

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



*Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional
de Governação Societária*

Mestrado em Direito e Gestão

Daniela dos Santos Alemão Vieira

Dissertação de Mestrado elaborada sob a orientação do Exmo. Senhor Professor Doutor
Pedro Caetano Nunes

Lisboa, junho de 2019

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

NOTAS

A presente dissertação foi elaborada para obtenção de aprovação ao Mestrado em Direito e Gestão da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

A redação respeita o novo acordo ortográfico e considera legislação e doutrina nacionais publicadas até março de 2019.

Foi tido em vista o direito positivo português, fazendo-se breves referências comparatísticas com outros ordenamentos jurídicos quando tal nos pareceu relevante.

Quando não seja feita referência ao diploma legal em questão assume-se que o preceito em causa pertence ao Código das Sociedades Comerciais.

Na identificação da bibliografia utilizada os autores encontram-se enunciados por ordem alfabética do seu último nome.

Relativamente às citações de monografias estas encontram-se inicialmente identificadas por autor, título, local de publicação, editora, ano de edição e página da qual foi retirada a citação em questão, estando as seguintes citações da mesma obra identificadas apenas por autor e pelo seu título, apresentado de forma abreviada.

RESUMOS

No modelo tradicional de governação societária o conselho de administração, enquanto órgão de gestão, tem poder para delegar o exercício de toda a gestão corrente da sociedade numa comissão executiva, assumindo, desse modo, o duplo papel de administrador e de fiscalizador. Os seus membros não delegados ficam, assim, sujeitos ao dever de vigilância geral sobre a atuação dos administradores executivos, nos termos do artigo 407º, nº 8 do CSC, dever esse que deve ser cumprido segundo elevados padrões de diligência, profissionalismo e lealdade, de acordo com o artigo 64º, nº 2 do CSC, e em termos devidamente informados, em conformidade com o artigo 72º, nº 2 do CSC. Consideramos que os administradores não executivos dispõem dos mesmo poderes que os membros do conselho fiscal, pela aplicação analógica dos artigos 420º, nº 3, 421º e 57, nº 1, do CSC, uma vez que o conselho de administração possui poderes reforçados de controlo político enquanto o conselho fiscal é um órgão de mera fiscalização. Daqui relevam, sobretudo, os poderes-deveres de inspeção e de obtenção de informação.

ABSTRACTS

In the traditional model of corporate governance the board of directors, as a management organ, has power to delegate the exercise of all current management of the society on an executive committee, thereby assuming the dual role of administrator and supervisory. Its non-executive directors are thus subject to the duty of general supervision over the performance of executive directors, (article 407º, nº 8, CSC), which must be fulfilled according to high standards of diligence, professionalism and loyalty, (article 64º, nº 2, CSC), and in properly informed terms, (as stipulated in article 72º, nº 2 CSC). We consider that non-executive directors have the same powers as the members of the fiscal council, by virtue of the analogous application of the articles 420º, nº 3, 421º and 57º, nº 1, CSC, since the board of directors has enhanced powers of political control while the fiscal council is a mere oversight body. The most relevant powers here incorporated are inspection and obtaining information.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de
Governação Societária

*“só uma vez discriminado o poder do dever de vigiar a cargo dos
administradores não delegados, será possível inculir-lhes conteúdos ou objetos
distintos.”*

Pedro Maia, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração
da Sociedade Anónima*, Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra.

Studia Iurica 62. [S. 1.], Coimbra Editora, 2002. pág. 280

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

art. - artigo

BMJ - Boletim do Ministério da Justiça

CC - Código Civil

Cit. - Citação

Cits. - Citações

CMVM - Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

Coord. - coordenação

CSC - Código das Sociedades Comercias

DL - Decreto-Lei

Ed. - Edição

IDET - Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho

IPCG - Instituto Português de Corporate Governance

nº - número

nºs - números

pág. - página

págs. - páginas

ROA - Revista da Ordem dos Advogados

ROC - Revisor Oficial de Contas

SROC - Sociedade de Revisores Oficiais de Contas

Vol. - Volume

INTRODUÇÃO AO TEMA

Um dos pontos fundamentais no direito das sociedades, não só a nível nacional, mas também nos restantes ordenamentos jurídicos, é o da governação societária ¹, também conhecida como *corporate governance*. Consiste num tema deveras problemático que, numa perspetiva jurídica, convoca uma análise de competências, poderes e deveres dos diversos órgãos que constituem uma sociedade.

Dada a atual conjuntura económica bem como as graves crises que assolaram diversas empresas de relevo, nalguns casos devido a uma fiscalização interna ineficiente, torna-se pertinente não só o estudo da atuação dos administradores e fiscalizadores societários, mas também a eficácia dos seus direitos e deveres ².

Nesta dissertação trataremos apenas das sociedades anónimas, não contemplando outros tipos societários. Note-se que o próprio CSC parece apontar a sociedade anónima como o tipo societário de referência, e muitos consideram-na o tipo societário de maior complexidade regulatória, bem como de maior aplicação na prática societária.

Através da utilização do tipo societário sociedade anónima permite-se que haja um investimento capitalístico do público em projetos empresariais de maior dimensão, mas daqui também resulta uma maior distância entre o capital da sociedade e a gestão praticada, ou seja, verifica-se uma elevada dispersão do capital social. Com Adam Smith surge a compreensão de que, nas sociedades (de grande dimensão) anónimas abertas ³, existe uma separação entre a propriedade e o controlo.

¹ Para o autor Coutinho de Abreu, “Governação (ou governo) das sociedades” designa o complexo das regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais, deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração e ao controlo (ou fiscalização) das sociedades”. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação das Sociedades Comerciais*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, cit., pág. 7. A expressão “governação societária” também é utilizada por CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6ª ed. [S. l.], Almedina, 2006, pág. 550.

² Neste sentido, Filipe Barreiros entende que “Num mundo cada vez mais globalizado, as preocupações mais prementes, a nosso ver, serão, mais do que a consagração de novos direitos ou o acesso aos direitos, a própria eficácia dos direitos e deveres já consagrados”. BARREIROS, Filipe, *Responsabilidade Civil dos Administradores: os Deveres Gerais e a Corporate Governance*, Coimbra: Almedina, 2010, cit., pág. 23.

³ Sociedade anónima aberta corresponde à sociedade anónima “com o capital aberto ao investimento público”, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., págs. 93-94.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

Note-se a importância dos membros dos órgãos de fiscalização societária no sentido de mitigar os custos de agência gerados pela separação entre a propriedade e o controlo societário, bem como o reforço do papel que estes desempenham, atualmente, no seio das sociedades ⁴.

Relativamente à função de fiscalização das sociedades anónimas, para além dos típicos órgãos de fiscalização, assume grande relevância o tema da vigilância ou fiscalização praticada pelos administradores societários, sobretudo devido à elevada litigiosidade que existe em torno da responsabilidade civil destes e do seu dever de vigilância enquanto fonte dessa mesma responsabilidade.

No caso das sociedades anónimas que adotem o modelo previsto no artigo 278º, nº 1, alínea a), do CSC, fica a cabo dos administradores que pertençam ao seu conselho de administração, mas que não estejam encarregues de funções executivas, uma função de vigilância dos restantes administradores, nos termos do artigo 407º, nº 8, do CSC.

Na prática, serão os administradores não executivos os garantes de que os interesses da sociedade são assegurados, pelo que assume uma especial importância a determinação dos seus deveres gerais bem como dos poderes de que dispõem para os cumprir ⁵. Contudo, a lei não identifica os poderes de que estes administradores possuem para que possam levar a cabo as suas funções, ao contrário do que ocorre relativamente ao conselho fiscal, cujos poderes se encontram explicitamente previstos nos artigos 420º e 421º do CSC.

Dado o elevado número de administradores não executivos existentes atualmente nas sociedades portuguesas, torna-se premente compreender a posição jurídica destes no seio da sociedade anónima portuguesa.

Neste sentido, a presente dissertação procura identificar quais os poderes de controlo com que estão munidos os administradores não executivos das sociedades anónimas portuguesas que adotem o modelo de governo previsto no artigo 278º, nº 1, alínea a), do CSC.

⁴ O “fortalecimento do papel fiscalizador dos administradores não executivos” também é apontado como uma medida de governação societária. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação das Soc. Com...*, cit., pág. 17.

⁵ Segundo o autor António Menezes Cordeiro, “O administrador que, no exercício das correspondentes funções, não cumpra os seus deveres e, com isso, ocasione danos, é, civilmente, responsável.”, o que nos leva a questionar não só sobre que deveres são esses mas também sobre de que poderes é que o administrador dispõem para que possa, efetivamente, cumpri-los. CORDEIRO, António Menezes, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa: LEX - Edições Jurídicas, 1997, cit., pág. 19.

I. A Fiscalização das Sociedades Anónimas

1.1. Evolução Histórica da Fiscalização das Sociedades Anónimas Portuguesas

Inicialmente, as empresas coloniais eram alvo de uma fiscalização mínima, que era da competência da assembleia de acionistas, sendo esta a razão pela qual vários dos códigos comerciais elaborados no início do século XX não fazem referência a órgãos de fiscalização.

De facto, no primeiro Código Comercial português, também conhecido como Código Ferreira Borges, aprovado em 1833, “as sociedades comerciais não apresentam um órgão de fiscalização propriamente dito”⁶. Note-se que, na altura, a legislação nacional existente relativa a direito societário era claramente insuficiente.

O mesmo se passou com o *Code de Commerce* de 1807, em França, que também não consagrava a obrigatoriedade de existência de um órgão social de fiscalização⁷. Aqui, a gestão societária era atribuída, na prática, a diretores ou administradores e ao chamado conselho de administração que também ficava encarregue de vigiar a gestão societária. As funções de controlo deste conselho de administração foram posteriormente aprofundadas com a evolução do direito societário francês⁸.

Por volta do século XIX, surge na Alemanha os primeiros vislumbres de órgãos fiscalizadores do funcionamento societário. De facto, é com o Código Comercial Alemão Geral de 1861 que se consagra o modelo dito dualista de administração e de fiscalização, no qual se prevê a opção de nomear um conselho de vigilância que assume competências de fiscalização. A partir de 1870, este órgão passou a ser obrigatório para as sociedades anónimas⁹.

⁶ MARQUES, Tiago João Estêvão, *Responsabilidade civil dos membros de órgão de fiscalização das Sociedades Anónimas*. [S. l.], Almedina, 2009, cit., pág. 28.

⁷ Na prática, o Code de Commerce de 1807 foi o primeiro diploma legislativo a tratar o tema das sociedades anónimas. Neste sentido, CORDEIRO, Antónimo Menezes, *Da Resp. Civil...*, pág. 80.

⁸ MARQUES, Tiago João Estêvão, *Resp. Civil dos Membros...*, pág. 23.

⁹ *Ibidem*, pág. 25, esclarece que, para as sociedades anónimas alemãs, se manteve esta opção por um modelo de governação societária dualista, caracterizado por uma clara separação das funções de gestão e de fiscalização da sociedade em órgãos distintos, a propósito da fiscalização das sociedades no ordenamento germânico, encontramos o *Aufsichtsrat* encarregue da fiscalização, enquanto órgão interno da sociedade, e o *Abschlussprüfer*, enquanto entidade autónoma à sociedade, encarregue da revisão legal de

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

Por força da autonomia das partes, aquando da estipulação dos termos do contrato social, e dos seus estatutos, começou a surgir, na prática societária portuguesa, um órgão de fiscalização.

A partir de 5 de outubro de 1865 passaram a estar regulamentadas, através de portaria, as atribuições dos fiscais designados para as sociedades existentes. Assim, estes assumiam o direito de assistir às reuniões da assembleia geral bem como o direito de aí comunicarem a sua opinião sobre matérias relacionadas com os estatutos da sociedade. Contudo, as deliberações dos associados não estavam sujeitas à opinião dos referidos fiscais.

O papel destes fiscais demonstrou-se ineficaz, sobretudo, por a sua atividade se limitar à assembleia geral. Surge então a primeira consagração legal de um órgão de fiscalização com a carta de lei de 22 de junho de 1867¹⁰, também conhecida como Lei das Sociedades Anonymas, na qual se estipulava, no artigo 21º, que todas as sociedades anónimas teriam de ter um conselho fiscal.

Este conselho fiscal passava a ser o órgão responsável pela fiscalização societária e “tinha o poder de examinar a escrita, de convocar a assembleia, de assistir às reuniões da direção, de fiscalizar a administração da sociedade e de dar parecer sobre o balanço, inventário e relatório” da sociedade¹¹.

O Código Comercial de 1888, também designado por Código Veiga Beirão, não fugiu muito ao que havia sido estipulado com a Lei das Sociedades Anonymas a propósito da fiscalização societária, mas desenvolveu um pouco mais as atribuições do conselho fiscal. Note-se que o modelo de fiscalização instituído por este código foi desde cedo questionado.

