselho de administração os convoque* ou em que *se apreciem as contas de exercício*<sup>158</sup>; atribui, depois, um *poder* de assistir às *demais reuniões*, socorrendo-se do art. 421.º/1, d)<sup>159</sup>.

Não podendo concordar com JOSÉ FERREIRA GOMES, inclinamo-nos para a solução de ENGRÁCIA ANTUNES. Mas vamos mais longe. Pela análise da *obrigação*

---

<sup>153</sup> MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, “O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura”, Almedina, Coimbra, 2010, p. 148.

<sup>154</sup> Daí a suprarreferida designação enquanto *administradores-auditores*.

<sup>155</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Fiscalização de sociedades e responsabilidade...”, *op. cit.*, p. 89.

<sup>156</sup> De adoção maioritária entre nós, como podemos constatar; cf. nt. <sup>(41)</sup>.

<sup>157</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, “A fiscalização das sociedades comerciais: estudo preparatório de reforma legislativa”, Inédito, 1997, p. 151-152, *apud* JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração à fiscalização das sociedades: a obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima”, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 283-284, nt. 962. Que é, aliás, como refere o último, a solução consagrada na nossa congénere italiana; não se percebendo, uma vez mais, o afastamento da matriz inspiradora da reforma de 2006, v. *supra*, nt. <sup>(100)</sup>.

<sup>158</sup> JOSÉ FERREIRA GOMES, “Da administração...”, *op. cit.*, pp. 282-283, remetendo para os arts. 422.º/1, a) e 379.º/4. Não se consegue entender como é que o Autor assenta um *dever* desta natureza na vontade do presidente do órgão fiscalizado.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 283.

*de vigilância*, nos termos que levamos a cabo<sup>160</sup>, parece-nos que a força motriz que orienta a atividade dos órgãos de fiscalização e o seu papel na governação societária poderá ser geradora de traves-mestras nesta matéria. Assim, considerando a participação no processo decisório como peça fundamental para um efetivo *controle permanente e contínuo*, poderemos retirar da nossa análise conjugada do modelo anglo-saxónico e do art. 423.º-F/1, a) um dever de participação dos fiscalizadores nas reuniões do órgão de administração, transversal a todos os modelos<sup>161</sup>.

## Poslúdio

O nosso trabalho, como tantos outros, nunca cobiçou desvendar a resposta à questão “*who is to guard the Guardians themselves?*”<sup>162</sup>. Procedeu-se, sim, humildemente, à escolha do modelo anglo-saxónico enquanto modelo de governação societária que se julgou oferecer um maior número de garantias a uma eficiente fiscalização da atividade da administração, não só na sua vertente *financeira*, mas essencialmente na descurada vertente *política*.

Contudo, ainda que iniciando pela exposição dos aspetos que nos levaram à consideração da valência do modelo anglo-saxónico – a sua estruturação e funcionamento –, perante a inevitável falibilidade de diversas soluções legais, prosseguiu-se com a descrição da parte do regime que, efetivamente, onera desrazoavelmente as sociedades optantes pelo modelo em causa – os *requisitos de elegibilidade* dos (candidatos a) *auditores*.

Deste modo, na rota da eficiência e utilidade do modelo anglo-saxónico, sugeriram-se algumas soluções que podem tornar o modelo anglo-saxónico atrativo para o nosso tecido empresarial.

Das soluções propostas resulta, por um lado, relativamente aos critérios *qualitativos*, a eliminação do critério da independência, enquanto *requisito de elegibilidade* - não só pela falta de alcance prático como, igualmente, por tal exigência resultar doutros dispositivos, nomeadamente do art. 64.º - e, relativamente às

---

<sup>160</sup> Por referência à construção desta obrigação no quadro do conselho fiscal, cf. *ibid.*, pp. 273-349.

<sup>161</sup> Até como possível decorrência da pretensão de “equivalência funcional” entre os diferentes modelos consagrados; cf. nt. (48).

<sup>162</sup> A célebre expressão em latim “*quis custodiet ipsos custodes*”, JUVENAL, “The Satires”, traduzido por A. S. Kline, p. 45, disponível em <http://www.poetryintranslation.com/klineasjuvenal.htm>, consultado em 15-10-2015.

*qualificações e experiência* adequadas, um reforço das garantias do seu cumprimento – através de um controlo externo pela CMVM ou sanções legais -, ou a aceitação geral da culpa *in acceptando*, que dissuadiria os candidatos a rejeitarem um cargo para o qual não teriam capacidade. Por outro lado, sobre os critérios *quantitativos*, a modificação do limite *quantitativo* mínimo de composição da comissão de auditoria para dois *auditores*, onde cada um com conhecimentos distintos os canalizaria ora para a vertente *financeira*, ora para vertente *política*.

