

A ADMINISTRAÇÃO E A FISCALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES. NOVOS RUMOS

*Joana Pinto Coelho**
joanapcoelho@ipt.pt

SUMÁRIO

- I) INTRODUÇÃO
 - i) Considerações gerais
 - ii) Os modelos de governo das sociedades
- II. INICIATIVAS INTERNACIONAIS E COMUNITÁRIAS
 - i) A constatação do problema
 - ii) O plano de acção da comunidade europeia em matéria de governo das sociedades
- III. O GOVERNO DAS SOCIEDADES EM PORTUGAL
 - i) Algumas iniciativas
 - ii) A revisão do direito das sociedades
- IV. A FISCALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS
 - i) Considerações gerais
 - ii) A estrutura do órgão de fiscalização
 - iii) A composição qualitativa do órgão de fiscalização
 - iv) Outras alterações introduzidas
- V. A ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS
 - i) Considerações gerais
 - ii) Os deveres dos administradores das sociedades
 - iii) A independência dos administradores
 - iv) A criação de comissões no seio do órgão de administração
- CONCLUSÃO
- BIBLIOGRAFIA

* Docente da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico de Tomar.

NOTA PRÉVIA

Na data da conclusão deste texto encontra-se ainda em vigor a redacção primitiva do Código das Sociedades Comerciais, razão pela qual faz todo o sentido estabelecer ainda um paralelismo entre as soluções vigentes e as soluções preconizadas pelo novo texto da lei, a entrar em vigor nos próximos dias.

Propõe-se assim com o presente escrito não a dogmatização de conceitos teóricos sobre o tema proposto que, sem cuidar da sua importância fundamental não cabem num estudo deste tipo, mas encarar o problema dos modelos institucionais de administração e fiscalização das sociedades anónimas numa perspectiva eminentemente prática atentas as soluções até agora vigentes, as soluções propostas pelo legislador, e as orientações comunitárias e internacionais na matéria.

I. INTRODUÇÃO

i) Considerações gerais

O problema da estrutura da administração e fiscalização das sociedades, associado ao que actualmente se tem vindo a chamar *governança societária*, assume maior relevância, ou melhor, tem sido mais aprofundado na óptica das sociedades abertas, as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado¹. Em todo o caso, as soluções visadas e, algumas já, preconizadas, devem estender a sua aplicação também às sociedades ditas fechadas, já que o problema se coloca em torno de questões que mediatamente se vão reflectir na estrutura dos vários tipos de sociedades que conformam o tecido económico e empresarial do nosso país.²

¹ Sociedades que se caracterizam por terem as suas acções dispersas pelo público (cf. PAULO CÂMARA, *O Governo das Sociedades em Portugal: uma introdução*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, nº 12 Dezembro 2001, pag. 46, disponível em <http://www.cmvm.pt>, e em que a existência de um maior número de accionistas, com participações de capital, por vezes, muito reduzidas, exigem formas de governação corporativa capazes de proteger os interesses de todos os accionistas.

² É aliás preocupação do legislador, como consta do Preâmbulo do Decreto-Lei nº 76-A/2006 de 29 de Março, prosseguir, com o regime que institui, "uma maior transpa-

Trata-se, por outro lado, de uma matéria verdadeiramente actual, em face das recentíssimas alterações ao Código das Sociedades Comerciais estabelecidas pelo Decreto-lei nº 76-A/2006, de 29 de Março.

Estas, se dão conformação às medidas do programa *Simplex*, programa de simplificação administrativa e empresarial, apresentado, pelo Governo português, a 27 de Março de 2006, e que visam essencialmente a desburocratização dos actos notariais relativos à vida das empresas, também reflectem as novas concepções no que respeita à estrutura de administração e fiscalização das sociedades, de acordo com o que internacionalmente se tem vindo a chamar “*Corporate Governance*”, e observando também uma tendência que tem vindo a generalizar-se em vários ordenamentos jurídicos europeus, com uma tradição jurídica similar à nossa, como a Alemanha, a Itália, a França, e em conformidade com as orientações legislativas em matéria de Direito comunitário derivado.

A expressão traduzida, “*Governo das Sociedades*”, designa nas palavras de Menezes Cordeiro “*um conjunto de máximas válidas para uma gestão de empresas responsável e criadora de riqueza a longo prazo, para um controlo de empresas e para a transparência*”³. O objectivo fundamental das medidas que dão corpo a esta preocupação central do direito das sociedades passa por garantir uma solução de compromisso equilibrado entre *risco e retorno* para os accionistas e para todos os terceiros que partilhem interesses sociais.

Além das estruturas de gestão e decisão integram ainda o governo das sociedades outros mecanismos, justamente, destinados a controlar e fiscalizar o processo decisório, garantindo uma gestão segura, eficaz e ponderada da sociedade e da empresa, em última instância.⁴

rência e eficiência das sociedades anónimas portuguesas; referindo-se às sociedades anónimas no geral e não apenas às sociedades cotadas.

³ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I Volume, Das sociedades em geral, Almedina, 2004, pag. 695

⁴ O Governo das Sociedades evidencia além destas outras preocupações que têm vindo a ser debatidas e que tendo como denominador comum a globalização e internacionalização crescente do mercado de capitais se prendem com questões como sejam o exercício do direito de voto dos accionistas associado às modernas tecnologias de informação e comunicação, a transparência da informação financeira, o problema dos investidores institucionais, entre outros.

A necessidade de actualização dos mecanismos de fiscalização das sociedades e a actuação dos mecanismos de gestão societária são duas realidades indissociáveis no panorama da modernização do Direito das sociedades, em geral, e da “*corporate governance*”, em particular.

Os mecanismos decisórios e de fiscalização das sociedades variam de país para país e podem variar de empresa para empresa, no seio de um determinado contexto legal e institucional.

ii) Os modelos de governo das sociedades

Tradicionalmente, ainda que não generalizadamente, têm sido identificados dois diferentes sistemas de governo das sociedades, o *sistema continental* e o *sistema anglo – saxónico*, que assentam fundamentalmente em diferentes expressões do sistema de controlo das sociedades. Entre outras, as diferenças entre os dois sistemas passam pela *diferente estrutura da propriedade e dispersão do capital*.⁵

Assim, no *modelo continental* a propriedade das sociedades encontra-se mais concentrada, o que traduz grandes fracções de capital a pertencerem à mesma pessoa ou ao mesmo grupo de interesses, pelo que o principal propósito será a protecção dos accionistas minoritários em face dos grupos de controlo.

No modelo *anglo-saxónico* verifica-se uma maior dispersão de capital, e a principal estratégia de acção assenta na protecção dos accionistas em face do poder arbitrário dos gestores profissionais, porquanto a administração da sociedade se encontra confiada a pessoas que muitas vezes os próprios sócios desconhecem⁶.

Relativamente a cada um destes modelos, a questão da eficiência dos instrumentos de controlo e de fiscalização coloca-se, segundo pon-

⁵ Nesta ordem de ideias afirma Paulo Câmara que *a análise do governo das sociedades modernamente fundada na contraposição entre a propriedade e o controlo assume como ponto de reflexão central a posição jurídica dos titulares de órgãos de administração*. Cf. PAULO CÂMARA, *O Governo das Sociedades em Portugal: uma introdução*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, nº 12 Dezembro 2001, pag. 47, disponível em <http://www.cvm.pt>

⁶ A doutrina anglo-saxónica identifica aqui o que chama de “*agency problems*” enquanto “*decorrência natural da separação entre a propriedade accionista e o controlo da gestão societária*”, cf. PAULO CÂMARA, op. cit. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº12, pag. 48.

tos de vista diferentes, em torno de diferentes soluções.

O sistema anglo-saxónico de controlo e fiscalização de sociedades apresenta assim características muito específicas.

Antes de mais, um mercado eficiente de controlo das empresas que assegura a competência das equipas de gestores, em face dos interesses dos accionistas.⁷

Depois, um sistema de remunerações variáveis em função dos resultados ou da cotação das empresas.⁸

O conselho de administração, neste sistema, funciona com administradores internos (*insiders*) e administradores externos (*outsiders*). Os primeiros são executivos que fizeram carreira na empresa e os segundos são não executivos e não apresentam ligação à estrutura interna da empresa.⁹

Os administradores externos devem ser independentes dos administradores internos e têm como principais funções a tomada de decisões estratégicas, e o aconselhamento, fiscalização e avaliação da actividade dos administradores executivos.

No seio do conselho de administração são criadas comissões compostas por administradores externos, supostamente independentes, a quem compete a fiscalização, a avaliação, a fixação de remunerações e o despedimento dos administradores.

À *comissão de auditoria* compete a nomeação, contratação e despedimento do auditor externo bem como o acompanhamento do seu trabalho.¹⁰

À *comissão de vencimentos* compete a fixação das remunerações dos administradores executivos, bem como proceder à formulação de um juízo de valor sobre o seu desempenho.¹¹

A *comissão de nomeações* funciona de modo independente dos administradores executivos e compete-lhe proceder à nomeação de novos administradores, fazendo a respectiva proposta à assembleia-geral, quer

⁷ ARTUR SANTOS SILVA/ ANTÓNIO VITORINO/ CARLOS FRANCISCO ALVES/ JORGE ARRIAGA DA CUNHA/ MANUEL ALVES MONTEIRO, *Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*, Instituto Português da Corporate Governance, 2006, pag. 22

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ AINDA, ARTUR SANTOS SILVA/ ANTÓNIO VITORINO/ CARLOS FRANCISCO ALVES/ JORGE ARRIAGA DA CUNHA/ MANUEL ALVES MONTEIRO, *op.cit.*, pag. 22

¹¹ Idem

em situações de sucessão natural de administradores como em situação de substituição forçada, por mau desempenho dos administradores executivos.¹²

Por sua vez, o sistema continental, em qualquer uma das suas modalidades, germânica e latina, é obviamente influenciado pela existência de maior concentração de capital entre os accionistas o que implica, a mais das vezes, a existência de sócios com posições proeminentes.

O principal desiderato deste modelo reconduz-se ao controlo da gestão efectuada pelos accionistas maioritários. Assim, os principais accionistas controlam internamente a gestão e tomam as principais decisões estratégicas da sociedade.¹³

Frequentemente, os próprios accionistas da sociedade têm assento nos órgãos de administração ou fazem eleger, para eles, pessoas da sua confiança; pelo que, o problema resultará aqui na tutela das minorias em face dos grandes accionistas.

As remunerações variáveis não são muito frequentes¹⁴ no sistema continental, sendo que tradicionalmente a *remuneração fixa* representa uma parte muito significativa da remuneração total, o que não é aliás, a nosso ver, discipiendo porquanto flexibilizar a remuneração em face dos resultados da empresa poderá levar a que uma administração menos controlada, e mais *poderosa*, tente defraudar os resultados com vista a obter melhores remunerações.