Já no final do século XIX, dado o aumento do número de sociedades anónimas em Portugal bem como “a verificação de crises cíclicas levaram o governo a reagir”¹². Mais tarde, no início do século XX, entrou em vigor nova legislação sobre a fiscalização das sociedades anónimas portuguesas.

contas, e ainda encontramos os trabalhadores a participar não só na gestão, mas também na fiscalização da própria sociedade.

¹⁰ Segundo Menezes Cordeiro, “A grande novidade da Lei de 22 de Junho de 1867, foi o abandono do esquema do reconhecimento administrativo prévio, a favor do automático.”, ou seja, as sociedades anónimas portuguesas passaram a poder ser constituídas através da simples vontade dos seus sócios nesse sentido, sem necessidade de uma prévia autorização administrativa, o que, por sua vez, levou a um rápido aumento do número de sociedades anónimas existentes em Portugal. CORDEIRO, António Menezes, *Da Resp. Civil...*, cit., pág. 207.

¹¹ MARQUES, Tiago João Estêvão, *Resp. Civil dos Membros...*, cit., pág. 30.

¹² CORDEIRO, António Menezes, *Da Resp. Civil...*, cit., pág. 218.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

Assim, com a publicação da Lei nº 1:936, de 18 de março de 1936, o Governo português modificou o regime da fiscalização das sociedades anónimas no sentido de esta passar a ser realizada com a participação de técnicos especializados e ajuramentados, nomeados por entidade autónoma à sociedade fiscalizada.

No seu seguimento, foi publicada a Lei nº 1:995, de 17 de maio de 1943, que adicionava a intervenção do Tribunal nas atividades de fiscalização das sociedades por ações e previa que, nos casos em que este método de fiscalização fosse adotado, deixasse de existir conselho fiscal, a não ser que a assembleia geral decidisse mantê-lo através de deliberação. Acontece que, por falta de posterior regulamentação da referida lei, este regime nunca chegou a ser aplicado na prática ¹³.

Na segunda metade do século XX, sendo notória a necessidade de remodelar o direito societário português, dão-se grandes reformas. Deste modo, surge o Decreto-Lei nº 49:381 de 15 de novembro de 1969 ¹⁴, parcialmente alterado pelo Decreto-Lei nº 648/70, de 28 de dezembro, que aprovou um novo regime de fiscalização das sociedades anónimas e novas regras para o conselho fiscal.

Estabelecia-se que cada sociedade anónima teria um órgão interno de fiscalização, regra atualmente prevista no artigo 414º, nº 2, do CSC. Normalmente esse órgão seria um conselho fiscal, cujos membros poderiam ou não ser sócios da sociedade ¹⁵, mas em que um deles tinha que estar inscrito como ROC. Também já aqui se previa uma série de incompatibilidades para os membros do conselho fiscal.

A Portaria nº 91/77, de 22 de fevereiro tornou definitiva a obrigatoriedade de existir pelo menos um ROC no seio do conselho fiscal.

Nesta altura os poderes atribuídos aos membros do conselho fiscal, conjunta ou separadamente, para o desempenho das suas funções eram numericamente inferiores aos atualmente elencados pelo CSC no artigo 421º.

O Decreto-Lei nº 519-L2/79, de 29 de dezembro, sobre a atividade do ROC, aumentou as suas atribuições bem como afirmou a sua independência, para além de determinar que as sociedades anónimas portuguesas passavam a estar sujeitas à certificação e à revisão legal de contas, definindo, para tal, a certificação legal de contas como a expressão de “convicção do

¹³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação das Soc. Com...*, pág. 182.

¹⁴ Note-se que se trata de um diploma que foi fortemente acolhido pelo atual CSC.

¹⁵ Inicialmente, o conselho fiscal era composto exclusivamente por acionistas, sendo visto como órgão de ligação entre a assembleia geral e o conselho de administração.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

revisor de que os documentos de prestação de contas representam ou não, de forma verdadeira e apropriada, os resultados das operações e a situação patrimonial da empresa relativamente ao período e à data a que os mesmos se referem”, e a revisão legal como a “fiscalização das contas e da gestão, bem como do cumprimento das disposições legais e estatutárias”.

Em 1986 assistimos à entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais, que não só manteve o modelo dito tradicional de fiscalização e de administração das sociedades anónimas, como passou a permitir a adoção de um modelo de organização societária de inspiração alemã, com a figura do conselho geral e de supervisão, previsto no artigo 278º, nº 1, alínea c), do CSC, enquanto órgão societário de fiscalização.

Desde a entrada em vigor do CSC até 2006 não se verificaram alterações relevantes para além da “possibilidade de redução dos órgãos de fiscalização (conselhos fiscais) a órgãos singulares (fiscal único)”¹⁶.

Note-se que o CSC foi muito influenciado pela proposta de Quinta Diretiva comunitária no que diz respeito à estrutura das sociedades anónimas e aos poderes e competências dos seus órgãos¹⁷.

A reforma de 2006 do direito societário português, operada pelo Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de março, assumiu um relevante papel no desenvolvimento da estrutura orgânica societária.

Uma das alterações verificadas foi a introdução de um terceiro modelo de organização societária no CSC, denominado de monista ou anglo-americano.

A reforma do CSC também levou ao reforço da função de fiscalização, o que se justificou, sobretudo, pela sua clara ineficiência e pela erosão funcional dos sistemas de fiscalização portugueses, onde o conselho fiscal estava reduzido a mero órgão de revisão de contas¹⁸, desprovido daquela que é a verdadeira essência da fiscalização societária, o controlo das

¹⁶ CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., pág. 30, nota de rodapé nº 100.

¹⁷ Segundo CORDEIRO, António Menezes, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (Artigo 64º/1 do CSC)*. ROA. Ano 66. Vol. II (set. 2006). Disponível na Internet, cit., pág. 5, “A proposta de 5ª Diretriz visava coordenar as garantias exigidas aos Estados-Membros, [...] para proteger os interesses, tanto dos associados como dos terceiros, no que respeita à estrutura das sociedades anónimas como aos poderes e obrigações dos seus órgãos.”.

¹⁸ *Ibidem*, cit., pág. 871: “a Reforma de 2006 revalorizou o papel dos órgãos de fiscalização, que se encontravam praticamente reduzidos a um controlo de carácter puramente económico-financeiro da gestão da sociedade”.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

atividades desenvolvidas pelos órgãos de administração e capacidade de acompanhar as suas tomadas de decisão.

Paulo Câmara afirma que “O esvaziamento funcional do conselho fiscal era manifesto. Houve quem duvidasse, *de jure condendo*, da possibilidade da subsistência deste órgão.”¹⁹. Por sua vez, Gabriela Figueiredo Dias aponta como uma das causas da referida erosão funcional dos sistemas de fiscalização portuguesas a “admissibilidade praticamente irrestrita de a fiscalização da sociedade ser exercida por um fiscal único”²⁰, que gerava uma fiscalização ineficiente.

Também consideramos que a elevada dependência do conselho fiscal para com a maioria da assembleia geral, enquanto órgão social que o designa, também contribuí-a, em larga medida, para a ineficácia do conselho fiscal enquanto fiscalizador.

A Diretiva nº 2006/43/CE, de 17 de maio, trouxe como um dos objetivos a segregação das funções de fiscalização e revisão de contas. Assim, havia se tornado necessária a divisão da atividade fiscalizadora em duas: a fiscalização política e a fiscalização financeira propriamente dita²¹.

Com a referida segregação de funções, estas passavam a ser desenvolvidas por órgãos distintos e autónomos entre si. Assim, ficou o conselho fiscal encarregue da fiscalização da sociedade e o ROC da revisão legal e certificação de contas, contudo, note-se que esta separação apenas é possível se o ROC não integrar organicamente o conselho fiscal.

No modelo tradicional de administração e fiscalização das sociedades anónimas previsto no artigo 278º, nº 1, alínea a), do CSC, estas funções confundem-se num mesmo órgão quando a sociedade não adote um ROC autónomo face ao conselho fiscal, o que apenas é obrigatório para as grandes sociedades anónimas, nos termos do artigo 413º, nº 2, alínea a).

Esta imposição de ter um ROC ou SROC autónomo deve-se à necessidade de estas sociedades anónimas de grande dimensão adotarem uma estrutura de governo e de reporte financeiro mais transparente e fiável. Note-se que com a presença de uma entidade independente

¹⁹ CÂMARA, Paulo, *Os modelos de governo das sociedades anónimas in Reformas do Código das Sociedades*, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, [et al.], Colóquios do IDET, nº 3, Coimbra: Almedina, 2007, cit., pág. 200.

²⁰ DIAS, Gabriela Figueiredo, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, cit., pág. 14.

²¹ A fiscalização política diz respeito ao controlo das atividades dos órgãos de administração e da própria sociedade. Já a fiscalização exclusivamente financeira passa pelo controlo dos documentos entregues pelos órgãos de administração para prestação de contas, sendo, por isso, uma fiscalização mais técnica.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

como o ROC ou SROC na sociedade também se alcança uma maior imparcialidade do conselho fiscal enquanto órgão de fiscalização societária.

De facto, com a prática tornou-se claro que a atuação do conselho fiscal enquanto órgão colegial não só aumenta a eficácia da sua função fiscalizadora como também reforça a independência do órgão.

A reforma de 2006 do CSC, em matéria de fiscalização das sociedades anónimas, focou-se em três temas essenciais, a remodelação dos órgãos de fiscalização, o aumento dos poderes de fiscalização atribuídos a estes e a redistribuição dos poderes de fiscalização pelos diversos órgãos.

A fiscalização das sociedades anónimas tem vindo a ser atribuída a órgãos societários cada vez mais profissionais, cuja composição inclui elementos independentes, no sentido de se alcançar uma fiscalização mais eficaz.

Na realidade, uma eficiente fiscalização societária revela-se deveras importante dada a dimensão de diversas sociedades anónimas bem como o impacto público que estas podem ter na economia.

No fundo, podemos dizer que, de certa forma, a história e evolução da fiscalização de sociedades anónimas se confunde com a história do modelo tradicional de governação societária português uma vez que este era o único modelo de governação societária admissível até à entrada em vigor do CSC ²².

1.2. A Fiscalização das Sociedades Anónimas no Modelo Tradicional

O Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de março, consistiu numa reforma pertinente do direito societário português no sentido de ajustar as estruturas societárias portuguesas às práticas internacionais, mais precisamente à escala europeia, sobretudo quanto à concretização da

²² Neste sentido, CÂMARA, Paulo, *Os modelos de gov...*, pág. 196.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

separação das funções de administração e de fiscalização de sociedades ²³, tendo, para isso, revitalizado alguns órgãos ²⁴ de fiscalização, como foi o caso do conselho fiscal.

O legislador português previu, assim, três possíveis modalidades de organização da administração e fiscalização das sociedades anónimas no artigo 278º, nº 1, alíneas a), b) e c), do CSC, de entre as quais cabe aos acionistas optar por aquela que será instituída na sua sociedade.

O modelo de governação societária previsto no artigo 278º, nº 1, alínea a), do CSC, e que doravante designaremos por modelo tradicional, é o modelo mais frequentemente adotado pelas sociedades anónimas portuguesas, e é também aquele em que focaremos a nossa atenção.

A doutrina portuguesa utiliza variadas designações para o mesmo modelo, tais como modelo clássico ou dualista, sendo este último o mais frequente uma vez que este tipo separa as funções de administração ou gestão e de fiscalização em dois órgãos sociais distintos.

O modelo tradicional, nos termos do referido artigo, determina que a sociedade seja composta, para além da assembleia de acionistas, por um conselho de administração que será o órgão de gestão, e por um conselho fiscal que será o órgão de controlo político.

Nos termos do artigo 413º, nº 1, do CSC, compete ao conselho fiscal ou ao fiscal único fiscalizar as atividades desenvolvidas nas sociedades que adotem o modelo tradicional de governação societária ²⁵.

No âmbito da fiscalização de uma sociedade anónima temos a fiscalização da sua constituição e a fiscalização do seu funcionamento, sendo este último o tipo que trataremos nesta dissertação.

Dentro da fiscalização do funcionamento de uma sociedade podemos distinguir dois tipos, a fiscalização interna, da qual ficam encarregues órgãos da própria sociedade e que se traduz, no fundo, na atribuição a estes de competências de fiscalização bem como dos poderes e deveres que

²³ Note-se que a fiscalização apenas é obrigatória no caso das sociedades anónimas. Neste sentido CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, pág. 525.

²⁴ Adotamos a definição dada por Pedro Caetano Nunes segundo o qual órgão, em sentido restrito, será “um centro autónomo de imputação subjetiva dos efeitos de normas jurídicas no interior de uma sociedade”, NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, [S. l.], Almedina, 2012, cit., pág. 143.