Por fim, seguindo a apontada construção da *obrigação de vigilância* tal como sugerida por JOSÉ FERREIRA GOMES, realçou-se o controlo *político* da administração como parte essencial daquela obrigação, onde os *auditores* devem aplicar *juízos de mérito* para uma avaliação devidamente ampla da atividade fiscalizada. Verificou-se que a fiscalização *política* se encontra beneficiada pelo estatuto simultâneo dos *auditores-administradores* no modelo anglo-saxónico, face aos restantes modelos, especialmente face ao modelo predominante na nossa *praxis* societária – o modelo *tradicional*. Isto porque a obrigatoriedade da presença dos *auditores* nas reuniões da administração permite-lhes um constante acesso direto a toda a informação necessária para uma elucidada fiscalização; obrigatoriedade que não se verifica no modelo *tradicional*, como resulta do art. 422.º, n.º 1, al. a), 2ª parte.

Pelo que se conclui que a valência do modelo anglo-saxónico não se resume ao modelo em si, mas à influência que pode exercer sobre os restantes modelos, nomeadamente através da transversalidade do dever de convocação dos fiscalizadores para todas as reuniões e conseqüente dever de participação resultante da perspetivação da *fiscalização da administração* das alíneas a) dos n.ºs 1 dos arts. 420.º e 423.º-F e al. d), do n.º 1 do art. 441.º, como uma verdadeira *obrigação*.

## Bibliografia

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “Governação das Sociedades Comerciais, 2.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2010
  - “Art. 423º-D” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU), vol. VI (Artigos 373.º a 480.º), IDET, Almedina, Coimbra, 2013
  - /MARTINS, Alexandre de Soveral/DOMINGUES, Paulo de Tarso/COSTA, Ricardo/DIAS, Rui Pereira/MARQUES, Elda/GUINÉ, Orlando Vogner, “O futuro do direito europeu das sociedades” in *DSR*, Ano 4, vol. 8, Almedina, Coimbra, 2012
  - “Curso de direito comercial vol. II: Das Sociedades”, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2011
- ALMEIDA, António Pereira de, “Administradores independentes”, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura: a reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2007
  - “Sociedades comerciais, valores mobiliários e mercados”, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011
- AMARAL, Diogo Freitas do, “Curso de Direito Administrativo”, vol. I, com a colaboração de Luís Fábrika, Carla Amado Gomes e J. Pereira da Silva, (3.<sup>a</sup> ed.), 4.<sup>a</sup> reimpressão da edição de Novembro de 2006, Almedina, Coimbra, 2010

- ANTUNES, Henrique Sousa, “Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano”, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- BANDEIRA, Paulo, “O governo dos auditores” AA. VV., in *O Governo das Organizações: a vocação universal do corporate governance*, Almedina, Coimbra, 2011
  - “A independência dos auditores de sociedades cotadas”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, ano III, Almedina, Coimbra 2011
  - “A fiscalização das sociedades comerciais” in *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto de Corporate Governance, Almedina, Coimbra, 2014
- CÂMARA, Paulo/NEVES, Rui de Oliveira/CORREIA, Francisco Mendes/FERREIRA, Bruno/DIAS, Gabriela Figueiredo/CAMPOS, Ana Rita Almeida/SANTOS, Hugo Moredo/LINO, Duarte Schmidt, “A governação de sociedades em Portugal”, AA. VV., in *A governação de sociedades anónimas nos sistemas jurídicos lusófonos*, Coleção Governance Lab, Almedina, Coimbra, 2013
  - /DIAS, Gabriela Figueiredo, “O governo das Sociedades Anónimas”, AA. VV., in *O Governo das Organizações: a vocação universal do corporate governance*, Almedina, Coimbra, 2011
  - “O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais”, in *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008
  - “O governo das sociedades e os deveres fiduciários dos administradores”, AA. VV. in *Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*”, Almedina, Coimbra, 2007
- CMVM, *Governo das sociedades anónimas: proposta de alteração do código das sociedades comerciais (processo de consulta pública n.º 1/2006)*, 2006,

[http://www.cmvm.pt/CMVM/Comunicados/Comunicados/Documents/56be6a08403749cbbfdada63db3da0aaproposta\\_alter\\_csc.pdf](http://www.cmvm.pt/CMVM/Comunicados/Comunicados/Documents/56be6a08403749cbbfdada63db3da0aaproposta_alter_csc.pdf)

- COELHO, Eduardo de Melo Lucas, “Reflexões epigramáticas sobre a nova governação das sociedades”, in *Revista da Ordem dos Advogados* (ROA), ano 68, Lisboa, 2008
- CORDEIRO, António Menezes, “Direito das Sociedades I: Parte Geral”, 3ª ed. ampliada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2011
  - “Manual de Direito das Sociedades”, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2004
  - “Manual de direito das sociedades”, vol. II, Almedina, Coimbra, 2007
  - “A grande reforma das sociedades comerciais” in *Revista O Direito*, Ano 138.º, III, Almedina, Coimbra, 2006
  - “Código das Sociedades Comerciais anotado”, 2.ª ed. revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2011
- CORREIA, Miguel J. A. Pupo, “Direito Comercial: direito da empresa”, com colaboração de ANTÓNIO JOSÉ TOMÁS e OTÁVIO CASTELO PAULO, 12.ª ed., revista e atualizada, Ediforum Edições Jurídicas, Lda., Lisboa, 2011
- COSTA, Ricardo, “Art. 423º-B” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU), vol. VI (Artigos 373.º a 480.º), IDET, Almedina, Coimbra, 2013
- CUNHA, Paulo Olavo, “Direito das Sociedades Comerciais, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012
  - “Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais” AA. VV. in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011
- DIAS, Gabriela Figueiredo, “A fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (Após a reforma do Código das Sociedades Comerciais)”, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