Quanto à estrutura dos órgãos de administração, em alguns países da Europa Continental predomina o chamado *sistema monista* (melhor identificado como sistema latino) caracterizado por apenas um órgão da administração, ao passo que em outros países, o *modelo é dualista* (sistema germânico) estruturado em dois órgãos de administração.

O modelo dualista visa através de um órgão intermédio de administração (o conselho geral¹⁵) criar uma forma de supervisão dos administradores executivos (a direcção¹⁶). Neste modelo de administração, a

¹² ARTUR SANTOS SILVA/ ANTÓNIO VITORINO/ CARLOS FRANCISCO ALVES/ JORGE ARRIAGA DA CUNHA/ MANUEL ALVES MONTEIRO, *op.cit.*, pag. 23.

¹³ Idem

¹⁴ ARTUR SANTOS SILVA/ ANTÓNIO VITORINO/ CARLOS FRANCISCO ALVES/ JORGE ARRIAGA DA CUNHA/ MANUEL ALVES MONTEIRO, *op.cit.*, pag. 24.

¹⁵ Que na redacção do Decreto-lei 76-A/2006 de 29 de Março se passará a designar por *conselho geral e de supervisão* (cf. artigo 424 e ss. CSC).

¹⁶ Que na redacção do Decreto-lei 76-A/2006 de 29 de Março se passará a designar por

direcção (é assim que se chamam neste modelo os administradores executivos) é designada e fiscalizada por aquele órgão intermédio exclusivamente composto por accionistas. Pretendia-se aqui superar o poder desmedido que, no dito sistema monista, estava confiado ao conselho de administração.

A fiscalização da direcção depende, no entanto, da independência dos membros do conselho geral em face dos gestores executivos (designados pelo órgão que directamente os fiscaliza) e dos accionistas a quem se encontram ligados.

Com efeito, se os membros da direcção são nomeados pelo conselho geral e se este é eleito em assembleia-geral por accionistas dominantes, a independência e transparência das decisões dependerá em larga medida do poder de controlo e influência entre uns e outros.

Cabe ainda referir que no caso das sociedades que adoptam a estrutura monista tornou-se frequente a separação da gestão quotidiana das decisões de administração estratégica da sociedade. Assim, ao abrigo do ainda actual art. 407 do Código das Sociedades Comerciais, o contrato de sociedade pode autorizar o conselho de administração a delegar numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade¹⁷. A esta comissão executiva compete a gestão da sociedade no dia a dia, nos termos dos poderes que lhe tenham sido delegados pelo conselho de administração.

Os administradores executivos, membros desta comissão, são nomeados pelo conselho de administração e é à assembleia-geral que compete a eleição de todos membros do órgão de administração.

Também aqui se pretende criar uma dupla instância de decisões, criando, ainda que de forma mais ou menos instrumental, um órgão de supervisão e controlo ao qual a lei impõe expressamente um dever de vigilância e uma responsabilidade pelos actos praticados pelos administradores encarregues da gestão da sociedade.

Denotava já assim a anterior redacção do nosso Código das Sociedades Comerciais, em particular a norma do artigo 407 reconhecimento de uma *natureza híbrida* ao conselho de administração, que cumula, nos casos em que existe a comissão executiva, as funções de adminis-

conselho de administração executivo (Cf. art. 434 e ss. CSC).

¹⁷ A mesma possibilidade mantém a nova redacção do artigo 407 do Código das Sociedades Comerciais.

tração e de fiscalização¹⁸.

O objectivo resulta frustrado quando não se consegue assegurar a necessária independência entre os administradores a quem é confiada a gestão corrente da sociedade, por um lado, e os administradores que definem os limites da delegação de poderes, por outro.¹⁹ O que é evidente, de resto, quando, até agora, o presidente do conselho de administração e o presidente da comissão executiva poderiam ser uma e a mesma pessoa^{20 21}.

II. INICIATIVAS INTERNACIONAIS E COMUNITÁRIAS

i) A constatação do problema

Vários escândalos financeiros, entre os quais se destacou a falência da empresa norte americana *Enron*, vieram salientar e confirmar a ineficácia dos mecanismos de governo das sociedades e a emergência do seu aperfeiçoamento.²²

¹⁸ Cf. PAULO CÂMARA, op.cit., *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº12, p. 49.

¹⁹ Assim é que as Recomendações da CMVM de 1999 sugeriam que a criar-se uma comissão executiva no seio do conselho de administração deveria esta reflectir o equilíbrio entre os administradores ligados a accionistas dominantes e os administradores independentes. Cf. PAULO CÂMARA, idem.

²⁰ Na nova redacção do Código, o número 5 do artigo 407, prevê expressamente a designação de um *presidente da comissão executiva* que, nos termos no número 6 do mesmo artigo, *deve assegurar a prestação de informação relativamente à actividade e às deliberações da comissão executiva, e o cumprimento dos limites da delegação, da estratégia da sociedade e dos deveres de colaboração perante o presidente do conselho de administração*.

²¹ Ver a este respeito, ARTUR SANTOS SILVA/ ANTÓNIO VITORINO/ CARLOS FRANCISCO ALVES/ JORGE ARRIAGA DA CUNHA/ MANUEL ALVES MONTEIRO, op.cit., pag. 25, onde concluem os autores pela importância da separação de papéis entre o presidente do conselho de administração (*Chairman*, na terminologia anglo-saxónica), e o presidente da comissão executiva (*Chief Executive Officer, CEO*), para evitar a concentração de poderes.

²² Nas palavras de João Soares da Silva gerou-se "*um certo sentimento difuso de insuficiência estrutural do modo como tradicionalmente as empresas societárias organizavam o seu controlo e o seu governo...*"; cf. JOÃO SOARES DA SILVA, *o Action Plan da Comissão Europeia e o contexto da Corporate Governance no início do século XXI*, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 18, Agosto 2004, p. 73, disponível em

O núcleo fundamental da problemática da governação das sociedades prende-se assim com a necessidade de criar mecanismos de defesa e prossecução dos interesses de todos os accionistas. O que assume proporções mais evidentes, como é óbvio, em sociedades de capital aberto ao investimento público, onde verdadeiramente é mais difícil proteger e tutelar todos os accionistas.

De resto, as normas e as práticas de bom governo das sociedades constituem um factor essencial de reforço da competitividade empresarial sobretudo atento o processo de globalização e progressiva integração e liberalização dos mercados de capitais.

O movimento de codificação destas práticas de bom governo das sociedades teve o seu início mesmo antes dos escândalos financeiros que mais tarde vieram, necessariamente, a constituir o motor de desenvolvimento e de expansão destas normas.

Tratava-se de normas não vinculativas dirigidas principalmente ao comportamento ético dos intervenientes na vida societária que, por serem livremente adoptadas e difundidas apresentavam maiores virtualidades em restabelecer a confiança e a estabilidade nos mercados.²³

Na origem destes códigos assumiram um papel de relevância os Estados Unidos da América que por razões várias, mas sobretudo em ordem à harmonização da legislação societária entre os vários Estados federados, foram um país precursor na emergência deste tipo de regulamentação²⁴.

De importância fundamental, por constituir um marco inabalável na evolução do governo das sociedades, é a referência à Lei Sarbanes-Oxley, que surgiu na sequência dos escândalos financeiros que envolveram grandes empresas norte-americanas, em face do deficiente controlo da gestão por parte dos administradores, e de uma actuação ineficaz por

<http://www.cmvm.pt>.

²³ Nas palavras de Paulo Câmara, normas sociais destituídas de sanção jurídica. Cf. PAULO CÂMARA, *Códigos de Governo das Sociedades*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, nº 15, Dezembro de 2002, p. 65, disponível em <http://www.cmvm.pt>. Adianta ainda o A. que “apesar de se tratarem de normas sociais não jurídicas, as normas constantes de códigos de governo desempenham um papel influente na condução dos destinos das sociedades abertas e na motivação pessoal dos titulares dos órgãos sociais e de accionistas na tomada de decisões ligadas à condução da actividade societária”, cf. PAULO CÂMARA, *op.cit.*p.66.

²⁴ PAULO CÂMARA, *op.cit.*p.67.

parte dos auditores externos.

Na Europa, a importação dos problemas da corporate governance, deu lugar a uma primeira referência destes códigos de governação societária. Uma comissão liderada por Sir Adrian Cadbury, promoveu o “Código de Boas Práticas” dirigido às sociedades cotadas e incluído no relatório *Cadbury*, publicado em 1992 no Reino Unido.

Este relatório, que influenciou posteriormente a elaboração de outros códigos europeus, abordou questões como a estrutura dos órgãos de administração e as suas comissões, a separação de funções de presidente do conselho de administração e de presidente da comissão executiva, a responsabilidade, independência e remuneração dos administradores, a importância dos administradores não executivos, a fiabilidade da informação financeira, o papel dos auditores externos e os direitos e deveres dos accionistas.

Propunha-se a adopção de regras muito simples e apresentavam-se as grandes linhas de força do governo das sociedades. *As propostas apresentadas tinham por finalidade resgatar a confiança na informação financeira das sociedades e, ao mesmo tempo preservar a reputação do mercado financeiro*²⁵, e além disso o reforço no controlo da administração.

Entre 1995 e 2005 foram publicados, segundo os dados do Livro Branco da *Corporate Governance* Português, entre os vinte e cinco países da União Europeia, cerca de oitenta códigos de bom governo.²⁶

Os códigos apresentavam necessariamente algumas diferenças entre si, em resultado de diferentes formas de actuação, da própria solidez do mercado de capitais e do âmbito da regulação de cada país em matéria de governo das sociedades.

Além do relatório “*Cadbury*” constituiu também uma referência importante na evolução do governo das sociedades “ Os princípios de Governo das Sociedades” publicados originariamente pela OCDE em 1999, objecto de uma versão actualizada em 2004.

Embora não obrigatórios, constituindo por isso *soft law*, também estes princípios foram elevados a conceitos padrão do bom governo das sociedades e têm sido expressamente adoptados como modelo na elabo-

²⁵ PAULO CÂMARA, Os Códigos de Governo das Sociedades, *op. cit.* p. 69.

²⁶ ARTUR SANTOS SILVA/ ANTÓNIO VITORINO/ CARLOS FRANCISCO ALVES/ JORGE ARRIAGA DA CUNHA/ MANUEL ALVES MONTEIRO, *op.cit.*, pag. 34.

ração de códigos de bom governo em vários países europeus, e não só, assumindo por isso uma vocação mundial.²⁷

Neste contexto, tem vindo a ser defendida a ideia de que não existe um modelo único de boa governação societária, mas apenas elementos comuns subjacentes aos vários códigos de conduta elaborados.