²⁵ O autor Paulo Olavo Cunha, considera que “o conselho fiscal tem por missão controlar a administração da sociedade, no que respeita à legalidade da respetiva atuação e verificar com detalhe documentos e critérios elaborados e utilizados pela administração (...) (cfr. art. 420º, nºs 1 e 2)”, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., pág. 874.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

lhe estão associados, e a fiscalização externa, atribuída por lei a entidades que não pertencem à sociedade controlada.

A fiscalização desenvolvida pelo conselho fiscal consiste quer num controlo *a priori* quer *a posteriori*, uma vez que a verificação do cumprimento da lei e do contrato social faz-se tanto antes como após a prática de um ato social.

Parte da doutrina portuguesa defende que o âmbito da fiscalização política será a administração societária em sentido amplo ²⁶, na qual se enquadra quer a gestão interna quer a representação externa da sociedade, por oposição à administração definida em sentido restrito, que apenas integra a gestão interna da sociedade.

Tiago João Estêvão Marques entende que a chamada fiscalização política compreende, sobretudo, dois elementos, “por um lado a fiscalização da administração da sociedade e, por outro lado, a fiscalização da legalidade” ²⁷. Deste modo, compete ao conselho fiscal “fiscalizar a administração da sociedade”, de acordo com o artigo 420º, nº 1, alínea a), e “vigiar pela observância da lei e do contrato de sociedade”, nos termos do artigo 420º, nº 1, alínea b), do CSC.

Coloca-se também a questão de saber de que forma deve ser desempenhada esta fiscalização, tratando-se de um tema amplamente discutido no ordenamento jurídico italiano onde se debatia se se devia limitar a uma fiscalização da legalidade da atuação dos administradores ou se também devia avaliar o mérito da referida atuação ²⁸. A doutrina maioritária considera que esta fiscalização da administração da sociedade se deve traduzir numa vigilância geral sobre o cumprimento ou não de uma boa administração ²⁹.

O dever de fiscalizar atribuído aos órgãos de controlo ³⁰ consiste numa obrigação de conteúdo genérico uma vez que não identifica condutas específicas devidas pelos membros destes órgãos. Contudo, encontramos no CSC variadas competências associadas à atividade de controlo desempenhada pelos órgãos de fiscalização que nos permitem compreender melhor em que é que consiste esta atividade.

²⁶ Nesse sentido, MARQUES, Tiago João Estêvão, *Resp. Civil dos Membros...*, pág. 93.

²⁷ *Ibidem*, cit., pág. 91.

²⁸ *Ibidem*, pág. 94.

²⁹ O autor Coutinho de Abreu considera que a atividade de fiscalização societária “não se esgota em um controlo de legalidade formal”, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação das Soc. Com...*, cit., pág. 185.

³⁰ Note-se que utilizaremos os termos controlo e fiscalização enquanto sinónimos.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

A fiscalização das sociedades anónimas que adotem o modelo tradicional pode nem sempre recair num conselho fiscal, aliás, podemos encontrar: um conselho fiscal que integre, obrigatoriamente, um ROC ou um fiscal único que deve ser ROC ou SROC, nos termos dos artigos 278º, nº 2, e 413º, nº 1, alínea a), do CSC; ou um conselho fiscal e ROC ou SROC que lhe seja autónomo, nos termos do artigo 413º, nº 1, alínea b) ³¹.

De acordo com os artigos 413º, nº 2, e 420º, nº 2, do CSC, a opção por um conselho fiscal e ROC ou SROC autónomos é obrigatória para as grandes sociedades anónimas, e facultativa para as restantes ³².

Grande sociedade anónima será aquela que cumprir os requisitos do artigo 413º, nº 2, alínea a), 2ª parte: “sociedades que, não sendo totalmente dominadas por outra sociedade que adote este modelo (está-se a referir ao modelo tradicional), durante dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos seguintes limites: i) total do balanço: € 20 000 000; ii) volume de negócios líquido: € 40 000 000; iii) número médio de empregados durante o período: 250”, ³³.

Podemos ter um fiscal único em vez de um conselho fiscal desde que não se trate de uma grande sociedade anónima e essa possibilidade esteja prevista nos estatutos da sociedade, contudo, este deverá ser, obrigatoriamente, um ROC ou SROC e ficará sujeito ao mesmo regime legal que caberia ao conselho fiscal, nos termos do artigo 413º, nº 6, do CSC.

Os poderes e deveres do fiscal único em nada diferem dos poderes e deveres dos membros do conselho fiscal.

Nas ditas grandes sociedades anónimas, sempre que seja adotado o modelo tradicional de governação, exige-se uma fiscalização mais complexa. Deste modo, surge uma exigência quanto

³¹ A este propósito, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, pág. 763, identifica dois tipos de estrutura de fiscalização dentro do modelo tradicional de governação societária, uma estrutura complexa e uma simples. Complexa será aquela em que o ROC ou SROC é autónomo ao conselho fiscal (artigo 413º, nºs 2, alínea a), e 1, alínea b)), obrigatório nos casos em que se trate de uma sociedade emitente de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado ou uma grande sociedade anónima quando esta não se encontre totalmente dominada por outra sociedade que também adote o modelo tradicional. Simples será a estrutura de fiscalização em que o ROC pertence ao conselho fiscal, podendo, neste caso, existir um fiscal único que será ROC ou SROC, ou um conselho fiscal com um mínimo de três elementos dos quais um será ROC ou SROC.

³² Segundo o autor Paulo Olavo Cunha quando tenha sido adotado o modelo tradicional de governação societária “o ROC pode ser um órgão autónomo, à margem do próprio conselho fiscal, o que acontece obrigatoriamente nas sociedades cotadas e nas grandes sociedades anónimas (cfr. art. 413º, nºs 1, alínea b), e 2, alínea a))”, e nos casos em que este seja de facto autónomo terá “poderes substancialmente mais limitados que o conselho fiscal”, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., pág. 877.

³³ No passado, os critérios previstos no artigo 413º, nº 2, alínea a) do CSC que atribuíam o estatuto de grande sociedade anónima eram mais exigentes tendo sido os valores do balanço e do volume de vendas reduzidos com a Lei nº 148/2015, de 9 de setembro. *Ibidem*, pág. 42.

à composição qualitativa do conselho fiscal, segundo a qual “o conselho fiscal deve incluir pelo menos um membro que tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade e que seja independente” nos termos do artigo 414º, nºs 4 e 5, do CSC ³⁴. Esta exigência de existir um membro independente ³⁵ na sua composição qualitativa é também um dos frutos da reforma de 2006, a par do alargamento da lista de incompatibilidades ³⁶ previstas para os membros do órgão de fiscalização. Ainda relativamente à composição do conselho fiscal, o artigo 413º, nº 4 determina que o conselho fiscal deve ser composto por um mínimo de três membros efetivos.

No caso das sociedades anónimas de pequena dimensão que adotem o modelo tradicional a lei permite que, no mesmo órgão, se concentrem as funções de revisão de contas e de fiscalização. A revisão legal de contas consiste no exame através do qual o ROC verifica a conformidade do relatório de gestão e das contas do exercício da administração com a realidade contabilística da empresa, já a certificação legal de contas passa pela emissão de uma opinião acerca da conformidade do relato financeiro da sociedade, ou seja, é a conclusão que o ROC retira da revisão que fez. Ambas as atividades traduzem o controlo contabilístico da sociedade e são da competência do ROC.

³⁴ O autor Tiago João Estêvão Marques esclarece que se estabelecem “dois critérios para a verificação da independência: por um lado, a pessoa não pode estar associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade e, por outro lado, não pode encontrar-se em qualquer circunstância ou situação que seja suscetível de afetar a sua isenção de análise ou de decisão.”, MARQUES, Tiago João Estêvão, *Resp. Civil dos Membros...*, cit., pág. 42.

³⁵ Desde a reforma de 2006 que, nos termos do artigo 414º, nº 4 do CSC, se exige que certos membros do conselho fiscal sejam independentes. Segundo CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., pág. 559, assim é porque “A lei procura assegurar que, no exercício das respetivas funções, esses membros dos órgãos sociais não esteja, sujeitos à influência de acionistas de referência ou de outros membros desses órgãos, guiando-se, exclusivamente, pelo interesse social e atuando de forma autónoma, imparcial, isenta e objetiva.”. O artigo 414º, nº 5 do CSC dá-nos o conceito de independente.

³⁶ Estas incompatibilidades existentes no acesso ao cargo de membro do conselho fiscal aplicam-se a todos os seus membros e visam assegurar que as funções de fiscalização são levadas a cabo com isenção, profissionalismo e objetividade. Note-se que as referidas incompatibilidades não se confundem com a independência exigida a determinados membros do conselho fiscal apesar de estas partilharem, no fundo, os seus objetivos (garantir que os seus destinatários não estejam sob influência de outros que causem um desempenho imparcial das suas funções).

1.3. Competências e Poderes do Conselho Fiscal e do Fiscal Único:

- os artigos 420º e 421º do CSC

A referida autonomia do ROC face ao conselho fiscal permite a separação das funções de fiscalização política das funções de revisão e de certificação de contas dentro do órgão de fiscalização, o que vai de acordo com o estipulado pela Diretiva nº 2006/43/CE. Assim, compete ao ROC, enquanto órgão funcionalmente autónomo face ao conselho fiscal, a fiscalização contabilística³⁷, passando pela revisão e certificação das contas da sociedade, nos termos do artigo 420º, nº 4, do CSC, e ao conselho fiscal compete a fiscalização política da sociedade.

Note-se que esta segregação de funções não é plena uma vez que algumas delas serão da competência de ambos os órgãos, de facto, o artigo 446º, nº 3, do CSC atribui ao ROC as competências previstas no artigo 420º, nº 1, alíneas c) a f) para o conselho fiscal ou fiscal único. Também o conselho fiscal assume funções de revisão de contas, cabendo-lhe, por exemplo, a função de fiscalizar a atividade do ROC, contudo, a existência de um ROC vem permitir que a revisão legal de contas seja desenvolvida com uma maior eficácia e profissionalismo.

O autor José Vasques distingue três tipos de competências de fiscalização: as competências genéricas do conselho fiscal ou do fiscal único, que se aplicam a qualquer sociedade anónima, de acordo com o artigo 420º, nº 1, do CSC; as competências acrescidas apenas aplicáveis quando a sociedade adote um modelo de fiscalização que inclua conselho fiscal e ROC ou SROC autónomo, segundo os artigos 420º, nº 2, e 413º, nº 1 alínea b), e nº 2 alínea b); e as competências específicas do ROC a quem compete um especial dever de vigilância, segundo o artigo 420º-A, nº 1, do CSC, bem como proceder a todos os exames e verificações necessários à revisão e certificação legais de contas, nos termos do artigo 420º, nº 4.

O artigo 420º do CSC trata a competência de fiscalização atribuída ao conselho fiscal ou ao fiscal único dando, no seu nº 1, alínea a), um conceito síntese de fiscalização, enumerando nas restantes alíneas competências específicas que cabem dentro do conceito amplo de fiscalização e que nos ajudam a compreender o que é a atividade de fiscalizar.

³⁷ Também Jorge Coutinho de Abreu utiliza a expressão “fiscalização contabilística” para fazer referência a este tipo de controlo, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação das Soc. Com...*, cit., pág. 184.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

Trata-se de um artigo muito alterado pelo DL 76º-A/2006, de 29 de março, que trouxe um significativo aumento das competências atribuídas ao conselho fiscal e ao fiscal único, o que refletiu uma nova abordagem à fiscalização.

O conselho fiscal já dispunha de competências variadas, contudo, foram acrescentadas três alíneas ao nº 1 do artigo 240º do CSC: a alínea i) prevê a fiscalização da “eficácia do sistema de gestão de riscos, do sistema de controlo interno e do sistema de auditoria interna, se existentes”; a alínea j) trata a competência para receber e tratar denúncias sobre irregularidades, o que se relaciona com o artigo 421º, nºs 3, 4 e 5 do CSC; a alínea l) que prevê a possibilidade de contratar peritos quando a importância dos assuntos a tratar o justifique e a situação económica da sociedade o permita.

A alínea i) refere-se, no fundo, a mecanismos de controlo, o que se justifica pela importância da implementação de mecanismos de gestão de risco. A sua implementação no artigo 420º do CSC clarifica o princípio de existência dos referidos mecanismos de controlo que devem ser criados pelo órgão de administração.

A auditoria interna traduz-se num sistema cuja função é assegurar a monitorização e análise do risco operacional.

Armando Manuel Triunfante refere que o “controlo interno tem por objetivo preservar os bens sociais, evitar custos desnecessários e impedir que se assumam obrigações sem a autorização competente.”³⁸, ou seja, consiste em assegurar um conjunto de componentes que representam uma boa gestão sem o risco excessivo de futuros prejuízos.

A capacidade do conselho fiscal para receber a comunicação de irregularidades, prevista no artigo 420º, nº 1, alínea j), corresponde ao conhecido *whistleblowing* de origem no norte americana.