- “Controlo de contas e responsabilidade dos ROC”, in *Temas Societários*, Colóquios n.º2, IDET, Almedina, Coimbra, 2006
  - “Art. 414.º” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU), vol. VI (Artigos 373.º a 480.º), IDET, Almedina, Coimbra, 2013
  - “Art.423.º-F” in *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU), vol. VI (Artigos 373.º a 480.º), IDET, Almedina, Coimbra, 2013
  - “A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores” in *Reformas do Código das Sociedades Comerciais*, Colóquios do IDET n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007
- DOMINGUES, Paulo de Tarso, “O exercício de funções de administração por parte dos órgãos de fiscalização”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 46, Abril/Junho, 2014
    - “Os meios telemáticos dos órgãos sociais. O regime português” in *RSDE*, n.º 10, Janeiro/Junho 2012
  - DOURADO, Esmeralda, *Diário Económico*, edição de 2-6-2015
  - DUARTE, David, “A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória”, Almedina, Coimbra, 2006
  - EDITOR, “Beyond “Independent” Directors: a functional approach to board independence” in *Harvard Law Review*, 119, 2006
  - FIGUEIREDO, Isabel Mousinho de, “O administrador delegado (A delegação de poderes de gestão no Direito das Sociedades)”, in *Revista O Direito*, ano 137.º, III, Almedina, Coimbra, 2005

- FRADA, Manuel António Carneiro da, “Danos societários e governação de sociedades (*corporate governance*)” in *Cadernos de Direito Privado*, número especial 02/Dezembro de 2012
- FURTADO, Jorge Pinto, “Competências e funcionamento dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais”, AA. VV., in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I – Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- GOMES, José Ferreira, “Da administração à fiscalização das sociedades: a obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima”, Almedina, Coimbra, 2015
- GORDON, Jeffrey N., “Independent directors and stock market prices: the new corporate governance paradigm”, UVa Conference on Law and Finance, Março de 2007
- HOPT, Klaus J., “Comparative Corporate Governance: the state of the art and International regulation”, Law Working Paper n.º 170/2011, ECGI
- JÚDICE, João Miguel, *Diário Económico*, edição de 29-6-2015
- JUVENAL, “The Satires”, traduzido por A. S. Kline, p. 45, disponível em <http://www.poetryintranslation.com/klineasjuvenal.htm>
- LANGEVOORT, Donald C., “The human nature of corporate boards: law, norms, and the unintended consequences of independence and accountability”, in *Georgetown Law Journal*
- MAIA, Pedro, “Tipos de sociedades comerciais”, in *Estudos de Direito das Sociedades*, AA.VV., coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, 10.<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2010

- MARQUES, Tiago Estêvão, “Responsabilidade civil dos membros de órgãos de fiscalização das sociedades anónimas”, Almedina, Coimbra, 2009
- MARTINS, Alexandre de Soveral, “Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração”, AA. VV., in *Reformas do código das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007
- NEVES, Rui de Oliveira, “O administrador independente: contributo para a compreensão da figura no contexto dos mecanismos de controlo societário”, AA.VV. in *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008
  - “Fiscalização e proteção do investidor. Alguns problemas de governo societário”, in *I Congresso de DSR*, Almedina, Coimbra, 2011
- PINTO, José Costa, “A evolução dos modelos de governo societário”, in *A Emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto de Corporate Governance, Almedina, Coimbra, 2014
- POÇAS, João Miranda, “A responsabilidade civil dos membros de órgãos de fiscalização das sociedades anónimas – o artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais e a Business Judgment Rule”, AA. VV., in *Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais*, coord.: Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, Coimbra, 2013
- RAMOS, Maria Elisabete Gomes, “O seguro de responsabilidade civil dos administradores: entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura”, Almedina, Coimbra, 2010
- RIBEIRO, Maria de Fátima, “A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica””, Almedina, Coimbra, 2009
  - “Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações”, in *A*

*Emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto de Corporate Governance, Almedina, Coimbra, 2014

- RODRIGUES, Jorge, “Corporate Governance: Uma introdução”, Edições Pedagogo, 2008
- SILVA, João Calvão da, “Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral de supervisão”, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura: a reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2007
- TAVARES, Carlos, “A reforma do Código das Sociedades Comerciais”, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura: A Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2007
- TRIUNFANTE, Armando, “Código das Sociedades comerciais anotado”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007