Além dos princípios da OCDE e da acção desenvolvida em vários países europeus, outras iniciativas internacionais têm sido levadas a cabo, justificadas por uma preocupação partilhada de melhorar a qualidade do governo das sociedades e restaurar a confiança dos investidores nos mercados de capitais.

Entre algumas das iniciativas propostas pela União Europeia em matéria de governo das sociedades são, pela sua importância, de destacar o Relatório Winter II, publicado em Novembro de 2002, sob o título “Um quadro regulamentar moderno para o direito das sociedades”.

Este relatório tomou posição relativamente a dois aspectos fundamentais, a saber quanto ao tipo adequado de estrutura para as sociedades abertas e a questão da oportunidade de um Código Europeu de Governo das Sociedades.

Em Janeiro de 2002 foi também concluído o estudo comparativo dos Códigos de Governo de Sociedades encomendado pela Comissão Europeia em 2001.

Em qualquer uma destas iniciativas se ponderou a possibilidade de instituir um código único de governação das sociedades, tendo-se, no entanto, concluído, pela sua provável inoperatividade, atentas as divergências ainda existentes entre os vários países da União Europeia, representando assim “*um menor denominador comum*” em matéria de governo das sociedades.

ii) O plano de acção da Comissão Europeia em matéria de governo das sociedades.

²⁷ “Apesar de não serem vinculativos para os respectivos Estados aderentes, os Princípios contêm, numa formulação flexível, indicações dirigidas aos Estados no sentido de introduzir ajustamentos legislativos no tocante aos mecanismos de tutela dos accionistas e demais sujeitos envolvidos nas empresas cotadas.” Cf. PAULO CÂMARA, Os Códigos de Governo das Sociedades, *op. cit.* p. 72

Em Maio de 2003, a Comissão Europeia tornou públicas duas Comunicações, “*Modernizar o direito das sociedades e reforçar o direito das sociedades: uma estratégia para o futuro*” e “*Reforçar a revisão oficial de contas na União Europeia*”.

Embora se tratem de matérias conceptualmente distintas, partilham das mesmas preocupações e objectivos e constituem uma *concepção integrada de estratégia comunitária neste domínio*.

Relativamente à primeira comunicação cabe dizer, sumariamente, que teve em vista o reforço dos direitos dos accionistas e a protecção de terceiros; bem como a promoção da eficiência e competitividade empresariais.

Reitera a desnecessidade de elaboração de um código europeu de governação societária, exactamente pelas razões que acima aduzimos.

Assume e apela, no entanto, à importância da consagração de alguns princípios e regras essenciais de forma a assegurar a coordenação dos vários códigos nacionais.

Desta comunicação faz ainda parte um plano de acção da Comissão Europeia que enuncia um conjunto de medidas que devem ser concretizadas a curto, médio e longo prazo.

Já a segunda comunicação, em matéria específica de Revisão Oficial de Contas, pretende assegurar credibilidade à informação financeira prestada pelos revisores oficiais de contas de modo a reforçar a confiança dos investidores nos mercados de capitais.

Considerando a independência um valor crucial para assegurar a confiança do público na fiabilidade dos seus relatórios e reforçar a credibilidade nas informações financeiras publicadas, esta recomendação sugere, antes de mais, que o revisor oficial de contas não preste o seu serviço se existirem quaisquer relações financeiras, comerciais, laborais ou quaisquer outras com o seu cliente, susceptíveis de comprometer a sua independência.

A objectividade, a integridade e a independência são elevadas a princípios fundamentais subjacentes a qualquer parecer oficial de um revisor de contas

Os revisores oficiais de contas devem estar conscientemente alertados para os riscos que, em concreto, podem comprometer a sua independência, com sejam “*o interesse pessoal, a auto-revisão, a representação, a familiaridade ou a confiança e a intimidação*” e devem ser responsabilizados, em concreto por assegurarem a sua própria indepen-

dência.

O revisor oficial de contas deve criar e manter um sistema de garantia da sua integridade e independência, no seio da estrutura interna da própria sociedade de revisores oficiais de contas a que pertença, de modo a poder ser submetido a procedimentos de controlo e qualidade.

A própria estrutura de governação da entidade objecto de revisão deve salvaguardar a possibilidade de ameaça da independência do revisor. Assim, deve assegurar que a sua nomeação seja feita por pessoas que não pertençam ao órgão executivo da sociedade.

Não obstante a persistência na tentativa de implementação destas recomendações no estados membros, a Comissão entendeu que outras iniciativas seriam necessárias para assegurar a, já referida, confiança e credibilidade no mercado de capitais.

Assim, a Comissão propôs a modernização da Oitava Directiva Comunitária que diz respeito à aprovação das pessoas, quer pessoas singulares quer pessoas colectivas, que podem efectuar revisões oficiais de contas. Adoptada em 1984, esta Directiva necessita de um esforço de modernização, dotando-a de elementos capazes de assegurar uma infra-estrutura de revisão de contas adequada, e de princípios suficientemente claros, de forma a constituir uma base jurídica abrangente para todas as revisões oficiais de contas levadas a cabo na União Europeia.

Em 16.3.2004, reconhecendo a importância crucial desta matéria e a fragilidade da regulamentação existente, a Comissão Europeia apresenta uma proposta de Directiva relativa à revisão legal das contas individuais e consolidadas que, mantendo, no entanto, as condições para a autorização dos revisores oficiais de contas e das sociedades de auditoria, já previstas na Directiva de 1984, introduz apenas alguns *novos requisitos no modo como deve ser realizada uma auditoria e às estruturas necessárias para assegurar a qualidade e confiança da auditoria*.

Considerando a importância da revisão legal de contas torna-se necessário não descurar que não é o único elemento que deve considerar-se essencial porquanto a auditoria em si abrange um sistema mais alargado de intervenientes e de autoridades de regulamentação que visam a transparência das informações financeiras ao mercado de capitais.

Pelo que, a proposta de Directiva deve ser encarada num contexto mais vasto das medidas da União Europeia previstas no Plano de Acção para os Serviços Financeiros, abrangendo a problemática da modernização do direito das sociedades e do reforço do governo das sociedades,

as normas internacionais de auditoria para as revisões legais de contas previstas pelo direito comunitário, e além disso, as directivas acordadas em torno do abuso de mercado, e a directiva do prospecto a publicar em caso de oferta publicas de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação.

Se no quadro desta proposta de Directiva o objectivo principal se prende com a melhoria da qualidade auditoria, recuperando assim a confiança do público, necessariamente abalada com os escândalos financeiros que abateram o mercado de capitais, numa perspectiva comunitária e numa perspectiva internacional, não deve descurar-se também a instituição de princípios claros e consistentes sobre a independência dos revisores oficiais de contas quer relativamente à sociedade auditada, como relativamente ao órgão de administração.

A proposta de Directiva contém ainda requisitos mais exigentes relativamente à certificação legal das contas de entidades consideradas de interesse público (em função da sua cotação na bolsa).

Quanto a estas entidades, o art. 39º da Proposta de Directiva²⁸ impõe a existência de uma *comissão de auditoria*, "*composta por membros não executivos do órgão de administração ou por membros dos órgãos de fiscalização da entidade objecto de auditoria com, pelo menos, um membro independente com competências nos domínios da contabilidade e/ou da auditoria.*"

A esta comissão de auditoria compete acompanhar o processo de informação financeira de modo a evitar a influência indevida dos administradores executivos, controlar a eficácia dos sistemas de controlo interno e de gestão dos riscos e a própria auditoria interna, supervisionar os principais aspectos de revisão legal de contas, controlar a independência do revisor oficial de contas ou da sociedade de revisores oficiais de contas, cuja escolha deve basear-se em recomendação desta comissão.

A independência dos revisores de contas é assegurada, por um lado, por regras próprias de fiscalização dessa independência impostas à Comissão de Auditoria, e, por outro lado, pelo princípio da rotação periódica do revisor ou da própria sociedade de auditoria.

²⁸ Proposta de Directiva do parlamento e do conselho relativa à revisão legal de contas individuais e consolidadas e que altera as Directivas 78/660/CEE e 83/349/CEE do Conselho (apresentada pela Comissão), COM (2004) 177 final, de 16.03.2004.

III. O GOVERNO DAS SOCIEDADES EM PORTUGAL

i) Algumas iniciativas

Em Portugal, a temática da governação societária tem sido fundamentalmente objecto de recomendações e regulamentos da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, sobretudo desde 1999.²⁹

Devemos reconhecer contudo que, no que a esta problemática diz respeito, as inovações têm surgido, ainda que sobretudo ao nível do *soft law* e, de todo o modo, enquanto país integrado no espaço comunitário, Portugal acaba por comungar das mesmas preocupações em torno da governação societária, ainda que os escândalos financeiros se não tenham feito sentir entre nós.

É, no entanto, ao nível do direito das sociedades e do direito dos valores mobiliários que o problema se coloca de forma mais evidente em textos legislativos.

Assim, os princípios e regras básicas de direcção e de controlo dos vários tipos de sociedades comerciais fazem parte do Código das Sociedades Comerciais que, pese embora integre disposições normativas que reflectem as ideologias de um contexto societário e empresarial que já data de algumas décadas, não deixa de apresentar as traves-mestras para uma interpretação mais actualista, consentânea com a realidade que se nos depara no dealbar de uma nova cultura do Direito das sociedades que não pode em todo o caso desprender-se das suas raízes históricas e tradicionais.

O Código dos Valores Mobiliários, em vigor desde 2000, integra já um conjunto de dispositivos dedicados às sociedades de capital aberto ao investimento público, em particular no que respeita aos deveres informativos, à disciplina das deliberações sociais e à protecção dos

²⁹ O governo das sociedades aparece-nos assim não só tratado, ao nível de códigos de boas condutas, mas também em leis em sentido formal, referentes a matérias de direito das sociedades e de direito dos valores mobiliários. Assim, deve suscitar-se cada vez mais o reforço da sua regulação formal não só por uma questão de estabilidade social, que não é reconhecida aos códigos de bom governo, de origem anglo – saxónica, mas também por uma questão de hierarquia de fontes de direito. Cf. PAULO CÂMARA, *Códigos de Governo de Sociedades*, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, nº 15, Dezembro de 2002, pags. 65 e 66.

investidores.

Se é certo, já o dissemos, que o problema das boas práticas de governação societária se coloca, de um modo geral, em todas as sociedades, porque estas enquanto pessoas colectivas se servem de órgãos sociais cujos titulares são pessoas humanas ou outras pessoas colectivas que tenham, por sua vez, nos seus órgãos suportes humanos, também é certo que se coloca, em particular, nas sociedades anónimas que apresentam um regime mais complexo, maiores dimensões e uma maior diversidade e riqueza de especificidades que passam pela protecção dos accionistas em face dos gestores executivos, que se encontram, cada vez, mais afastados.