Por sua vez, o poder para contratar peritos consiste numa exceção ao princípio de que apenas o órgão de administração da sociedade tem poderes de representação da mesma, nomeadamente, o poder de contratar com terceiros. Esta competência vem reconhecer o crescente carácter técnico da atividade de fiscalizar.

Este alargamento das competências do conselho fiscal representou uma vontade de acolhimento de melhores práticas de governo das sociedades em matéria de fiscalização e focou-

³⁸ TRIUNFANTE, Armando Manuel, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, cit., pág. 429.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

se nas atividades de fiscalização política que antes da reforma se limitavam às alíneas a) a b) do artigo 420º, nº 1, do CSC.

Das competências elencadas no artigo 420º do CSC convém sublinhar o dever de fiscalização, que se traduz em garantir que a gestão levada a cabo pelos administradores está de acordo com a lei e o contrato social (alínea b)) e praticar um controlo contabilístico da sociedade e pronunciar-se, através de parecer, sobre o relatório de contas (alíneas c), d), e), f)); elaborar um relatório anual sobre a sua ação fiscalizadora (alínea g)) devendo para tal assistir a todas as reuniões da Assembleia Geral e da administração, nos termos do artigo 422º, nº 1, alínea a) do CSC ³⁹; convocar a Assembleia Geral quando o presidente de mesa o deveria ter feito e não fez (alínea h)); e receber as comunicações de irregularidades detetadas no seio da sociedade, por acionistas, colaboradores da sociedade ou outros (alínea j)).

As competências elencadas no artigo 420º, nº 1, do CSC são indiferentemente atribuídas ao conselho fiscal ou ao fiscal único, conforme o modelo de governo ou o tipo de fiscalização que a sociedade tenha adotado. Já as competências atribuídas pelo artigo 420º, nº 2, que se aplicam quando se trate de uma grande sociedade anónima, apenas são atribuídas ao conselho fiscal por força do impedimento de optar por um fiscal único nestes casos.

Para que o conselho fiscal ou fiscal único consigam, efetivamente, realizar as suas competências o artigo 421º do CSC atribui-lhes poderes de inspeção, verificação e obtenção de informação ⁴⁰.

Estes consistem em poderes individuais, funcionais e instrumentais a essas mesmas competências. O nº 1 do referido artigo opera a funcionalização ou instrumentalização dos poderes atribuídos ao conselho fiscal e ao fiscal único em relação às responsabilidades, competências e objetivos de fiscalização destes órgãos através da utilização da expressão “Para o desempenho das suas funções”, para além disso, esclarece que os poderes elencados no artigo 421º dizem respeito ao fiscal único, ao ROC e a qualquer membro do conselho fiscal, individualmente ou em conjunto com os restantes membros.

São verdadeiros poderes-deveres uma vez que apenas existem na medida da sua utilidade para o cumprimento dos deveres dos membros de órgãos de fiscalização.

³⁹ O artigo em questão atribui ao fiscal único, aos membros do conselho fiscal e ao ROC o dever de assistir às reuniões da assembleia e do conselho de administração. Consideramos que a norma demonstra o intuito de existir uma participação ativa por parte dos membros dos órgãos de fiscalização societária na vida da sociedade, dada a necessidade de um acompanhamento contínuo da mesma.

⁴⁰ Aproveitamos para adiantar que, do ponto de vista de direito comparado, os administradores não executivos são fiscais com competências reduzidas face aos membros do conselho fiscal.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

Seria insuficiente atribuir ao conselho fiscal apenas competências sem poderes, visto que uma eficaz atividade de fiscalização requer o acesso dos seus membros a toda a informação necessária sobre as atividades de gestão praticadas, de forma a perceber se estas estão de acordo com a lei, estatutos e outros critérios empresariais relevantes.

Os poderes conferidos pelo artigo 421º do CSC dividem-se, sobretudo, em duas grandes categorias, o acesso a informação relevante para uma fiscalização eficaz e a contratação de peritos.

Assim, cabe ao fiscal único ou ao conselho fiscal: o poder individual de inspecionar bens e verificar documentos junto dos administradores (artigo 420º, nº 1, alíneas a) e b)), bem como de assistir às reuniões da administração para recolher informações e esclarecimentos (artigo 420º, nº 1, alínea d)) e obter informações de terceiros à sociedade (artigo 420º, nº 1, alínea c) – poder esse que convoca a competência externa); o poder colegial de convocar uma Assembleia Geral, nos termos do artigo 420º, nº 1, alínea a), de propor ações de nulidade (artigo 57º, nº 1), e de contratar peritos (artigos 420º, nº 1, alínea l) e 421º, nº 3).

A função de controlo do conselho fiscal também abrange a atuação da assembleia geral dado que lhe compete garantir não só o cumprimento da lei, mas também dos estatutos da sociedade, daí resultando o dever do conselho fiscal de assistir às reuniões da assembleia geral, de acordo com o artigo 422º, nº 1, alínea a), do CSC.

Dos poderes atribuídos ao conselho fiscal ou fiscal único transparece a clara preocupação do legislador português em dar aos referidos órgãos societários os meios necessários para controlar a atuação dos administradores de forma eficaz. Contudo, uma vez que no modelo tradicional de governação societária este órgão se encontra afastado da administração, o seu acesso à informação nunca é imediato, o que diminui a sua eficácia ⁴¹.

⁴¹ A este propósito, o autor José Ferreira Gomes entende que “Deve reconhecer-se aos fiscais um poder-dever de acesso direto à informação da sociedade para o cumprimento das suas funções, com uma ampla margem de discricionariedade, independente de autorização do conselho de administração.”, GOMES, José Ferreira, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades, a obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*. Reimpressão. [S. l.], Almedina, 2017, cit., pág. 301.

II. A Administração da Sociedade

2.1. O Conselho de Administração

No direito societário português, pelo princípio da tipicidade, não é permitido o chamado *cherry-picking* através do qual se combinariam órgãos de diferentes modelos previstos no CSC na organização de uma sociedade anónima, de modo que o artigo 278º, nº 1, do CSC nos dá três possíveis modelos a adotar.

O modelo de organização da administração ⁴² e fiscalização a adotar por determinada sociedade anónima é de menção obrigatória no contrato de sociedade, nos termos do artigo 272º, alínea g), do CSC. O mais frequentemente adotado pelas sociedades anónimas portuguesas é o previsto na alínea a), do nº 1, do artigo 278º, e que, na presente dissertação, designaremos por modelo tradicional ⁴³.

O conselho de administração (ou *Board of Directors*) consiste no órgão social com competência genérica para a gestão das atividades da sociedade ⁴⁴, nos termos do artigo 405º, nº 1, do CSC, bem como da representação externa desta ⁴⁵.

Até à reforma de 2006 do direito societário português, o CSC determinava que o conselho de administração tinha que ter um número ímpar de membros. Atualmente, o artigo 390º, nº 1, do CSC já não prevê essa regra, limitando-se a referir que o número de administradores será o previsto no contrato social, não se impondo nenhum limite máximo.

O conselho de administração pode ser composto por um único administrador, pela conjugação dos artigos 278º, nº 2 e 390º, nºs 1 e 2, do CSC, desde que o capital social da sociedade

⁴² Importa sublinhar a polissemia do termo administração, que pode tanto ser utilizado para identificar a atividade em questão como o órgão que a realiza.

⁴³ Expressão adotada por ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação das Soc. Com...*, pág. 36. Sobre o referido modelo tradicional, o autor sublinha que “este permite sobretudo maior e melhor circulação das informações entre os administradores executivos e os não executivos (-controladores), dado que uns e outros pertencem a um mesmo órgão e participam conjuntamente em reuniões”, *ibidem*, cit., pág. 37.

⁴⁴ A este propósito, CORDEIRO, António Menezes, *Da Resp. Civil...*, cit., pág. 17: “O papel da administração das sociedades comerciais é difícil de quantificar. Mas assume, por certo, uma extensão enorme.”.

⁴⁵ Por representação da sociedade entenda-se a função de exprimir a vontade dos sócios, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, pág. 524.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

em questão não seja superior a € 200.000 e o contrato social não se oponha. Nos casos em que não se verifiquem estes requisitos, terá que ter um mínimo de dois membros.

Os seus membros podem ser ou não sócios, pessoas singulares ou coletivas, segundo o artigo 390º, nºs 3 e 4, desde que tenha sido indicada uma pessoa singular para desempenhar as suas funções. Para além disso, estes podem ser diretamente designados através do contrato social ou eleitos pela assembleia geral.

Tendo sido adotado o modelo tradicional de organização societária, a lei admite que o conselho de administração opere a delegação da gestão corrente da sociedade numa comissão executiva, nos termos do artigo 407º, nºs 3 e 4. Neste caso entendemos, por influência do professor Pedro Caetano Nunes, ficar perante um modelo tradicional dito estratificado ⁴⁶, largamente utilizado na prática societária portuguesa ⁴⁷, alterando-se por completo a dinâmica de poderes dentro da sociedade.

Na prática societária, verifica-se que o poder de gestão, após passar da assembleia geral para o conselho de administração, concentra-se, tendencialmente, em apenas alguns membros do conselho de administração ⁴⁸.

Tendo sido criada uma comissão executiva consideramos que esta passará a ser o órgão social encarregue pela administração ou gestão da sociedade e já não o conselho de administração. Assim, o conselho de administração passa a ser, no nosso entender, um órgão de controlo político a par do conselho fiscal, e a comissão executiva, enquanto órgão societário, torna-se no órgão de gestão. Note-se que, uma vez que a comissão executiva é um sub órgão do conselho de administração, também participará nas reuniões deste.

Relativamente às matérias não delegadas consideramos que o conselho de administração continua a ser o órgão competente para a sua gestão. Nas restantes matérias, o órgão competente já será a comissão executiva, a não ser que o conselho de administração avoque a si essas matérias ou revogue a delegação.

⁴⁶ NUNES, Pedro Caetano, *Os modelos...*, pág. 76.

⁴⁷ A propósito do modelo tradicional, Coutinho de Abreu entende que este “tem evoluído do *managerial model* (o conselho de administração gere os negócios sociais) para o *monitoring model* (a gestão é confiada principalmente aos administradores executivos, cabendo ao conselho, e em especial aos não executivos, sobretudo controlar os executivos e a marcha dos negócios sociais)”, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação das Soc. Com...*, cit., pág. 38.

⁴⁸ Motivo pelo qual o autor Jorge Coutinho de Abreu afirma que “Os membros do órgão de administração (plural) não têm todos de ser “executivos”.”, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação das Soc. Com...*, cit., pág. 99.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

Após a delegação de competências na comissão executiva, o conselho de administração mantém as competências de designação e de destituição de executivos, uma vez que quem delega também pode revogar essa delegação. É conveniente realçar que a iniciativa de gestão passa a ser da comissão executiva mas, muitas vezes, esta carece da aprovação do conselho de administração para a prática de determinados atos. Por estes motivos caracterizamos o conselho de administração como um órgão de controlo político reforçado, que desempenha funções de supervisão ⁴⁹.

Parte da doutrina portuguesa entende que a constante utilização pelo conselho de administração da delegação de poderes converteu-o num “verdadeiro órgão de fiscalização ou de controlo da atuação dos administradores delegados.” ⁵⁰. Nas palavras de João Calvão da Silva, “Impõe-se, no fundo, o primado da substância (supervisão) sobre a forma (*nomen* de administradores), resultante da transformação do tradicional conselho de administração em órgão de supervisão da gestão” ⁵¹.

No sentido contrário, Alexandre Soveral Martins considera que “não é por haver administradores delegados ou uma comissão executiva que o conselho de administração deixa de ser órgão de administração, visto que a competência do órgão delegado é concorrente com a do conselho” ⁵².

Tendo sido adotado o modelo tradicional estratificado de governação societária, “podemos afirmar que a obrigação de vigilância do conselho de administração encontra o seu

⁴⁹ Considerando quer o conselho de administração quer o conselho fiscal órgãos de controlo, encontramos aqui uma relevante diferença entre ambos uma vez que o conselho de administração será um órgão (de supervisão) de controlo político com poderes reforçados tais como competência para designar e destituir administradores executivos e para participar na gestão da sociedade, ao passo que o conselho fiscal é um órgão de mera fiscalização, não acompanhando as decisões de gestão.

⁵⁰ Nesse sentido, MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*. Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra, *Studia Iurica* 62, [S. 1.], Coimbra Editora, 2002, cit., pág. 255; CORREIA, Luís Brito, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra: Almedina, 1993, págs. 140-141; e SERENS, Manuel Nogueira, *Nota sobre a Sociedade Anónima*, Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra, *Studia Iurica* 14, 2ª ed., [S. 1.], Coimbra Editora, pág. 66.

⁵¹ SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*, ROA, Ano 67, Vol. I (jan. 2007), disponível na Internet, cit., pág. 8.