Desde há muito, todavia, se tem entendido que, munir as empresas portuguesas de uma regulamentação de boas práticas de governo das sociedades resultaria num reforço da competitividade nacional, aproximando o nosso país dos sistemas jurídicos europeus mais avançados ao nível do Direito das sociedades.

ii) A revisão do direito das sociedades

O primeiro passo passaria, como efectivamente veio a acontecer, por um esforço de ampliação do leque das opções relativas às soluções de governo das sociedades. Impunha-se, em abono do princípio da autonomia da vontade que subjaz ao direito privado, que cada sociedade pudesse livremente escolher o modelo de governação mais consentâneo com os seus interesses.

Assim, na nova redacção do art. 278 do Código das Sociedades Comerciais, propõem-se agora três modelos de organização da administração e fiscalização das sociedades. Aos dois anteriores acresce agora a possibilidade de se optar por um modelo típico das sociedades anglo-americanas que compreende a existência obrigatória de uma comissão de auditoria no seio do próprio órgão de administração da sociedade.

Assim, ao abrigo do disposto no já citado artigo 278 podem as sociedades anónimas portuguesas, a partir da entrada em vigor do Decreto-lei nº 76 – A/2006 de 29 de Março, dispor de três alternativas no que toca à sua estrutura de administração e fiscalização; neste contexto a sociedade pode optar por confiar a sua administração a um conselho de administração e a fiscalização a um conselho fiscal ou a um fiscal único,

pode ainda confiar a administração a dois órgãos distintos, o conselho de administração executivo e o conselho geral e de supervisão (que correspondem respectivamente à direcção e ao conselho geral ainda em existência à presente data), e a fiscalização a um ROC ou sociedade de ROC; ou pode, em alternativa, optar por uma estrutura tipicamente anglo-saxónica, e confiar a administração a um conselho de administração supervisionado por uma comissão de auditoria, e a fiscalização a um ROC ou sociedade de ROC

Resulta evidente, atentas as orientações comunitárias e internacionais na matéria, que em vez de importar para o ordenamento jurídico português *cópias fiéis dos modelos originais*, o legislador português procurou não condicionar a liberdade de escolha, acreditando na susceptibilidade de qualquer um destes modelos oferecer garantias práticas, e apresentou esquemas de organização dotados de flexibilidade suficiente para adequar o conteúdo da lei à tipologia e às características do tecido societário português³⁰, seguramente distinto de outros ordenamentos jurídicos.³¹

Não se admite, contudo, no nosso ordenamento jurídico, à semelhança do que acontece, de resto, também nos restantes, a combinação de elementos típicos distintos e de órgãos de existência obrigatória nos vários modelos que se propõem.

Relembremos que o problema da *corporate governance*, surgiu, internacionalmente, em torno de escândalos financeiros que desacreditaram, de um modo geral, a actuação dos órgãos sociais, em particular os órgãos responsáveis pela realização das contas e sua posterior certificação.

O problema da fiscalização das sociedades anónimas é, de resto, um problema crucial nesta matéria que justifica, a par do problema da administração das sociedades, uma apreciação mais profunda, como nos propomos fazer em seguida.

³⁰ Em particular sociedades anónimas de pequena dimensão, que constituem, nosso país, as chamadas Pequenas e Médias Empresas (PME).

³¹ Governo das Sociedades Anónimas, Propostas de alteração ao Código da Sociedades Comerciais, processo de consulta pública nº1/2006, CMVM, Janeiro 2006, pag.12.

IV. A FISCALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

i) Considerações gerais

No que respeita ao regime de fiscalização das sociedades anónimas devemos atender a algumas questões fundamentais: em primeiro lugar, o regime ainda em vigor data já de, há pelo menos, vinte anos; sendo certo que, o regime importado em 1986 para o Código das Sociedades Comerciais foi, na sua génese, o regime instituído em 1969 pelo Decreto 49.381 de 15 de Novembro.

Depois, e atentas as orientações comunitárias na matéria, em particular a proposta de alteração à Oitava Directiva Comunitária, prevê-se a criação de um órgão societário composto por, pelo menos, um membro independente, com conhecimentos em contabilidade e que tenha como funções principais fiscalizar o processo de relato financeiro, fiscalizar os sistema de controlo interno, auditoria interna e gestão do risco, fiscalizar a revisão legal de contas e, por ultimo, apreciar e fiscalizar a independência do revisor oficial de contas.

Resulta sobretudo evidente deste texto comunitário que as sociedades (o texto fala em particular das *sociedades de interesse publico*) não podem assentar a sua fiscalização apenas num revisor oficial de contas, devendo existir, a par deste, órgãos sociais com qualificação suficiente para fiscalizar o seu trabalho e a sua independência.

Acredita-se que a revisão legal de contas é um elemento fundamental para assegurar a credibilidade e a fiabilidade das demonstrações financeiras das empresas. Nesta medida, a revisão legal de contas tem sido uma preocupação primária da União Europeia.³²

³² Salientamos, nomeadamente, sobre esta matéria algumas iniciativas comunitárias como: a Oitava Directiva 84/253/CEE do Conselho relativa à aprovação das pessoas encarregues de proceder à fiscalização legal dos documentos contabilísticos; O livro verde de 1996 da Comissão sobre o papel, o estatuto e a responsabilidade do Revisor Oficial de Contas na União Europeia; Comunicação de 1998 da Comissão relativa ao futuro da Revisão Oficial de Contas na U.E.. Em 2000, a Comissão Europeia emitiu uma recomendação sobre “o controlo da qualidade da revisão legal de contas na União Europeia: requisitos mínimos”. Em 2002, a Comissão emite uma recomendação sobre a independência dos revisores oficiais de contas na União Europeia; Por último, a proposta de revisão da Oitava Directiva deve inserir-se num contexto mais vasto de medidas da União Europeia subjacentes ao Plano de Acção da Comissão Europeia “Modernizar o Direito das Sociedades e Reforçar o Governo das Sociedades na União Europeia – uma

A importância fundamental da revisão legal de contas em matéria de governo das sociedades levou a que a já referida proposta da revisão da 8ª Directiva viesse a consagrar expressamente o *principio da independência dos revisores oficiais de contas*, estabelecendo assim a exigência de que o revisor oficial de contas ou a sociedade de auditoria devem ser independentes da entidade objecto de auditoria, não devendo, em qualquer circunstância, estar envolvidos nas decisões de gestão dessa entidade. O que significa que o auditor não deve poder aceitar a realização de qualquer tarefa susceptível de comprometer a sua independência, devendo igualmente recusar qualquer trabalho não relacionado com a auditoria que comprometa a sua independência na qualidade de auditor.

Como entre nós, os titulares do órgão de fiscalização são, tal como os titulares do órgão de administração, designados pela assembleia-geral de accionistas, são na prática os accionistas maioritários que determinam quem irá proceder à fiscalização, o que acaba por comprometer irremediavelmente a desejada independência.³³

O que se torna ainda mais complexo se atentarmos a que uma das funções que a lei impõe a este órgão é a função de fiscalizar a própria administração da sociedade. Esta é, desde logo, a primeira das competências enunciadas, pelo o actual artigo 420 do Código das Sociedades Comerciais, para o conselho fiscal ou para o fiscal único, e uma das competências previstas pela alínea d) do artigo 441 para o conselho geral.

Além disso, o catálogo de incompatibilidades, previsto no ainda actual número 3 do artigo 414, está, em grande medida, desactualizado (importado, de resto, do referido diploma de 1969) em face das exigências que hoje se colocam ao órgão de fiscalização.

ii) A estrutura do órgão de fiscalização

A lei impõe que um dos membros do conselho fiscal, ou o fiscal

estratégia para o futuro”.

³³ Este irremediável paradoxo não parece à partida ter soluções óbvias, pois que não se vislumbra possibilidade prática de a eleição dos membros da administração e da fiscalização poder pertencer a outro órgão, que não a assembleia-geral de accionistas.

único seja um ROC, ou uma sociedade de ROC³⁴.

Nos termos do actual artigo 420, nº 3 (nº 4 na nova redacção) do CSC “o revisor oficial de contas tem...o dever de proceder a todos os exames e verificações necessários à revisão e certificação legais das contas...”. Sem prejuízo do estatuto próprio dos revisores oficiais de contas, o exercício da revisão legal de contas implica a sujeição dos revisores oficiais de contas ao complexo de poderes e deveres atribuídos aos restantes membros do órgão interno de fiscalização das sociedades³⁵.

Neste sentido, fazendo parte integrante do conselho fiscal ou assumindo as funções de fiscal único, ao revisor oficial de contas compete³⁶, entre outras funções, *fiscalizar a administração da sociedade, vigiar pela observância da lei e do contrato de sociedade, verificar a regularidade dos livros, registos contabilísticos e documentos que lhe servem de suporte, verificar a exactidão do balanço e da demonstração de resultados, verificar os critérios valorimétricos adoptados pela sociedade, elaborar anualmente relatório sobre a sua acção fiscalizadora, e dar parecer sobre o relatório, contas e propostas apresentados pela administração.*³⁷

Além do mais, deverá o revisor oficial de contas emitir certificação legal das contas que, nos termos do Estatuto dos revisores oficiais de contas³⁸, exprime a opinião do revisor legal de contas sobre a fiabilidade das demonstrações financeiras em função da posição financeira da sociedade, bem como sobre os resultados das suas operações

Temos assim que, em face da lei ainda em vigor, o órgão que deve

³⁴ Exigência prevista no artigo 414, número 1, do CSC, quer na actual redacção como na redacção postulada pelo Decreto-Lei nº 76-A/2006 de 29 de Março. Exige ainda este dispositivo legal que os membros do conselho fiscal ou o fiscal único não sejam accionistas.

³⁵ Cf. artigo 43, número 3 do Decreto-Lei nº 487/99 de 16 de Novembro (Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas).

³⁶ “Ao conselho fiscal compete essencialmente acompanhar, vigiar e apreciar a actuação dos gerentes (função administrativa) e proceder a frequentes exames e verificações da escrita da sociedade (função contabilística). Cf. F. GONÇALVES DA SILVA E ESTEVES PEREIRA, *Contabilidade das Sociedades*, Plátano Editora, 2002, pag.21.

³⁷ Cf. artigo 420 nº 1 do CSC, quer na redacção ainda em vigor como na que irá entrar em vigor a 30 de Junho preconizada pelo Decreto-Lei nº 76-A/2006 de 29 de Março .

³⁸ Cf. artigo 44 do Decreto-Lei nº 487/99 de 16 de Novembro (Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas).

proceder à certificação legal de contas é membro do órgão que fiscaliza a auditoria, além de que o órgão de fiscalização é designado pelos detentores de maior fracção de capital presente na assembleia da sociedade. Os mesmos que, como já dissemos, elegem o órgão de administração, também este (alegadamente) vigiado na sua actuação pelo órgão de fiscalização.

Somos, assim, forçados a concluir que quem fiscaliza é, neste contexto, designado justamente por quem é fiscalizado comprometendo necessariamente os objectivos de transparência, objectividade e independência desde sempre visados.

O Código das Sociedades Comerciais previa, na sua formulação primitiva, dois modelos possíveis de estruturas de organização do governo das sociedades³⁹. A primeira passava pela existência de um conselho de administração e por um conselho fiscal (ou fiscal único) e a segunda por uma direcção, um conselho geral e um revisor oficial de contas.

Impunha-se proporcionar uma terceira alternativa, típica dos modelos anglo-americanos, à semelhança do que vinha já acontecendo, como referimos, em outros ordenamentos jurídicos.

Assim, além da desejada harmonização do Direito das sociedades, permitir-se-ia também que as sociedades nacionais com acções cotadas na bolsa em mercados estrangeiros pudessem optar por modelos de governação aí vigentes, evitando-se assim a contradição entre a lei nacional e as legislações estrangeiras.

É, por outro lado, também uma forma de atrair sociedades estrangeiras a investir em Portugal, constituindo sociedades dominadas com o mesmo modelo de organização dos órgãos sociais.

Assim, o modelo de origem anglo-saxónica, previsto na versão mais recente do Código das Sociedades Comerciais, assenta na existência de uma comissão de auditoria constituída por administradores independentes, criada no seio do próprio conselho de administração, e por um revisor oficial de contas.

Além do mais, prevê-se ainda que o modelo latino de estrutura clássica, agora *reforçado*⁴⁰, dito erradamente monista, passe a compre-

³⁹ Cf. artigo 278 do Código das Sociedades Comerciais na redacção ainda em vigor.

⁴⁰ Governo das Sociedades Anónimas, Propostas de alteração ao Código da Sociedades Comerciais, processo de consulta pública nº1/2006, CMVM, Janeiro 2006, pag.27.

ender a possibilidade de autonomizar as funções do revisor oficial de contas e do conselho fiscal.

Nesta ordem de ideias, a questão de fundo assenta em considerarmos que todos os modelos de governação podem ser eficientes, e que cada sociedade apresenta características distintas que legitimam a escolha de modelos diferenciados⁴¹.

Por referência à proposta de revisão da Oitava Directiva, pretende-se, em qualquer caso, uma separação entre a função de fiscalização e a função de revisão legal de contas.⁴² A fiscalização da revisão legal de contas e da independência do revisor oficial de contas só é possível se este não fizer parte do órgão de fiscalização, sob pena de cairmos numa situação de auto-revisão.

No modelo dualista, de origem germânica, já era perceptível esta separação de funções. Pese embora existam outros aspectos desta estrutura que motivaram a sua não aplicação no nosso ordenamento jurídico, o facto é que em termos de separação de funções, o órgão de fiscalização (conselho geral)⁴³ encontra-se perfeitamente autonomizado do órgão que tem a seu cargo a revisão legal de contas.

O problema sempre se colocou em relação ao modelo tradicional (composto por um conselho de administração e um conselho fiscal ou fiscal único) em que o conselho fiscal deve incluir necessariamente um revisor oficial de contas que, na prática, procede à revisão legal de contas da sociedade, e à sua posterior certificação.

O que ainda é mais grave nos casos em que se admite a existência de um fiscal único que deve ser necessariamente um revisor oficial de contas⁴⁴ o que traduz uma efectiva ab-rogação de qualquer função de fiscalização, que fica reduzida, sem mais, à revisão legal de contas.

⁴¹ Governo das Sociedades Anónimas, Propostas de alteração ao Código da Sociedades Comerciais, processo de consulta pública nº1/2006, CMVM, Janeiro 2006, pag.8.

⁴² É certo que a proposta de revisão da Oitava Directiva tem apenas como âmbito de aplicação as sociedades cotadas. Em todo o caso seria demasiado redutora uma solução que visasse apenas as sociedades cotadas, quando é certo que as vantagens de uma fiscalização efectiva e de uma governação eficiente não se colocam apenas nas sociedades cotadas

⁴³ Na nova redacção do Código das Sociedades Comerciais optou-se pela designação de conselho geral e de supervisão – cf. artigo 278, nº1, alínea c).

⁴⁴ Cf. artigo 413 do Código das Sociedades Comerciais, na redacção primitiva e ainda em vigor.

Assim, à semelhança do que já acontecia nas sociedades de quotas em que, ao abrigo do disposto no artigo 262 do Código das Sociedades Comerciais, a dimensão das sociedades já assumia efeitos relevantes ao nível da forma de fiscalização da sociedade⁴⁵, a recentíssima redacção do artigo 413 introduz imperativamente a regra de que as sociedades não cotadas que adoptem a estrutura de administração e fiscalização prevista na alínea a) do artigo 278 (estrutura dita *monista*) e que durante dois anos consecutivos ultrapassem dois dos três limites previstos (total do balanço – € 100.000.000; total de vendas líquidas € 150.000.000; número de trabalhadores empregados em média durante o exercício – 150) tenham de separar as funções de fiscalização e a revisão legal de contas, competindo a primeira a um conselho fiscal e a segunda a um revisor oficial de contas ou a uma sociedade de revisores oficiais de contas que não seja membro do conselho fiscal.

Até agora a dimensão das sociedades anónimas não produzia quaisquer efeitos ao nível da fiscalização. Somente em relação à administração se previa que as sociedades cujo capital social não excedesse € 200.000,00 pudessem ter um administrador único. Mas, em todo o caso, o critério de referência nesta situação é o capital social.

Assim sendo, tínhamos a possibilidade de sociedades que ultrapassem € 200.000,00 de capital social puderem ter o seu regime de fiscalização confiado a um fiscal único⁴⁶, mas não puderem ter um administrador único⁴⁷. E por outro lado, evidenciava-se, até aqui, a incongruência de uma sociedade de quotas de pequena dimensão não estar sujeita a certificação legal de contas, sendo que uma sociedade anónima com a mesma dimensão estava injuntivamente sujeita a essa certificação.

Manteve-se, no entanto, a possibilidade de a sociedade ter apenas

⁴⁵ Assim, o artigo 262 do Código das Sociedades Comerciais torna obrigatória a existência de um ROC nos casos em que durante dois anos consecutivos se ultrapassem dois dos três limites enunciados na lei; a saber, o total do balanço de € 1.500.000,00, o total de vendas líquidas e outros proveitos de € 3.000.000,00 e a média de 50 trabalhadores empregados durante o exercício.

⁴⁶ A redacção, ainda vigente, do artigo 413 prescreve apenas a possibilidade de a fiscalização de uma sociedade anónima poder ser da competência de um conselho fiscal ou de um fiscal único, independentemente de quaisquer critérios.

⁴⁷ Só pode dispor de um administrador único, ao abrigo do disposto no artigo 390, número 2, a sociedade cujo capital social não exceda 200.000 euros.

um administrador único quando não ultrapasse € 200.000,00 de capital social⁴⁸.

Perdeu-se a oportunidade de uniformizar o *critério de dimensão das sociedades anónimas* para determinar a possibilidade de podermos ter a administração e a fiscalização entregues a uma pessoa só. Pois, se tivermos uma sociedade cujo capital social exceda os € 200.000,00, e não ultrapasse dois dos limites previstos na lei, estamos perante uma sociedade que *não pode ter um administrador único*, mas que pode confiar a sua fiscalização (e revisão legal de contas) a um *fiscal único*. A incongruência mantém-se e tanto mais quanto podemos estar já perante uma sociedade de grande dimensão.

Poderia, neste âmbito, ter sido o legislador mais preciso em termos de uniformização do critério relativo à determinação da dimensão das sociedades para aferir a possibilidade de as isentar de certificação legal de contas, como acontece nas sociedades por quotas ou, sendo necessária esta certificação, quando é que esta pode ser confiada a uma só pessoa jurídica.⁴⁹

iii) A composição qualitativa dos órgãos de fiscalização

Prevê-se agora também que a composição do conselho fiscal deve atender a critérios de natureza qualitativa⁵⁰ de forma a sustentar a integridade das funções deste órgão. Assim, para além de se ter eliminado o limite máximo de membros do conselho fiscal (que era de cinco)⁵¹, exige-se que os membros do conselho fiscal que não sejam revisores oficiais de contas, sociedades de revisores oficiais de contas ou socie-

⁴⁸ Cf. artigo 390, n.º 2 Código das Sociedades Comerciais, na sua versão mais recente que, de resto, mantém textualmente a redacção primitiva deste normativo.

⁴⁹ Em consonância aliás com o que dispõe a 4ª Directiva Comunitária relativa às contas anuais de certas formas de sociedades. Esta Directiva dispõe que os Estados membros possam isentar do controlo das contas anuais, as sociedades que, à data do encerramento do balanço, não ultrapassem dois dos três critérios enunciados no seu artigo 11: total do balanço de 1.000.000,00 unidades de conta europeia, montante líquido de vendas e prestação de serviços de 2.000.000,00 unidades de conta europeia e 50 trabalhadores durante o exercício.

⁵⁰ Cf. actual redacção do artigo 414 do CSC.

⁵¹ Cf. artigo 413, número 3 da redacção primitiva e artigo 413, número 4 da redacção mais recente do Código das Sociedades Comerciais.

dades de advogados, sejam pessoas singulares com capacidade jurídica plena (único requisito previsto na lei ainda vigente⁵²) e que tenham qualificações e experiência profissional adequada ao exercício das suas funções.⁵³ Chegando mesmo a exigir-se, em determinados casos⁵⁴, que, pelo menos, um dos membros tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade. (Seria porventura mais cauteloso exigir-se conhecimentos em auditoria e em contabilidade, já que uns não excluem os outros).

Ter-se-á verificado, na prática, que só muito raras vezes os membros do conselho fiscal possuíam os específicos conhecimentos científicos inerentes ao desempenho desta actividade. Sendo que a “falta de conhecimentos especializados” e, verdadeiramente, a situação de dependência em que se encontravam em relação à administração punham em causa a sua isenção, objectividade, e o exercício consciencioso da sua actividade.⁵⁵

Ora, é sabido que *a ausência de uma fiscalização séria e credível no funcionamento das sociedades anónimas pode constituir um mecanismo fácil de realização de fins menos lícitos, em detrimento da tutela dos sócios minoritários, independentemente das mais rectas intenções que tenham presidiram à sua constituição.*⁵⁶

Também o Código de Ética e Deontologia Profissional dos Revisores Oficiais de Contas se pronuncia a este respeito e elege como objectivos fundamentais da profissão a *credibilidade*, o *profissionalismo*,

⁵² Ainda actual artigo 414, número 2, do CSC.

⁵³ Artigo 414, número 3 da nova redacção do CSC.

⁵⁴ Artigo 414, número 4 da nova redacção do CSC.