⁵² MARTINS, Alexandre Soveral, *Os administradores delegados das sociedades anónimas, algumas considerações*, Coimbra: Fora do Texto, 1998, cit., pág. 21.

fundamento na sua obrigação de diligente administração da sociedade – nos termos conjugados dos arts. 405º e 64º/1,a) – à qual se reconduz”⁵³.

Daqui não se retira que a única função do conselho de administração seja a de fiscalização uma vez que o conselho de administração mantém, simultaneamente, funções de administração e de controlo da sociedade, nem que a fiscalização que este desenvolve seja idêntica à levada a cabo pelo conselho fiscal.

Convém sublinhar que a função de administração que o conselho de administração mantém consiste numa função que deve ser levado a cabo pelo conselho de administração enquanto órgão colegial, no seu todo, e não pelos seus membros individualmente. Por sua vez, a obrigação de fiscalizar assumida pelo conselho de administração “projeta-se na esfera jurídica de cada um dos seus membros”⁵⁴, para além de lhes estar atribuída individualmente, nos termos do artigo 407º, nº 8, do CSC.

Regra geral, quando temos vários órgãos de controlo aumentamos a sua ineficácia. Apesar de o conselho de administração assumir um poder de controlo reforçado, na prática, não o costuma exercer por considerar que a fiscalização desenvolvida pelo conselho fiscal é suficiente⁵⁵.

2.1.1. Distinção Entre Fiscalização e Supervisão

As atividades de fiscalização e de supervisão não são sinónimas, a supervisão é mais ampla que a fiscalização e abrange não só a atividade de fiscalização, mas também a competência para designar e destituir os titulares do órgão de administração, através da delegação de

⁵³ GOMES, José Ferreira, *Da Administração ...*, cit., pág. 156.

⁵⁴ *Ibidem*, cit., pág. 162.

⁵⁵ A este propósito, o autor José Gomes Ferreira considera que o conselho de administração passa a estar adstrito a uma participação de natureza subsidiária, ou seja, “o conselho pode e deve intervir sempre que a atuação dos administradores delegados ou da comissão executiva não seja adequada ou suficiente”, *Ibidem*, cit., pág. 169.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

competências e da sua revogação, e para participar na gestão ao autorizar a prática de determinados atos ⁵⁶.

Deste modo, a supervisão será uma atividade de controlo político reforçado, dadas as competências que engloba e que extravasam o conteúdo da fiscalização, para além de ser bastante mais eficiente ao permitir acompanhar, atempadamente e mais de perto, a gestão e possibilitando um controlo preventivo ⁵⁷.

A mera fiscalização, exercida pelos membros do conselho fiscal ou fiscal único nos termos do artigo 420º, nº 1, do CSC, limita-se, de um modo geral, ao controlo contabilístico da sociedade, sem qualquer tipo de intervenção na gestão da mesma.

No ordenamento jurídico germânico encontramos um modelo de organização societária dualista, composto por um órgão de gestão e um órgão de supervisão (*Aufsichtsrat* ou conselho de supervisão) com poderes reforçados. Neste âmbito, o órgão de supervisão, para além da função de fiscalização, assume a função de designar, supervisionar e destituir os membros do órgão de gestão, e o dever de participar na gestão, que é considerado fundamental ao exercício de uma fiscalização preventiva ⁵⁸. Note-se que o conselho de administração do modelo tradicional estratificado português também contempla todas estas funções.

O órgão de supervisão germânico, tal como o conselho de administração português do modelo tradicional estratificado, não pode praticar atos de gestão societária, contudo, os estatutos da sociedade podem prever que determinadas matérias ou transações careçam da sua aprovação, solução reproduzida pelo artigo 442º do CSC português, relativamente ao conselho de administração do modelo tradicional.

Também no ordenamento jurídico norte-americano encontramos um modelo de governação societária dualista. Neste caso, cabe ao *board of directors* a função de nomear e destituir os executivos (ou *officers*), bem como de determinar a sua remuneração, fiscalizar a

⁵⁶ O conselho de administração participa na gestão societária “na medida em que os atos de gestão mais relevantes, que tendem a ser da iniciativa dos administradores executivos, têm que ser levados à aprovação do conselho de administração”, conforme determina o artigo 407º, nºs 3 e 4, NUNES, Pedro Caetano, , *Os modelos de governo das sociedades anónimas - Os poderes-deveres dos non-executive directors*, in *Direito das Sociedades em Revista*, IV Congresso, [S. l.] Almedina, 2016, cit., pág. 77. Também neste sentido, DUARTE, Rui Pinto, *Escritos sobre direito das sociedades*, [S. l.], Coimbra Editora, 2008, pág. 47.

⁵⁷ Segundo Pedro Caetano Nunes “A função de supervisão traduz-se em algo mais do que a função de fiscalização, dadas sobretudo as possíveis competências de designação/destituição dos administradores executivos, e de autorização integrativa para a prática de determinados atos.”, NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cit., pág. 210.

⁵⁸ Neste sentido, NUNES, Pedro Caetano, *Os modelos...*, pág. 59.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

atividade social e participar na gestão societária através da aprovação das suas estratégias empresariais e dos seus negócios de maior relevo, cabendo a iniciativa de gestão aos executivos⁵⁹.

Sublinhamos que, quer o conselho de administração português do modelo tradicional estratificado, quer o *Aufsichtsrat* germânico, quer o *board of directors* norte-americano, são órgãos de supervisão com poderes de controlo reforçados, dado o paralelismo existente entre as funções levadas a cabo pelos seus membros.

O *Aufsichtsrat* germânico apresenta como vantagem o facto de aos executivos estar vedada a possibilidade de ser membro, através de um regra de incompatibilidade que não permite ser, simultaneamente, membro do órgão de gestão e do órgão de controlo⁶⁰. Uma vez que, quer no modelo tradicional estratificado, quer no modelo norte-americano, os executivos podem pertencer ao órgão de supervisão⁶¹.

Por sua vez, o modelo tradicional estratificado português apresenta como desvantagem a duplicação de órgãos de controlo, uma vez que, para além do conselho fiscal, também o conselho de administração assume funções de fiscalização, quando quer no ordenamento germânico, quer no ordenamento norte-americano, se impõe a existência de apenas um órgão de controlo⁶².

⁵⁹ NUNES, Pedro Caetano, *Os modelos...*, pág. 62.

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 57.

⁶¹ A este propósito importa lembrar que, uma vez que a comissão executiva é um sub-órgão do conselho de administração, assiste às reuniões deste e os seus membros também pertencem ao conselho de administração. Note-se também que nada impede os *officers* de pertencerem ao *board of directors*, exceto no caso das sociedades anónimas cotadas, para as quais se exige que a maioria dos membros do *board of directors* não exerça funções executivas, neste sentido, NUNES, Pedro Caetano, *Os modelos...*, pág. 63.

⁶² *Ibidem*, pág. 77.

2.2. A Delegação ⁶³ de Competências Numa Comissão Executiva

Com base no artigo 407º do CSC distinguem-se dois tipos de delegação de poderes praticáveis pelo conselho de administração dentro da sociedade, a delegação ampla e a delegação restrita.

A delegação restrita, também conhecida como encargo especial ou delegação imprópria, encontra-se prevista no artigo 407º, nºs 1 e 2, do CSC.

Através deste tipo de delegação o conselho de administração opera uma “mera distribuição interna de tarefas, com o conselho a atribuir um encargo especial a algum ou alguns administradores, sem propriamente repartir as competências do conselho de administração” ⁶⁴. Deste modo, os poderes e deveres dos administradores delegantes em nada se alteram, apenas se alterando o quadro dos poderes e deveres dos administradores delegados.

Já a delegação ampla, também conhecida por delegação *stricto sensu* ou delegação própria, encontra-se prevista no artigo 407º, nº 3 e seguintes, do CSC. Este tipo de delegação requer autorização estatutária (artigo 407º, nº 3, do CSC) e é aprovada por deliberação do conselho de administração que deve, no mesmo ato, fixar os seus limites (artigo 407º, nº 4), uma vez que esta não pode ser feita em termos gerais ⁶⁵, bem como a sua composição.

O conselho de administração pode fazer esta delegação de poderes quer em administradores delegados (ou *chief executive officers*, na designação anglo-saxónica) quer numa comissão executiva ⁶⁶. De facto, apenas através desta delegação se torna possível a criação de

⁶³ Segundo Paulo Olavo Cunha “A delegação de poderes não se confunde com a prática de o Conselho solicitar a um administrador, sem limitação dos poderes normais dos demais administradores, que pratique certos atos no âmbito do objeto social, (...) (cfr. art. 407, nº 1).”, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., pág. 773, nota 1106. O autor Pedro Caetano Nunes entende que “A delegação tem como efeito jurídico-negocial caracterizador a ampliação do poder normativo de representação orgânica do órgão delegado.”, NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cit., pág. 226.

⁶⁴ SILVA, João Calvão da, *Resp. Civil...*, cit., pág. 4

⁶⁵ Neste sentido, MARTINS, Alexandre Soveral, *Os administradores delegados das...*, pág. 22.

⁶⁶ Podemos dizer que a comissão executiva é, nos termos do artigo 407º, nº 3 do CSC, um órgão típico do modelo tradicional de governação societária e alargado ao modelo anglo-americano, previsto no artigo 278º, nº 1, alínea b), através do artigo 423º-G, nº 1, alínea c). Relativamente ao modelo dito germânico, previsto no artigo 278º, nº 1, alínea c), já não podemos afirmar o mesmo uma vez que, “a lei afasta, pela natureza das respetivas funções, a constituição de comissão executiva e a designação de administradores delegados (cfr. art. 413º, nº 3 do CSC)”, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., pág. 774. Note-se que a aplicação da figura da comissão executiva no modelo germânico de governação

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

uma comissão executiva, motivo pelo qual o artigo 407º, nº 3, do CSC é muitas vezes identificado como a base legal para a criação deste tipo de comissões.

Dos artigos 406º e 407º do CSC resulta uma dupla delimitação das matérias que o conselho de administração pode delegar numa comissão executiva, ou seja, que podem ser objeto de delegação ampla.

Por força do artigo 407º, nº 3, do CSC, pode o conselho de administração delegar toda a gestão corrente da sociedade, logo, a gestão não corrente será indelegável. De notar que a gestão corrente ⁶⁷ consiste num conceito indeterminado, aberto e abstrato, cuja concretização dependerá de vários fatores tais como a dimensão da sociedade em questão e do tipo de atividade desenvolvido por esta.

A segunda delimitação opera através do elenco de matérias não delegáveis ⁶⁸ presente no artigo 407º, nº 4, do CSC, que identifica as matérias das alíneas a), b), c), d), f), l) e m) do artigo 406º como indelegáveis. As restantes alíneas do referido artigo contemplarão matérias delegáveis.

Deste modo, a delegação ampla efetuada pelo conselho de administração na comissão executiva não poderá extravasar quer no conceito de gestão corrente quer no elenco de matérias identificadas no artigo 406º como indelegáveis.

Na delegação ampla é menor a amplitude das matérias indelegáveis por comparação à delegação restrita.

Ao contrário do que se passava com a delegação restrita, com uma delegação ampla não só se altera a posição jurídica dos administradores delegados, mas também a dos administradores delegantes que veem os seus deveres relativos à gestão da sociedade reduzidos e assumem o

societária iria descaraterizar o mesmo, uma vez que este não admite que exista delegação de poderes e exige que todos os administradores sejam executivos.

⁶⁷ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação de Soc. Com...*, pág. 38, traduz o conceito de gestão corrente como a prática dos atos “técnico-operativos quotidianos”, ou seja, como os atos necessários para levar a cabo a gestão do dia-a-dia.

⁶⁸ Tendo em consideração os dois tipos de delegação previstos no artigo 407º do CSC distinguem-se três categorias de matérias: as absolutamente indelegáveis (previstas no artigo 407º, nº 4, que nos remete para o artigo 406º, alíneas a), b), c), d), f), l) e m), bem como as matérias que extravasem o conceito de gestão corrente); as delegáveis desde que previsto nos estatutos (artigo 406º alíneas e), g), h), i), j), n), bem como as restantes matérias da competência do conselho de administração), que correspondem à delegação ampla; e as delegáveis desde que os estatutos não o proibam (artigo 407º, nº 1 e 2) e que correspondem às restantes matérias da competência do órgão de administração (artigo 406º, alínea m)) e que constituem a delegação restrita. Neste sentido, NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, pág. 257.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

“dever de vigiar genericamente a atividade dos administradores delegados e, se for esse o caso, provocar a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas”⁶⁹.

A este propósito Pedro Maia fala numa dupla função da delegação ampla: a atribuição de poderes aos administradores delegados, que se consubstancia na dimensão positiva da delegação; e a remoção de deveres aos administradores não delegados, que se traduz na função negativa da delegação.

A delegação com base no artigo 407º, nº 3, do CSC, numa comissão executiva, pressupõe que exista, pelo menos, mais um administrador no conselho de administração do que aqueles que fazem parte da comissão executiva⁷⁰.