⁵⁵ *A falta de conhecimentos técnicos especializados e a sua situação de subordinação em relação aos administradores dificultava seriamente o cabal e consciencioso cumprimento das suas atribuições.* Cf. F. GONÇALVES DA SILVA E ESTEVES PEREIRA, *Contabilidade das Sociedades*, Plátano Editora, 2002, pag.22.

⁵⁶ *Idem.* Escrevem os AA. conforme o relatório da proposta de lei relativa à fiscalização das sociedades anónimas, instituída pelo Decreto-lei nº 49 381 de 15 de Novembro de 1969, que “*As sociedades anónimas quando desamparadas de uma fiscalização séria e manejadas por mãos pouco escrupulosas, podem constituir um instrumento dócil à realização de fins menos lícitos. E, sobretudo, o seu mecanismo é de tal modo complexo e delicado que, mesmo presidindo à sua formação e vida as mais rectas intenções, são de temer; sem uma vigilância atenta, resultados desastrosos, que envolvem nas suas malhas, como primeiras vítimas, os próprios promotores ou dirigentes da ideia social em execução.*”

a *qualidade dos serviços* e a *confiança*, erigindo ainda em princípio fundamental do exercício da sua profissão o *princípio da independência*, segundo o qual “o revisor oficial de contas deve exercer a sua actividade numa empresa ou qualquer outra entidade com absoluta independência profissional, à margem de qualquer pressão, especialmente resultante dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, de forma a não se ver colocado numa posição que, objectiva ou subjectivamente, possa diminuir a liberdade e a capacidade de formular uma opinião justa e isenta.”

Além do mais, refere agora a lei expressamente, para as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e para as restantes sociedades que durante dois anos ultrapassem dois dos limites que atrás enunciamos, constantes da nova redacção do número 2 do artigo 413, que pelo menos um dos membros do conselho fiscal, designadamente aquele que possua conhecimentos específicos em auditoria e contabilidade, seja independente, no sentido de que não se encontre associado a qualquer grupo de interesse específico na sociedade, nem se encontre em circunstância alguma que possa afectar a sua capacidade de análise e de decisão.⁵⁷ O legislador foi ainda mais longe e exemplificou como situações susceptíveis de perda de independência o facto de se ser titular ou actuar em nome e por conta de uma pessoa titular de uma participação de 2% do capital social, e o facto de ter sido reeleita por mais de dois mandatos de forma contínua ou intercalada⁵⁸.

Depois, de forma acrescida, vem o legislador exigir que em sociedades emitentes de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado, o conselho fiscal seja composto, não só por um, mas por uma maioria de membros independentes⁵⁹ ⁶⁰.

⁵⁷ Cf. artigo 414, número 4 da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

⁵⁸ Cf. artigo 414, número 5 da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

⁵⁹ Cf. artigo 414, número 6 da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

⁶⁰ Convém salientar que a lei apenas submete a esta exigência os membros do conselho fiscal de *sociedades emitentes de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado*. O que vale por dizer que semelhante exigência não se coloca às sociedades que ultrapassem dois dos limites previstos no artigo 413, número 2, alínea b, nem às sociedades que facultativamente optem pela segregação de funções entre o conselho fiscal e o revisor oficial de contas.

A letra da lei parece-nos demasiado redutora, e convém salientar, como já vimos defendendo, que se deve proceder a uma interpretação extensiva das soluções preconizadas

Relativamente à estrutura dualista, de origem germânica, regulada na alínea c) do número 1 da nova redacção do artigo 278, vimos a terminologia usada pelo legislador sofreu algumas alterações, passando agora a direcção a denominar-se conselho de administração executivo⁶¹ e o conselho geral, conselho geral e de supervisão⁶².

Como sabemos, nesta estrutura, as competências atribuídas na lei ao conselho fiscal centram-se no conselho geral (e de supervisão). Basta compararmos a ainda actual redacção dos artigos 420 do CSC, relativo ao conselho fiscal, e 441, relativo ao conselho geral para chegarmos a tal conclusão.

Neste sentido, e porque a intenção do legislador passa por garantir sobretudo a eficácia da fiscalização da administração da sociedade, a lista de competências do conselho geral e de supervisão⁶³, foi substancialmente densificada, à semelhança do que acontece também com as competências do conselho fiscal. Senão vejamos, a título de exemplo, a competência do órgão de fiscalização *para fiscalizar a eficácia do sistema de gestão de riscos, do sistema de controlo interno e do sistema de auditoria interna*⁶⁴, *a fiscalização da independência do revisor oficial de contas, ou a fiscalização da revisão de contas aos documentos de prestação de contas da sociedade*⁶⁵.

Aos membros do conselho geral e de supervisão são aplicados os mesmos requisitos de competência técnica e de independência que a lei

para as sociedades cotadas, porquanto o valor da independência dos membros do conselho fiscal é crucial para a sustentação da organização corporativa das sociedades e para a tutela dos sócios minoritários. O que deve significar, em nosso modesto entender que, o requisito da independência da maioria dos membros de conselho fiscal deveria valer para quaisquer sociedades onde exista este órgão e, em particular, além das sociedades cotadas, também nas sociedades de dimensão relevante como sejam as que durante dois anos ultrapassem dois dos três referidos limites previstos na alínea a) do número 2 do artigo 413.

⁶¹ Cf. artigo 424 e seguintes da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

⁶² Cf. artigo 434 e seguintes da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

⁶³ Cf. artigo 441 da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

⁶⁴ Cf. artigo 420, alínea i) e artigo 441 alínea i) da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais, relativos respectivamente ao conselho fiscal e ao conselho geral e de supervisão.

⁶⁵ Ver também alíneas c) e d) do número 2 do artigo 420, para o conselho fiscal e n) e o) do artigo 441 para o conselho geral e de supervisão.

exige aos membros do conselho fiscal⁶⁶. E outra coisa não faria sentido já que aos membros de um e outro são exigidas as mesmas funções.

Ainda relativamente ao órgão de fiscalização das sociedades não podemos deixar de fazer referência à *comissão de auditoria*, órgão integrante do novo modelo de administração e fiscalização das sociedades anónimas, previsto na alínea b) do número 1 do artigo 278 CSC.

A comissão de auditoria é composta por uma parte dos membros do conselho de administração, designadamente por administradores não executivos, e tal como o conselho fiscal, deve ser composta, no mínimo, por três membros efectivos.⁶⁷

Também nas sociedades emittentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que cumpram os limites previstos no artigo 413, número 2, alínea a), a comissão de auditoria⁶⁸ deve incluir, pelo menos um membro que tenha curso adequado ao exercício das suas funções. Sendo que também aqui, à semelhança do que acontece para o conselho fiscal, nas sociedades emittentes de valores mobiliário admitidos à negociação em mercado regulamentado, os membros da comissão de auditoria devem ser maioritariamente independentes.⁶⁹ Independência que é aferida exactamente nos mesmos termos que a independência dos membros do conselho fiscal.⁷⁰

Quanto à competência da comissão de auditoria também a ela subjaz a intenção de densificar as funções do órgão de fiscalização das sociedades, e por isso, partilhando o legislador das mesmas preocupações dos restantes modelos de administração e fiscalização das sociedades, apresenta-nos o artigo 423-F CSC um elenco de competências, em tudo semelhante, ao conselho fiscal e ao conselho geral e de supervisão.

⁶⁶ Cf. artigo 434, número 4 da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

⁶⁷ Cf. artigo 423-B, números 1, 2 e 3 da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

⁶⁸ Cf. artigo 423-B, número 5, da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

⁶⁹ Valem aqui, quanto a nós, as mesmas razões que acima tecemos para o conselho fiscal, pelo que remetemos para o que aí foi dito, em particular v. nota 60.

⁷⁰ Cf. artigo 423-B, número 6, que remete para o artigo 414, número 3, ambos da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

iv) Outras alterações introduzidas

Relativamente à duração do mandato e obviando à circunstância de os membros do conselho fiscal se familiarizarem excessivamente com os assuntos da sociedade, a lei veio, ainda que de modo indirecto⁷¹, estabelecer que a reeleição dos membros do conselho fiscal por mais de dois mandatos (seguidos ou intercalados) significa perda da sua independência, pelo que mantendo-se a duração do prazo máximo de quatro anos para cada mandato, o máximo de tempo pelo qual uma pessoa pode ser membro de um conselho fiscal é de oito anos.

À mesma conclusão chegamos nós, ainda que por via distinta, quanto à duração do mandato dos membros da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão. Assim, quanto a estes, fazendo parte integrante do órgão de administração da sociedade, são-lhes aplicáveis as regras de designação previstas para o conselho de administração⁷² que estabelecem que o mandato só poderá ter uma duração máxima de quatro anos. Admitindo a sua reeleição, o legislador estabelece como requisito de independência a sua não reeleição por mais de dois mandatos⁷³, seguidos ou intercalados; o que, na prática, significa que os membros da comissão de auditoria e os membros do conselho geral e de supervisão também só poderão exercer as suas funções, enquanto membros do órgão de fiscalização, pelo prazo máximo de oito anos.

A lei prevê agora, à semelhança do que já fazia para os administradores, que a responsabilidade de cada membro do conselho fiscal seja garantida através de caução ou de um contrato de seguro, em importância não inferior a € 250.000,00 para as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e para as sociedades que ultrapassem dois dos três limites enunciados no artigo 413, número 2, alínea a). Para as restantes sociedades, o montante mínimo de caução ou seguro é de € 50.000,00.

⁷¹ É, de facto, o que resulta da conjugação dos artigos 414, número 5, alínea b) e 415, número 1, ambos da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

⁷² Cf. artigos 423-C, número 1, e 435 número 2 da nova redacção do código das sociedades comerciais.

⁷³ Cf. artigos 423-B, números 4,5,6, e 434 número 4 da nova redacção do código das sociedades comerciais

A mesma exigência faz o artigo 445, número 3 para os membros do conselho geral e de supervisão, o que bem se compreende pois que incumbindo a este órgão funções de fiscalização, também os seus membros poderão ser responsabilizados civilmente, nos termos do artigo 80 do Código das Sociedades Comerciais, nos mesmos termos que a lei prevê a responsabilidade dos administradores.

Já se pode questionar o facto de não prever a lei, na recente redacção do Código das Sociedades Comerciais, a mesma exigência para a comissão de auditoria. Também a esta são inerentes as funções de fiscalização enumeradas exaustivamente pelo artigo 423-F. Também esta representa, portanto, o órgão a quem compete a fiscalização das sociedades que adoptam a estrutura prevista na alínea b) do número 1 do artigo 278, por isso também a comissão de auditoria poderá ser responsabilizada nos termos do artigo 80, pelo que também aqui faria todo o sentido prever a exigência de uma caução.⁷⁴

No regime que irá entrar em vigor o conselho de administração executivo passa a poder ser nomeado pela assembleia-geral de accionistas⁷⁵, o que não acontece no regime vigente já que a direcção é nomeada pelo conselho geral⁷⁶, ou designada no contrato de sociedade.

Os membros do conselho geral ou de supervisão deixam de ter de ser obrigatoriamente accionistas, podendo também ser eleitos pela assembleia-geral ou designados pela assembleia-geral ou constitutiva⁷⁷.

Deixa de ser competência do conselho geral ou de supervisão, a aprovação do relatório e das contas elaborado pelo conselho de administração executivo, que agora é aprovado nos termos gerais, pela

⁷⁴ Sempre se poderá dizer que os membros da comissão de auditoria são administradores e, como tal, são obrigados a prestar caução ao abrigo do artigo 396; todavia, tendo o legislador aproveitado o artigo 323-H para fazer algumas remissões, poderia ter aproveitado também para o fazer relativamente à exigência de prestação de caução, em vez de deixar espaço a interpretações menos consentâneas com os objectivos visados pela reforma.

De resto, fará todo sentido, ainda que noutra sede que não no âmbito do presente trabalho, questionarmos se a integração da comissão de auditoria no nosso ordenamento jurídico, nos moldes que constam da nova redacção do texto da lei, corresponde verdadeiramente ao propósito subjacente à sua efectiva razão de ser.

⁷⁵ Cf. artigo 425, número 1, da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais.

⁷⁶ Cf. artigo 425, número 1, da redacção primitiva do Código das Sociedades Comerciais.

⁷⁷ A nova redacção do artigo 434 revoga o número 2 onde se previa tal exigência.

assembleia-geral anual, passando agora o órgão de fiscalização a dar parecer sobre este relatório⁷⁸.

O ROC deixa de ser equiparado ao conselho fiscal, revogando-se a norma que previa a extensão dos poderes e deveres dos membros do conselho fiscal ao ROC⁷⁹. Limita-se, no entanto, a sua competência a verificar a regularidade dos livros e registos contabilísticos, a verificar, quando julgue conveniente, a extensão da caixa e as existências, a verificar a exactidão dos documentos de prestação de contas e a verificar as políticas contabilísticas e os critérios de valorimetria adoptados pela sociedade.⁸⁰

Ainda que sob proposta da comissão de auditoria, do conselho geral e de supervisão, da comissão para as matérias financeiras ou do conselho fiscal, o ROC continua a ser nomeado pela assembleia-geral de accionistas, por período não superior a quatro anos.⁸¹

A este respeito, e não obstante a genérica autonomização das funções do ROC e do controlo societário em geral, preconizada pela recente reforma do código das sociedades, nos termos que acima já expusemos, parece-nos que merecia repensar, embora com inevitáveis mudanças, o regime instituído pela Câmara dos Verificadores das Sociedades por Acções que nunca chegou a vigorar por inexecução da lei 1995, de 17 de Maio de 1943, mas que fazia todo o sentido no que respeita à isenção, independência e transparência do Revisor Oficial de Contas relativamente à sociedade onde desempenhava as suas funções⁸².

⁷⁸ Cf. alínea f) da redacção primitiva do artigo 441 e a alínea h) da nova redacção do mesmo artigo.

⁷⁹ Assim, a nova redacção do artigo 446 revoga o número 4 da redacção primitiva onde se previa tal exigência.

⁸⁰ Além das competências específicas que estatutariamente lhe estão reservadas. Cf. artigo 40 ss. Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, Decreto-lei n.º 487/99 de 16 de Novembro.

⁸¹ Cf. artigo 446, número 1 na sua mais recente redacção. V. tb. Artigo 420, número 2, alínea b), artigo 423 F, alínea m) e artigo 441, alínea m), todos da nova redacção.

⁸² Cf. F. GONÇALVES DA SILVA E ESTEVES PEREIRA, *Contabilidade das Sociedades*, Plátano Editora, 2002, pag.22.

V. A ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

i) Considerações gerais

Atenta a já referida recomendação da Comissão Europeia, de 15 de Fevereiro de 2005, relativa ao papel dos administradores não executivos ou membros do conselho de supervisão das sociedades cotadas e aos comités do conselho de administração ou de supervisão, publicada no Jornal Oficial, de 25 de Fevereiro de 2005, a comissão de auditoria deve ser exclusivamente composta por administradores não executivos ou membros do conselho de supervisão e, pelo menos, a maioria dos seus membros deve ser independente.

Segundo esta recomendação também o conselho de administração deve ser representado por pessoas independentes “capazes de contestarem as decisões de gestão” de forma a proteger os interesses de *todos* os accionistas e de outros interessados.

Qualquer que seja a estrutura formal do conselho de administração de uma sociedade, a função de gestão deve estar subordinada a uma função de supervisão eficaz e suficientemente independente.

É precisamente no âmbito desta supervisão, relativamente às matérias em que as possibilidades de conflito de interesses mais se colocam, que se propõe a criação de comissões independentes, sendo uma delas a comissão (ou comité) de auditoria.

Neste contexto, já vimos que a nova redacção do Código das Sociedades Comerciais elege o requisito da independência, dos membros do conselho fiscal, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão, como terminante para sustentar a eficácia do controlo societário em geral. Mas convém ainda referir a possibilidade de se criar no seio do conselho geral de supervisão uma comissão especialmente vocacionada para a fiscalização do conselho de administração executivo⁸³, e de forma semelhante, ainda que com contornos legais específicos, a possibilidade de criar no conselho de administração uma comissão

⁸³ Cf. artigo 444, número 1 da nova redacção do Código das Sociedades Comerciais. O regime não é inovador, pois que a mesma possibilidade se previa no número 2 da redacção anterior do artigo 444. Porventura as orientações internacionais e comunitárias na matéria permitem colocar hoje uma especial ênfase nesta disposição, perfeitamente conforme aos princípios fundamentais do governo das sociedades.

executiva, encarregue da gestão corrente da sociedade, e sujeita à *supervisão do conselho de administração (não executivo)*⁸⁴.

ii) Os deveres dos administradores das sociedades

A administração das sociedades é também um ponto fundamental em matéria de *corporate governance*. Uma administração eficaz e criteriosa é sinal de existência de boas práticas de governação societária.

Nos termos da ainda actual redacção do artigo 64 do Código das Sociedades Comerciais “*os gerentes, os administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta o interesse dos sócios e dos trabalhadores*”.⁸⁵

De forma generalizada se aceita hoje que comportamento dos administradores ao nível da gestão societária é fundamento de responsabilidade civil. E de forma generalizada se aceita também que esta responsabilidade se coloca em três diferentes dimensões, a responsabilidade dos administradores para com a sociedade, a responsabilidade para com os credores e a responsabilidade para com os sócios e com terceiros pelos danos que directamente lhes tenham causado. E tanto é assim que a lei procede, e continua a proceder na nova redacção, a uma regulamentação minuciosa do procedimento de efectivação prática da responsabilidade dos administradores em qualquer uma destas situações.

A questão central passa por determinar quais os deveres que concretamente podemos exigir aos administradores para que, perante a sua violação, possamos desencadear o instituto da responsabilidade civil.⁸⁶

A lei determina, na sua ainda vigente redacção, um “dever de

⁸⁴ Também esta possibilidade se encontrava já prevista no Código das Sociedades Comerciais, mantendo-se a sua previsão ainda que com alguns reparos de merecedora importância (alguns já analisados) no artigo 407.

⁸⁵ Não é nossa intenção desenvolver neste estudo qualquer consideração sobre a problemática da responsabilidade dos administradores da sociedade, temática, aliás, já magistralmente estudada, apreciada e exposta por ilustres e conceituados nomes da nossa doutrina. Posto que apenas pretendemos salientar a acuidade da disciplina em face da nova redacção do Código da Sociedades Comerciais.

⁸⁶ O tema é desenvolvido de forma exemplar e muito elucidativa por PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 16-44.

actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado”, mas não concretiza o conteúdo deste dever.

É fundamentalmente em torno desta questão, a *densificação dos deveres dos administradores*, que a doutrina, quer nacional, quer estrangeira, sempre se dividiu.

A alternativa passava por considerar a bondade da doutrina norte-americana e sustentar a exigência de uma dever de diligência, e de sustentação do processo decisório, e de um dever de lealdade para com a sociedade. Ou, de integrar os deveres dos administradores num amplo dever de gestão, à semelhança do que acontece nas doutrinas alemã e italiana⁸⁷

Entre nós tem-se sustentado a existência de um *dever de gestão* directamente relacionado com as normas que põem a cargo do administrador a administração e a representação da sociedade.

Este dever de gestão compreende o dever de vigilância, o dever de intervenção, o dever de obtenção de informação no *iter* decisional e o dever de não tomar decisões irracionais.⁸⁸

Neste sentido, na actual sua nova redacção, o artigo 64, mais do que um amplo dever de gestão, distingue a existência de deveres de cuidado e deveres de lealdade⁸⁹.

Independentemente de se ter adoptado entre nós a terminologia do direito norte-americano (*duty of care* e *duty of loyalty*), deixou protestado, em nosso entender, o legislador, o objectivo de densificação do conteúdo destes deveres.

Assim, integra o dever de cuidado a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade, por parte do

⁸⁷ Cf. PEDRO CAETANO NUNES, *op. cit.*, em anotação à Sentença da 3.ª Vara Cível de Lisboa de 27.10.2003, pp. 21-31.

⁸⁸ Já não compreende todavia o dever de tomar decisões adequadas. Cf. PEDRO CAETANO NUNES, *op. cit.*, em anotação à Sentença da 3.ª Vara Cível de Lisboa de 27.10.2003, p. 36.

⁸⁹ O artigo 64 do Código das Sociedades Comerciais passa a ter a seguinte redacção: “Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

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

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

administrador. Todavia, para a análise concreta deste conteúdo remete o legislador para o, já nosso conhecido, conceito indeterminado do *gestor criterioso e ordenado*.

Mais uma vez se encontra a aplicação prática deste dever sustentada pela concretização de um conceito indeterminado, trilhando, o legislador, o caminho para a solução, mas evitando, em nosso entender, oferecê-la na sua completa densidade

Poderia o legislador, *quiçá*, à semelhança do que faz para o órgão de fiscalização, ter ido mais longe nesta matéria, facilitando assim tarefa do intérprete, e determinar os requisitos de *composição qualitativa* dos membros do conselho de administração; determinando o que deva entender-se por *disponibilidade*, adequada *competência técnica*, e efetivo *conhecimento da actividade da sociedade*⁹⁰.

Não o fazendo a solução passará pela concretização destes conceitos, no quadro do critério geral e indeterminado do gestor criterioso e ordenado.