O poder de delegar pertence ao conselho de administração e não à assembleia geral, uma vez que são seus os poderes delegados.

Antes da reforma de 2006 exigia-se que a comissão executiva tivesse um número ímpar de membros, sendo o mínimo três. Atualmente, o artigo 407º do CSC não se manifesta relativamente à composição quantitativa da comissão executiva, exceto que esta deve ser definida por deliberação do conselho de administração, nos termos do artigo 407º, nº 4.

Tanto o conselho de administração como a comissão executiva devem possuir presidentes, de acordo com os artigos 395º e 407º, nº 5, do CSC, e é do entendimento da doutrina maioritária que estes dois cargos não devem coincidir no mesmo administrador.

Da criação de uma comissão executiva resulta a estratificação orgânica da sociedade, geralmente associada a uma maior eficácia de gestão⁷¹. Falamos em estratificação orgânica dado que, inicialmente, temos um conjunto de sócios que designam o conselho de administração, e este, por sua vez, designa a comissão executiva.

⁶⁹ Neste sentido, MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento...*, cit., pág. 251. Sobre o dever de intervenção do conselho de administração, GOMES, José Ferreira, *A Administração...*, cit., pág. 170, nota nº 601: “Em princípio, caberia ao conselho intervir na gestão corrente [a pedido de qualquer administrador, arts. 406º, n) e 407º/8]. Nalguns casos, porém, justifica-se a intervenção direta de um ou mais administradores individualmente considerados”.

⁷⁰ Alexandre de Soveral Martins entende que “Se a comissão executiva deve ter um mínimo de dois membros, então, para que ela exista o conselho de administração deve ter um mínimo de três membros”, MARTINS, Alexandre Soveral, *Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração, in Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2011, cit., pág. 249. No mesmo sentido encontramos ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação das Soc. Com...*, pág. 100.

⁷¹ Neste sentido, NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, pág. 211.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

A comissão executiva é um órgão colegial pelo que as suas decisões são tomadas por deliberação em reuniões convocadas para esse efeito. Quando a delegação se dá em administradores delegados estes não se encontram vinculados ao método colegial.

Tipicamente, uma delegação de poderes pode ser feita com reserva ou sem reserva, permitindo ao órgão delegante manter as suas competências originárias ou não, respetivamente.

A doutrina maioritária considera que ambos os tipos de delegação referidos são feitos com reserva, motivo pelo qual após a delegação de poderes o conselho de administração não vê os seus poderes restringidos mantendo a competência para decidir ou tomar resoluções sobre as matérias delegadas ⁷². É este o motivo pelo qual se entende que o conselho de administração têm competências concorrentes ou cumulativas com as das comissão executiva.

São várias as causas apontadas para o uso da delegação de poderes em administradores delegados ou numa comissão executiva, como por exemplo, as dificuldades de funcionamento existentes em conselhos de administração muito numerosos. Mas não temos dúvidas de que esta facilita, de facto, o exercício da função administrativa na sociedade.

2.3. Administradores Não Executivos, Quem São?

Os administradores não executivos, também designados por *non-executive directors*, são, de acordo com a Recomendação da Comissão, de 15 de fevereiro de 2005, os membros do órgão de administração de uma sociedade que não estejam encarregues da gestão corrente da mesma, ⁷³.

⁷² Neste sentido, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, pág. 773, nota 110. Contudo, GOMES, José Ferreira, *Da Administração...*, cit., pág. 178, entende que “sem prejuízo da manutenção da competência do conselho de administração para deliberar sobre as matérias delegadas (art. 407º/8), o normal é que tal competência não seja exercida de facto”.

⁷³ O Código de Governo das Sociedades do IPCG define, na Recomendação III. 3., os administradores não executivos como “os membros do conselho de administração a quem não tenham sido delegados poderes de gestão, tendo sido efetuada uma delegação ao abrigo do disposto no art. 407º, nº 3, do Código das Sociedades Comerciais.”. Por sua vez, serão administradores executivos “os membros do conselho de administração a quem tenham sido delegados poderes de gestão corrente, ao abrigo do disposto no art. 407º, nº 3, do Código das Sociedades Comerciais, e todos os administradores se o conselho de administração não tiver efetuado a referida delegação de poderes”. Pedro Caetano Nunes engloba na expressão *non-executive directors* “não apenas os membros do conselho de administração sem poderes

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

Assim, numa sociedade que adote o modelo tradicional de administração e fiscalização societária, previsto no artigo 278º, nº 1, alínea a), do CSC, e em que se dê a delegação da gestão corrente numa comissão executiva, nos termos do artigo 407º, nº 3, os membros do conselho de administração que não pertençam à comissão executiva, ou seja, que não possuam poderes delegados, serão administradores não executivos.

Mesmo antes da reforma societária de 2006 já se encontrava legalmente prevista a existência de administradores não executivos e de administradores executivos.

Aos executivos compete a gestão corrente da sociedade nos termos do artigo 407º, nº 3, do CSC. Os administradores não executivos mantêm a “competência para tomar resoluções sobre os mesmo assuntos e sendo responsáveis, nos termos da lei, pela vigilância geral da atuação do administrador ou administradores delgados ou da comissão executiva”⁷⁴.

Em relação às matérias não delegadas “o conselho de administração funciona colegialmente na sua plenitude, sem qualquer distinção no estatuto de administradores, com os respetivos poderes-deveres”⁷⁵.

Identificamos relativamente aos administradores não executivos três funções base: a gestão não corrente da sociedade, a participação na tomada de determinadas decisões⁷⁶ e a supervisão da atuação dos administradores executivos.

Na verdade, não só se espera que os administradores não executivos levem a cabo uma vigilância ativa da atuação dos executivos, como também se pretende que estes desafiem e questionem a gestão desenvolvida no seio da sociedade, devendo, para tal, ter um vasto conhecimento sobre a atividade desta⁷⁷.

Para além do já referido dever de vigilância geral sobre a atuação dos executivos, os administradores não executivos também estão obrigados a participar nas reuniões do conselho de administração e a deliberar relativamente às matérias que sejam sujeitas ao pleno deste.

delegados -, mas também os membros do conselho geral e de supervisão, os membros da comissão de auditoria e os membros do conselho fiscal”, NUNES, Pedro Caetano, *Os modelos...*, cit., pág. 51.

⁷⁴ VASQUES, José, *Estruturas e conflitos...*, cit., pág. 142.

⁷⁵ SILVA, João Calvão da, *Resp. Civil...*, cit., pág. 9.

⁷⁶ A Recomendação III. 6. do Código das Sociedades do IPCG, estabelece que “Os administradores não-executivos devem participar na definição, pelo órgão de administração, da estratégia, principais políticas, estrutura empresarial e decisões que devam considerar-se estratégias para a sociedade em virtude do seu montante ou risco, bem como na avaliação do cumprimento destas.”

⁷⁷ O Código das Sociedades do IPCG, no seu Princípio III. A., refere que “Os membros de órgãos sociais com funções de administração não executiva e de fiscalização devem exercer, de modo efetivo e criterioso, uma função fiscalizadora e de desafio à gestão executiva.”

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

No modelo de governação societária que designamos por tradicional estratificado “surge associada a necessidade de fazer incluir no conselho de administração membros não executivos em número que permita uma efetiva prática das atividades de fiscalização, supervisão e avaliação da atividade dos membros executivos”⁷⁸. De facto, são também estas as funções atribuídas aos administradores não executivos pelo Código de Governo das Sociedades da CMVM.

Pedro Caetano Nunes considera que os administradores não executivos portugueses exercem funções semelhantes às dos membros do conselho geral e de supervisão das sociedades que adotem o modelo germânico de organização societária, previsto no artigo 278º, nº 1, alínea c), do CSC.

No sistema anglo-saxónico ou anglo-americano de estruturação do governo societário, previsto no artigo 278º, nº 1, alínea b), do CSC, também encontramos administradores não executivos que, neste caso, correspondem aos membros da comissão de auditoria uma vez que está vedado o exercício de funções executivas na sociedade a todos os seus membros, nos termos do artigo 423º-B, nº 3, 1ª parte.

Considerando a comissão de auditoria um órgão de fiscalização, no que diz respeito à gestão corrente da sociedade, atividade que lhe está vedada, e um órgão de administração face à gestão não corrente da sociedade, parte da doutrina portuguesa entende que os seus administradores não executivos estarão sujeitos quer às regras de responsabilidade civil dos administradores, quer às regras dirigidas aos fiscalizadores, conforme o tipo de funções (de fiscalização ou de administração) que estes estejam a exercer⁷⁹.

⁷⁸ MARTINS, Alexandre Soveral, *Administradores delegados e Comissões Executivas, algumas considerações*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, cit., pág. 9. Também de acordo com o Código de Governo das Sociedades do IPCG, Recomendação III. 2., o conselho de administração deve englobar um número de administradores não executivos “suficiente para assegurar com eficiência as funções que lhes estão cometidas”, e em número superior ao de administradores executivos, segundo a Recomendação III. 3.

⁷⁹ Consideramos que o mesmo raciocínio será aplicável aos membros do conselho de administração, sem poderes delegados, no seio do modelo tradicional estratificado, o que nos leva a concluir que lhes será aplicável o artigo 64º, nº 2, do CSC⁷⁹, que impõe deveres de cuidado, de lealdade e “elevados padrões de diligência profissional” aos membros de órgãos de fiscalização societária. Note-se que este em pouco difere do artigo 64º, nº 1, aplicável a todos os administradores, pelo que, de uma forma ou de outra, chegamos aos mesmos resultados relativamente aos administradores não executivos do modelo tradicional estratificado.

III. Os Deveres dos Administradores

3.1. Os Deveres Fundamentais dos Administradores

– o artigo 64º do CSC

O artigo 64º do CSC, que trata os deveres gerais ou fundamentais dos administradores, recebeu uma nova redação com o DL nº 76-A/2006 de março, na qual se nota uma clara influência do direito norte americano, por exemplo, pela utilização de expressões como deveres de cuidado e de lealdade.

Paulo Olavo Cunha considera que o muito debatido artigo 64º do CSC “procura fixar os deveres fundamentais, de cuidado e lealdade, dos gestores e dos membros de órgãos de fiscalização das sociedades comerciais”⁸⁰. Assim, o referido artigo consiste numa “cláusula geral sobre a forma como devem os membros da administração nortear a sua atuação, pautando-a pela observância”⁸¹ destes deveres.

Uma vez que se trata de uma cláusula geral, esta terá de ser concretizada, caso a caso, tendo em consideração diversos aspetos tais como o tipo de atividade desenvolvida pela sociedade em questão e a sua dimensão, por exemplo.

Na presente dissertação utilizaremos a expressão dever de gestão para designar os deveres de cuidado previstos no artigo 64º, nº 1, alínea a)⁸².

O referido dever de gestão é identificado como um dever primário de prestação de serviços, modalidade prevista nos artigos 1156º e seguintes do CC, e através do qual o administrador assume como prestação característica exercer uma boa gestão da sociedade. Estamos perante uma obrigação de meios e não de resultado, uma vez que o sucesso empresarial não é o resultado exigido aos administradores, dado que este dever apenas obriga os administradores a atuarem com cuidado e diligência no exercício das suas funções.

⁸⁰ CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., pág. 544.

⁸¹ *Ibidem*, cit., págs. 849-850.

⁸² NUNES, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra: Almedina, 2006, pág. 32, utiliza a expressão “dever geral de gestão” para identificar estes deveres de cuidado dos administradores. Outros autores utilizam expressões como dever de administrar, por exemplo.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

No passado, a doutrina portuguesa debatia-se sobre se o artigo 64º do CSC englobava ou não uma fonte autónoma da conduta devida pelos administradores, bem como da sua responsabilidade. Com a reforma de 2006 do direito societário português, tornou-se claro que o referido artigo é fonte de um dever de diligência⁸³, concebido como uma bitola de concretização da ilicitude do administrador para apuramento da sua responsabilidade, quando tal seja necessário⁸⁴.

Com a exigência da “diligência de um gestor criterioso e ordenado”, prevista no artigo 64º, nº 1, alínea a), aplica-se ao administrador uma bitola de diligência que, em rigor, não difere do critério do *bonus pater familias*, presente no artigo 487º, nº 2, do CC.

De acordo com a doutrina germânica, o critério do bom pai de família não remete para o cidadão comum, mas para a pessoa competente dentro do setor de atividade em questão, logo a diligência exigida será a do tráfego profissional em que o administrador se integra⁸⁵.

Relativamente aos administradores não executivos, a doutrina portuguesa entende que esse profissionalismo engloba competências financeiras mínimas, conhecimentos jurídicos mínimos e uma compreensão mínima das atividades e negócios da sociedade⁸⁶.

Assim, o artigo 64º, nº 1, do CSC assume uma dupla função ao consagrar um dever e ao indicar os parâmetros de diligência que os administradores devem observar⁸⁷.