Em todo o caso resulta do texto da lei um esforço de adequação por parte do legislador relativamente à já referida Recomendação da Comissão Europeia. Neste sentido, surge reforçada a ideia de responsabilização da administração pela gestão da sociedade, não só por uma mais pormenorizada extensão e definição dos deveres impostos, nos termos renovada redacção do artigo 64 do Código das Sociedades Comerciais, mas também com a imposição de uma caução substancialmente mais elevada da que até agora se encontrava vigente.

Assim, se até aqui a responsabilidade dos administradores era garantida por caução de valor não inferior a € 5.000,00, passa agora a estar caucionada em montante não inferior a € 250.000,00 (para as sociedades cotadas e para as sociedades que ultrapassem durante dois anos consecutivos os limites previstos no artigo 413) ou € 50.000,00 (para as restantes sociedades)⁹¹.

Além do mais, prevê agora a lei que a caução possa ser substituída

⁹⁰ Cf. Recomendação da Comissão de 15 de Fevereiro de 2005, relativa ao papel dos administradores não executivos ou membros do Conselho de supervisão de sociedades cotadas e aos comités do conselho de administração ou de supervisão, publicada no Jornal Oficial L 52 de 25.02.2005, secção III (perfil dos administradores não executivos e dos membros do conselho de supervisão).

⁹¹ Cf. a primitiva e a recente redacção do artigo 396 do Código das Sociedades Comerciais para comparar os diferentes montantes em causa.

por um contrato de seguro a favor dos titulares de indemnizações.⁹² Pretende o legislador que possam accionar o seguro de responsabilidade civil tanto a sociedade, como os sócios, como credores ou ainda terceiros, por danos causados pelos administradores no exercício das suas funções. Deixa de se limitar esta possibilidade à sociedade, como acontecia até aqui⁹³.

A nosso ver, mais não significa esta alteração de regime do que a consciencialização de que a responsabilidade dos administradores é fonte de enorme litigiosidade que urge dirimir, garantindo assim o ressarcimento de danos que, não raras vezes, se revelam de montantes elevados.

ii) A independência dos administradores

Uma das preocupações dominantes do legislador, no quadro normativo da administração da sociedade, foi a questão da independência dos administradores, em particular dos administradores não executivos.

Quanto aos membros da comissão de auditoria, introduzida agora pelo novo modelo de administração das sociedades anónimas no texto do Código das Sociedades Comerciais, o artigo 423 -B exige, nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que durante dois anos consecutivos ultrapassem dois dos três limites referentes ao total do balanço, ao total de vendas líquidas, e ao número de trabalhadores empregados em média durante o exercício, que, pelo menos um deles tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções, conhecimentos em auditoria e contabilidade, e que seja independente, além de que nas primeiras a maioria dos seus membros deve ser independente.

Esta independência é aferida nos mesmos termos que os definidos para os membros do conselho fiscal, além de que aos membros da comissão de auditoria é vedado o exercício de funções executivas, estando sujeitos à mesma lista de incompatibilidades que os membros do conselho fiscal.

Por remissão, devem os mesmos requisitos aplicar-se ao conselho

⁹² Cf. actual redacção do número 2 do artigo 396.

⁹³ Cf. redacção anterior do número 2 do artigo 396.

geral de supervisão, órgão ao qual compete a administração não executiva da sociedade, v.g. o controlo societário em geral e, em particular, dos administradores executivos⁹⁴, nas sociedades que optem pela

estrutura de administração e fiscalização prevista na alínea c) do n° 1 do artigo 278 do Código das Sociedades Comerciais.

Desta forma parece ter o legislador assegurado que os órgãos aos quais compete a supervisão das funções de administração executiva possam fazê-lo de forma isenta e independente.

A questão prende-se agora com a nomeação destes membros que continua a ser da competência da assembleia-geral e a estar sujeita às pressões, ao controlo, e à influência dos accionistas maioritários.

O problema continua a colocar-se também relativamente às sociedades que optem pela chamada estrutura monista, pois que possibilitando a lei que a gestão corrente da sociedade pertença a uma comissão executiva delegada, não se assegura nem se exige expressamente a independência dos membros do conselho de administração a quem compete a supervisão das decisões estratégicas.

Além do mais, a Recomendação da Comissão de 15 de Fevereiro de 2005⁹⁵, *relativa ao papel dos administradores não executivos ou membros do conselho de supervisão de sociedades cotadas e aos comités do conselho de administração ou de supervisão*, convida os Estados Membros a introduzir nos ordenamentos jurídicos nacionais um conjunto de medidas que assegurem a presença de um número suficiente de administradores não executivos independentes que garantam o tratamento imparcial das situações que envolvam conflitos de interesses de administradores.

Neste contexto, deve ser assegurado um número suficiente de administradores não executivos, e a existência de comissões específicas com vista à sua intervenção em áreas susceptíveis de maiores conflitos de interesses.

⁹⁴ Já vimos também que no seio deste órgão a lei prevê a possibilidade de se criar uma comissão especialmente vocacionada para a fiscalização dos administradores executivos. Cf. nota 83.

⁹⁵ Publicada no *Jornal Oficial L 52 de 25.2.2005*.

iii) A criação de comissões no seio do órgão de administração

A Comissão recomenda ainda a existência de três comissões (comissão de nomeação, comissão de remuneração e comissão de auditoria) no seio do conselho de administração, sempre que este assumo um papel relevante em matéria de nomeações, de remunerações e de auditoria. Esta possibilidade deverá ser encarada de forma flexível, em termos tais que pode não justificar-se, em face do direito nacional, a criação de três comissões distintas. As funções destas comissões passam por apresentar recomendações ao próprio conselho de administração em matérias que, como já frisamos, possam ser susceptíveis a maiores conflitos de interesses, reforçando-se assim a eficiência e a qualificação do próprio conselho de administração.

Parece-nos que, em face do ordenamento jurídico nacional, as recomendações da Comissão, neste sentido, não surtiram grande efeito. Assim, à excepção da comissão de auditoria criada, no seio do conselho de administração, com funções de supervisão dos administradores executivos, nenhuma outra foi adoptada *ex novo* entre nós com a nova redacção do código das sociedades comerciais.

A remuneração dos administradores continua a ser fixada pela assembleia-geral de accionistas, ou por uma comissão por ela nomeada, sem que se preveja, *tout court*, a possibilidade de audiência de qualquer outro órgão para a fixação da mesma. Mantém-se o mesmo critério de fixação de remuneração, não se atendendo directamente aos resultados, nem à cotação das acções, se estivermos perante uma sociedade aberta, nem tão pouco se exige a fixação de uma política de remunerações que deva ser ponderada e examinada por qualquer outro órgão que não a assembleia-geral de accionistas, ou uma comissão por ela nomeada.

Apenas na estrutura composta pelo conselho de administração executivo e pelo conselho geral de supervisão, a remuneração pode ser fixada pelo conselho geral e de supervisão ou por uma comissão de remuneração criada no seio deste último; mas quando assim não seja, deve a mesma ser fixada nos termos gerais pela *assembleia-geral*. E mesmo quando as remunerações dos administradores executivos sejam nestes casos fixadas pelo conselho geral de supervisão deverá ter-se em conta que a nomeação dos membros deste órgão é da competência da assembleia-geral de accionistas, pelo que, em regra, não haverá discre-

pâncias, quanto ao valor das remunerações a fixar.

Por último, no que à comissão de nomeações diz respeito, também a sua razão de ser não se coaduna com a tradição jurídica subjacente ao nosso ordenamento jurídico-societário. As nomeações dos órgãos sociais são feitas, entre nós, pela assembleia-geral de accionistas. E se até aqui a direcção era nomeada pelo conselho geral, actualmente o texto da lei prevê que o conselho de administração executivo (ex-direcção) possa ser nomeado pela assembleia-geral, se assim os estatutos o previrem.

Só no que toca à nomeação do ROC poderão os restantes órgãos sociais propor à assembleia-geral a sua nomeação, o que até aqui não acontecia, pois que esta procedia à nomeação do ROC sem atender a qualquer tipo de proposta. O objectivo do legislador terá sido aqui o de assegurar que a nomeação do ROC se fica a dever a critérios de estrita objectividade e independência, reforçando assim a legitimidade da sua nomeação que tendo sido sempre da competência da assembleia-geral não faria agora sentido que o deixasse de ser.

CONCLUSÃO

Num momento em que a governação das sociedades deixa de ser uma realidade desconhecida para passar a preocupação dominante das sociedades portuguesas, a louvável revisão do Código das Sociedades Comerciais torna credível no nosso ordenamento jurídico a função cometida aos vários órgãos sociais permitindo a sustentar a ideia de responsabilidade pela gestão destes mesmos órgãos, em face da sociedade, dos accionistas, dos credores e de terceiros.

Responsabilidade que assenta numa política de transparência, isenção e independência dos processos de decisão e de fiscalização, que o legislador teve a preocupação de enquadrar nas características específicas do tecido societários português.

Concretiza conceitos ideais até aqui desenvolvidos em termos de *soft-law*, reforça pilares básicos de construção de qualquer organização societária, revitaliza instituições que se foram perdendo no tempo.

A revisão do Código das Sociedades Comerciais ao nível das estruturas de administração e fiscalização das sociedades é, sem dúvida, um ponto ótimo do desenvolvimento legislativo nacional.

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, Curso de Direito Comercial II, Das Sociedades, Almedina, 2003 (2ª reimpressão da edição de 2002);

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de/ Ramos, Elisabete, Responsabilidade Civil de Administradores e de sócios controladores, Miscelâneas nº 3, Idet, Almedina, 2004;

Câmara, Paulo, Códigos de Governo de Sociedades, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, nº 15, Dezembro de 2002;

Câmara, Paulo, O Governo das Sociedades em Portugal: uma introdução, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, nº 12, Dezembro de 2001;

Cordeiro, António Menezes, Manual de Direito das Sociedades, Almedina, 2004;

Furtado, Jorge Henrique Pinto, Curso de Direito das Sociedades, Almedina, 2004;

Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Almedina, 2006;

Ramos, Maria Elisabete Gomes, A responsabilidade de membros da administração, Problemas de Direito das Sociedades, Idet, Almedina, 2003;

Silva, Artur Santos/ Vitorino. António/ Alves, Carlos Francisco, Cunha, Jorge de Arriaga, Monteiro, Manuel Alves, *Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*, Instituto Português da Corporate Governance, 2006;

Silva F. Gonçalves da / Pereira, Esteves *Contabilidade das Sociedades*, Plátano Editora, 12ª edição, 2002.

Silva, João Soares da, Responsabilidade Civil dos Administradores: os deveres gerais e os princípios da corporate governance, Revista da Ordem dos Advogados, 1997, pp. 605-628.

Silva, João Soares da, o Action Plan da Comissão Europeia e o contexto da Corporate Governance no início do século XXI, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, nº 18, Agosto 2004;