Também se discute o âmbito do referido dever de gestão, previsto no artigo 64º do CSC, uma vez que muitos autores portugueses defendem que este engloba outros deveres gerais, que encontramos individualizados noutros ordenamentos jurídicos, como é o caso do dever de vigilância que aparece tratado de forma autónoma em Itália, no artigo 2392 do *Codice Civile*, e que impõe uma obrigação de vigilância do geral andamento da gestão da sociedade.

⁸³ O autor António Menezes Cordeiro esclarece que “em sentido normativo, a diligência equivale ao grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever”, COERDEIRO, António Menezes, *Os deveres fundamentais...*, cit., pág. 4. Também neste sentido, NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, pág. 481-482.

⁸⁴ Neste sentido apontam autores como Pedro Caetano Nunes, Ilídio Duarte Rodrigues e Pedro Maia.

⁸⁵ Alguns autores defendem que, independentemente das funções assumidas pelo administrador na sociedade, no caso de este possuir conhecimentos específicos sobre determinada matéria, este deve atuar em conformidade com os conhecimentos que possui. Neste sentido, NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, pág. 483.

⁸⁶ Neste sentido, *Ibidem*, pág. 483.

⁸⁷ Neste sentido, BARREIROS, Filipe, *Resp. Civil...*, pág. 50.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

Assim, o autor Filipe Barreiros inclui no dever geral de gestão dos administradores os seguintes deveres específicos: dever de vigilância, dever de não concorrência, dever de lealdade e dever de confidencialidade. Alguns autores, como Pedro Caetano Nunes, também englobam no referido dever de gestão o dever de intervenção, o dever de obtenção de informação no *iter decisional* e o dever de não tomar decisões irracionais ⁸⁸.

A doutrina portuguesa tem utilizado diversos critérios no sentido de sistematizar os deveres dos administradores, tais como a função exercida pelos administradores, a fonte ou natureza dos deveres, o facto de estes serem principais ou acessórios ou o facto de serem deveres gerais ou de conteúdo específico, critério pelo qual optamos no âmbito desta dissertação ⁸⁹.

Identificamos como deveres gerais aqueles que possuem um conteúdo genérico e de difícil concretização, nos quais se enquadram os deveres fundamentais dos administradores previstos no artigo 64º do CSC. Este tipo de deveres tem como propósito orientar o administrador durante a sua atuação sem lhe impor condutas específicas, dada a multiplicidade e imprevisibilidade de situações com que este se pode deparar no decorrer da sua atividade, e que apenas podem ser concretizados caso a caso.

Por sua vez, deveres de conteúdo específico serão aqueles cujas condutas devidas se encontram, de certa forma, definidas na lei. A doutrina maioritária considera este tipo de deveres aspetos parcelares dos deveres gerais.

O artigo 64º, nº 1, alínea b), trata o dever de lealdade dos administradores, assunto sobre o qual não nos focaremos nesta dissertação, mas a propósito do qual o legislador faz referência ao conceito de “interesse da sociedade”, que é deveras importante no âmbito do dever de gestão.

Encontramos três grandes concepções sobre o interesse social: segundo a teoria monista, os administradores apenas devem prosseguir os interesses dos acionistas da sociedade, no sentido de criar valor para estes; pelo pluralismo, os administradores não se encontram limitados a prosseguir apenas os interesses dos acionistas, podendo proteger os interesses de todos os

⁸⁸ Por sua vez, Coutinho de Abreu inclui no que ele identifica como dever geral de gestão: o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, o dever de atuação procedimentalmente correta (para a tomada de decisões) e o dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Cadernos do IDET, nº 5, Coimbra: Almedina, 2010, pág. 19. No mesmo sentido, MARQUES, Tiago João Estêvão, *Resp. Civil dos Membros...*, pág. 75.

⁸⁹ Também neste sentido, MARQUES, Tiago João Estêvão, *Resp. Civil dos Membros...*, pág. 72.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

*stakeholders*⁹⁰ relacionados com a sociedade; por fim, de acordo com a teoria institucionalista, os administradores estão obrigados a proteger os interesses da sociedade enquanto instituição, mesmo que isso os faça atuar contra os interesses dos sócios⁹¹.

Através do artigo 64º, nº 2, alínea b), do CSC, percebemos que o legislador português optou pela teoria pluralista⁹², devendo ser ponderados vários interesses. Assim, por interesses da sociedade referimo-nos, no fundo, aos interesses de todos os *stakeholders* envolvidos com a sociedade em questão, tais como os interesses comuns dos sócios, trabalhadores, clientes e credores da sociedade⁹³.

O dever de gestão previsto no artigo 64º, nº 1, alínea a), do CSC pode ser decomposto em três elementos: a disponibilidade do administrador, a sua competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade. Segundo António Menezes Cordeiro estes consistem em “deveres que acompanham a atuação do administrador, prevenindo situações de negligência”⁹⁴.

Por conhecimento da atividade da sociedade entendemos a obrigação de acompanhar e controlar a atividade da sociedade e monitorizar a sua informação⁹⁵, o que se traduz, na nossa opinião, num verdadeiro dever de vigilância que, com o artigo 64º, nº 1, alínea a), a partir da reforma de 2006, se tornou mais claro.

Podemos até mesmo dizer que “A vigilância constitui um aspeto central da atividade dos administradores. O conselho de administração constitui, antes de mais, o centro de controlo ou vigilância da empresa.”⁹⁶.

Com a reforma de 2006 do direito societário português, acrescentou-se o nº 2 ao artigo 64º do CSC, que se destina aos membros de órgãos de fiscalização, em que se enquadram os membros do conselho fiscal ou o fiscal único, e segundo o qual estes ficam obrigados a, no

⁹⁰ Através do termo *stakeholders* referimo-nos a todas as partes interessadas no exercício da atividade societária, ou seja, todos aqueles que se relacionam com a sociedade e que de alguma forma possam ser afetados pelo desempenho da atividade da sociedade em questão.

⁹¹ NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, pág. 551.

⁹² Neste sentido, *ibidem*, pág. 491.

⁹³ CORDEIRO, António Menezes, *Os deveres fundamentais...*, pág. 9.

⁹⁴ *Ibidem*, cit., pág. 12

⁹⁵ Consideramos que, para que seja possível o referido conhecimento da atividade societária, seja necessária, de facto, a recolha de determinadas informações no seio da sociedade pelos administradores, já não no sentido de assegurar a tomada de decisões empresariais informadas, mas para permitir um controlo efetivo.

⁹⁶ Neste sentido, NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cit. pág. 507. Também o autor GOMES, José Ferreira, *Da Administração...*, cit., pág. 158, entende que a atividade fiscalizadora consiste numa “tarefa originária de gestão”.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

desenvolver da sua atividade, “observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade”.

Também aqui estamos perante deveres legais gerais que, por isso mesmo, atribuem aos fiscalizadores societários uma larga margem de atuação no exercício das suas funções.

A propósito dos membros de órgãos de fiscalização, o artigo 64º, nº 2 do CSC estabelece uma cláusula geral segundo a qual se exigem elevados padrões de diligência profissional destes⁹⁷. Trata-se de uma bitola de diligência que serve de referência ao esforço que os fiscalizadores devem observar aquando do cumprimento das suas funções.

Relativamente aos administradores, o legislador português dividiu o artigo 64º, nº 1, do CSC em duas alíneas, nas quais distingue e concretiza os ditos deveres de cuidado e deveres de lealdade. Note-se que no nº 2 do mesmo artigo já não efetuou essa distinção⁹⁸.

Através desta imposição de deveres de cuidado aos membros dos órgãos de fiscalização podemos assumir que deles se pretende, tal como dos administradores no exercício das suas funções, “disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções”, nos termos do artigo 64º, nº 1, alínea a) do CSC⁹⁹. Relativamente aos “elevados padrões de diligência profissional” exigidos dos membros de órgãos de fiscalização no artigo 64º, nº 2, entendemos que estes devem ser concretizados caso a caso.

No artigo 64º, nº 2 estipulou-se um padrão de diligência mais exigente que o previsto no nº 1 do mesmo artigo para os administradores, o que, no nosso entender, se justifica pela importância que a atividade de fiscalização assume no seio das sociedades.

⁹⁷ Sobre os elevados padrões de diligência profissional que se exigem da conduta dos membros de órgãos de fiscalização, o autor Paulo Olavo Cunha considera que “a lei societária pretende que os membros do órgão de fiscalização atuem de forma mais diligente do que o comum dos profissionais o faria no âmbito da respetiva intervenção, com redobrada atenção a todos os aspetos técnicos que o controlo da atuação dos gestores envolve”, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., pág. 875.

⁹⁸ O que leva o autor Tiago João Estêvão Marques a não fazer uma interpretação literal do artigo 64º, nº 2 do CSC no sentido de que “os membros dos órgãos de fiscalização devem (no exercício das suas funções) observar deveres de cuidado (que devem ser prosseguidos mediante elevados padrões de diligência profissional), bem como deveres de lealdade”, MARQUES, Tiago João Estêvão, *Resp. Civil dos Membros...*, cit., pág. 74. Ainda sobre o artigo 64º, nº 2 do CSC, Paulo Olavo Cunha entende que “a lei parece subsumir os deveres de lealdade aos deveres de cuidado, na medida em que determina que o cumprimento destes pressupõe elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade”, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., pág. 543.

⁹⁹ Para Tiago João Estêvão Marques “se concretiza, sobretudo, na exigência de os membros dos órgãos de fiscalização encetarem um controlo organizativo-funcional do próprio órgão de fiscalização (sempre que ele seja colegial), no dever de, sempre que tenham de tomar alguma decisão ou praticar algum ato, desenvolverem um procedimento correto obtendo toda a informação relevante disponível para que assim possam tomar a decisão substancialmente (mais) correta”, MARQUES, Tiago João Estêvão, *Resp. Civil dos Membros...*, cit., pág. 76.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

O artigo 64º, nº 2, do CSC, parte final, impõe deveres de lealdade aos membros de órgãos de fiscalização das sociedades, estes justificam-se pelo facto de os fiscalizadores estarem a proteger os interesses da sociedade e não os seus próprios interesses.

3.2. O Poder-Dever ¹⁰⁰ de Vigilância dos Administradores Não Executivos

- O artigo 407º, nº 8 do CSC

Como consequência da delegação de competências realizada pelo conselho de administração, segundo o artigo 407º, nº 3, do CSC, (delegação ampla), os administradores não delegados do conselho de administração, relativamente às matérias delegadas, deixam de praticar uma gestão ativa assumindo, no seu lugar, um poder-dever de vigilância geral sobre a atuação dos administradores delegados nos termos do artigo 407º, nº 8, do CSC. Assim, em vez de iniciativa de gestão, os administradores não executivos possuem competências de controlo.

Podemos dizer que a delegação ampla “libera os administradores não executivos (administradores delegantes) do dever de gestão corrente da sociedade e sobre ele impende apenas o dever de controlo, fiscalização ou vigilância geral da atuação dos administradores executivos (administradores delegados)” ¹⁰¹.

A delegação da gestão corrente numa comissão executiva também tem como consequência a exclusão da responsabilidade dos administradores não delegados pelos atos ou omissões praticadas no exercício das funções delegadas. Estes assumem uma nova responsabilidade, nos termos do artigo 407º, nº 8, 2ª parte, do CSC, pela “vigilância geral da atuação do administrador ou administradores-delegados ou da comissão executiva e, bem assim, pelos prejuízos causados por atos ou omissões destes, quando, tendo conhecimento de tais atos ou omissões ou do propósito de os praticar, não provoquem a intervenção do conselho para tomar

¹⁰⁰ Com a expressão poder-dever referimo-nos a “situações jurídicas complexas (...) que associam uma imposição normativa e um poder normativo”, NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cit., pág. 477.

¹⁰¹ SILVA, João Calvão da, *Resp. Civil...*, cit., pág. 6.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

as medidas adequadas.”, ¹⁰². Note-se que os administradores estão vinculados a um dever de vigilância, mesmo quando não exista a referida delegação ¹⁰³.

Este dever de vigilância consiste num dos vários deveres de conteúdo específico que se encontram espalhados ao longo do CSC, e traduz-se no dever de os administradores não executivos acompanharem e vigiarem o desenvolvimento da atividade societária pelos administradores executivos, resultante do dever de diligente administração, nos termos dos artigos 405º e 64º, nº 1, alínea a).

A vigilância levada a cabo no seio de uma sociedade consiste numa modalidade de controlo político, e pode ser caracterizada como vertical ou horizontal, e pontual ou sistémica.

A vigilância vertical consiste na vigilância desempenhada pelos administradores executivos sobre os patamares inferiores da sociedade, e a horizontal é a vigilância levada a cabo pelos administradores face aos restantes administradores. Deste modo, os órgãos societários derivados de gestão ou de administração ficam encarregues da vigilância vertical, e os de controlo político ficam encarregues da vigilância horizontal.

Por sua vez, a vigilância pontual está relacionada com a reação a circunstâncias esporádicas, nas quais existe um dever de intervenção, já a vigilância sistémica passa por se ir acompanhando a atividade da sociedade, mesmo não tendo sido detetado nenhum problema, através da criação de sistemas de controlo interno, que permitam a existência de fluxos de informação.

Daqui retiramos que, sobre os administradores não executivos, recai um dever de vigilância horizontal sistémica sobre os executivos.

Uma vez que se trata de um dever geral de vigilância, não se exige um acompanhamento ao pormenor por parte dos administradores não delegados ou não executivos de todo e qualquer ato concreto praticado pelos administradores delegados. Antes pelo contrário, alguns autores consideram que se trata de uma vigilância realizada sobre o geral andamento da sociedade, na

¹⁰² Neste sentido, BARREIROS, Filipe, *Resp. Civil dos Adm...*, cit., pág. 52, segundo o qual “o dever de vigilância – de particular importância como fonte de responsabilidade civil dos administradores – era já objeto de expressa referência na antiga redação do nº 5 (atual nº 8) do art 407º, do CSC, e m relação à responsabilidade dos administradores não executivos, pela vigilância dos administradores delegados ou da comissão executiva.”.

¹⁰³ Alguns autores portugueses defendem que todos os membros do conselho de administração assumem o dever de vigiar a atividade dos restantes membros do conselho, mesmo que não tenha havido delegação de competências nestes, mas que neste caso não se trata de um dever geral de vigilância, uma vez que este apenas assume a qualidade de dever geral com a delegação de competências numa comissão executiva.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

terminologia do art. 2381.º, n.º 3, do *Codice Civile* italiano, de menor intensidade que a vigilância levada a cabo pelos órgãos de fiscalização.

Assim, em princípio, os administradores não executivos “não têm de vigiar cada um dos atos que os administradores-delegados praticam, mas sim a atividade.”¹⁰⁴. De acordo com a doutrina italiana, compete aos administradores não executivos vigiar o geral andamento da gestão relativamente às matérias que foram delegadas na comissão executiva, garantindo que esta se destina a cumprir os interesses da sociedade, que muito sucintamente se traduz na prossecução de lucro através do exercício do objeto social¹⁰⁵.

Apesar de se tratar de uma vigilância geral, autores como Pedro Caetano Nunes entendem que “implica não só a formulação periódica de pedidos de informação aos administradores delegados, como uma postura ativa de procurar informação junto dos colaboradores da empresa” bem como “um dever de intervenção”¹⁰⁶.

Pedro Maia considera que do artigo 407º, nº 8, do CSC se retira que este dever de vigilância geral das atividades desenvolvidas pelos administradores delegados ou pela comissão executiva “já não cabe ao conselho de administração como órgão colegial, mas sim, individualmente, a cada um dos administradores não delegados”¹⁰⁷. No caso de a vigilância individualmente desenvolvida por cada um dos administradores não delegados, ou não executivos, revelar alguma desconformidade da atuação dos administradores delegados ou da comissão executiva face ao que lhes era imposto cabe ao conselho de administração o poder de reação e de intervenção.

A doutrina italiana divide-se e discute intensamente sobre se este poder de vigilância dos administradores não executivos sobre os executivos é, de facto, um poder individual ou colegial, ou até mesmo, a possibilidade de ser um poder individual cujo exercício requer uma atuação colegial, incluindo-se aqui o exercício do poder de obtenção de informação¹⁰⁸.

Em França, a lei não se pronuncia sobre este assunto tendo sido a jurisprudência a maior influência para o reconhecimento de um direito individual dos administradores à informação com a Sentença da Cour de Cassation, de 2-7-1985 (Cointreau). De modo que a doutrina maioritária

¹⁰⁴ MARTINS, Alexandre Soveral, *Administradores Delegados e...*, cit., pág. 83.

¹⁰⁵ Por objeto social entenda-se a “atividade económica específica a desenvolver pela sociedade que, em certas circunstâncias, permite determinar a respetiva comercialidade”, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., pág. 127

¹⁰⁶ NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cit., págs. 456-457.

¹⁰⁷ MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento...*, cit., pág. 18.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 265.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

francesa “afirma inequivocamente que a atividade dos administradores não se esgota na colegialidade do conselho”¹⁰⁹.

Não se trata de um tema especificamente discutido em Espanha, contudo, “as posições assumidas na doutrina, a propósito da responsabilidade dos administradores não delegados, deixam entrever um certo entendimento favorável àquele poder individual”¹¹⁰. Assim, entendem que os administradores não delegados possuem um poder individual e funcional aos deveres de vigilância dos administradores delegados que assumem, que lhes permita, efetivamente, cumprir o referido dever.

Em Inglaterra encontramos como regra a “não responsabilidade pelos atos dos codiretores”¹¹¹ mas também se exige dos administradores não executivos um nível mínimo de vigilância sobre os atos dos administradores delegados, que gera responsabilidade quando se prove que os não executivos foram negligentes no cumprimento do seu dever de vigilância. Neste sentido, parte da doutrina inglesa aponta que todos os administradores, sejam ou não executivos, possuem um direito de inspeção dos documentos da sociedade bem como um direito de tirar cópias dos mesmos.

No ordenamento jurídico alemão não se admite a prática de delegação ampla, mas fala-se em repartição de competências entre os vários membros do *Vorstand*, estando todos eles encarregues de um dever geral de vigilância sobre as atividades desenvolvidas pelos restantes ao qual se encontra implícito o poder de obtenção de informação sobre qualquer área de atividade da sociedade em questão¹¹².

Em relação aos administradores não executivos o professor Pedro Caetano Nunes entende que “valem as exigências do tráfico profissional para a função de vigilância”¹¹³, ou seja, exige-se um certo nível de profissionalismo que se traduz, no mínimo em “adquirir uma compreensão rudimentar sobre o modelo de negócio da sociedade, manter-se informado sobre as atividades da sociedade, ter uma presença assídua nas reuniões do conselho de administração e analisar com regularidade os relatórios financeiros.”¹¹⁴. A concretização das referidas exigências do tráfico

¹⁰⁹ MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento...*, cit., pág. 267.

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 267.

¹¹¹ *Ibidem*, cit., pág. 268.

¹¹² *Ibidem*, pág. 268.

¹¹³ NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cit., pág. 483.

¹¹⁴ *Ibidem*, cit., pág. 483.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

profissional, tal como o conceito de gestão corrente, variam em função da atividade desenvolvida pela sociedade em questão e da sua dimensão.

Consideramos conveniente sublinhar que este dever geral de vigilância se estende a todas as matérias delegadas na comissão executiva ¹¹⁵.

Em termos comparativos, podemos olhar para as funções de vigilância assumidas pelos administradores não executivos no modelo de governação societária anglo-americano, cuja “amplitude da vigilância – vigilância especial, analítica, circunstanciada – da gestão pela comissão de auditoria (art. 423.º-F) é muito superior à da vigilância geral pelos administradores delegantes (art. 407.º, n.º 8).” ¹¹⁶.

Sobre o dever de vigilância dos administradores, Pedro Caetano Nunes realça que “Reclama-se dos administradores não delegados uma particular vigilância sobre matérias financeiras.”, e acrescenta que “A correta delimitação dos fluxos de informação a instituir no interior do conselho de administração constitui um ponto nevrálgico do dever de gestão dos administradores delegantes.” ¹¹⁷.

3.2.1. O *Duty of Care*

Nos Estados Unidos da América encontramos os *Principles of Corporate Governance*, promulgados a 13 de maio de 1992 pelo *American Law Institute*, que preveem determinados modelos de conduta que se pretendem impor aos administradores. Na prática, o sistema norte americano é aquele onde encontramos a melhor definição dos deveres gerais dos administradores, também designados por *fiduciary duties* ¹¹⁸.

¹¹⁵ Neste sentido, MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento...*, pág. 280-281.

¹¹⁶ SILVA, João Calvão da, *Resp. Civil...*, cit., pág. 15.

¹¹⁷ NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cits., pág. 513.

¹¹⁸ Segundo Filipe Barreiros estamos perante *fiduciary duties* porque os administradores ou *directors* que os assumem são considerados fiduciários - aqueles que exercem uma função de confiança, tratando-se aqui a confiança existente entre o administrador e a sociedade em que este atua, BARREIROS, Filipe, *Resp. Civil dos Adm...*, pág. 39.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

Os deveres gerais dos administradores que mais se destacam no direito norte-americano são o *duty of care* e o *duty of loyalty*.

O *duty of care* ou dever de cuidado ou diligência traduz-se no dever de os administradores cumprirem diligentemente as obrigações que derivam das suas funções, ou seja, agirem de boa fé e com a diligência esperada de uma pessoa medianamente prudente quando colocada na mesma posição e circunstâncias ¹¹⁹.

Este dever dos administradores engloba quatro obrigações principais: o *duty of inquiry* ¹²⁰; o *duty to monitor* ¹²¹; dever de realizar uma *reasonable decision making process* ¹²²; e o dever de assumir uma *reasonable decision* ¹²³.

Por sua vez, o *duty of loyalty* impõe ao administrador uma atuação correta, no exclusivo interesse da sociedade e dos acionistas, quando este esteja a atuar no exercício das suas funções.

Note-se que estes deveres gerais que encontramos no direito societário norte americano influenciaram a adoção de deveres de cuidado e de lealdade em muitos outros ordenamentos jurídicos ¹²⁴.

¹¹⁹ Neste sentido, SILVA, João Soares, *A propósito de corporate governance e de direito das sociedades e dos valores mobiliários, escritos vários*, Coimbra: Almedina, 2018, pág. 29.

¹²⁰ O *duty to inquiry* consiste em apurar as informações que aparentam necessitar de ser averiguadas antes de uma tomada de decisão. Este dever “obriga o administrador a realizar uma investigação cuidada quando tome conhecimento de factos que possam causar um dano ou potencial dano à empresa”, BARREIROS, Filipe, *Resp. Civil dos Adm...*, cit., pág. 41.

¹²¹ O *duty to monitor* consiste no dever de acompanhar e vigiar a gestão bem como de controlo de informação. Consideramos tratar-se de um dever paralelo ao dever de vigilância dos administradores previsto no ordenamento português. Note-se que “A vigilância não é realizada pessoalmente, mas sim através de um sistema de vigilância de controlo da informação e de procedimentos de monitorização”, BARREIROS, Filipe, *Resp. Civil dos Adm...*, cit., pág. 41. Aponta-se como conteúdo deste dever o que sobra do dever de diligência quando a generalidade dos poderes de gestão se encontra delegada.

¹²² O dever de realizar uma *reasonable decision making process* traduz-se no dever de obter informação suficiente e razoável para que esteja habilitado a tomar uma boa decisão, no fundo, está aqui em causa a razoabilidade do *iter decional*.

¹²³ O dever de assumir uma *reasonable decision* corresponde ao dever de produzir uma decisão razoável, ponderada e equitativa, refletindo-se, aqui, sobre a razoabilidade da decisão.

¹²⁴ Deste modo, encontramos previstos hoje em Espanha, por exemplo, um dever de diligente administração e um dever de lealdade. Na Alemanha deparamo-nos com um dever geral de diligência bem como de outros deveres de direção, a par da imposição de um critério de prudência de um gestor ordenado e consciencioso. Por sua vez, o ordenamento italiano prevê um dever geral de administrar e outros deveres específicos. No Brasil encontramos deveres de diligência e de lealdade. Neste sentido, BARREIROS, Filipe, *Resp. Civil dos Adm...*, pág. 43.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

Consideramos que o dever de vigilância consagrado no ordenamento jurídico português compreende quer o *duty to monitor* quer o *duty to inquiry*, referidos a propósito do *duty of care* de origem norte-americana.

O *duty to monitor* corresponderá ao dever de vigilância dos administradores propriamente dito, resultante do artigo 407º, nº 8, do CSC, e que passa pelo controlo dos administradores não executivos sobre os executivos. A este propósito os administradores não executivos assumem o dever de controlar a evolução económico-financeira da sociedade e o desempenho de quem exerce a gestão da sociedade ¹²⁵, motivo pelo qual, para que os administradores não executivos possam cumprir o seu dever de vigilância, têm que ter acesso à informação necessária ¹²⁶, quer sejam eles mesmos a produzi-la quer a solicitem a outros. É de realçar que o administrador não executivo deve ter um conhecimento efetivo sobre a vida societária.

O *duty to inquiry* traduz-se no dever de investigação que compete ao administrador sempre que, através da informação que recolheu, este se depare com algo estranho ou suscetível de causar danos ¹²⁷.

¹²⁵ Neste sentido. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Resp. Civil...*, pág. 20.

¹²⁶ Segundo NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cit., pág. 508, “vigiar é obter informação”.

¹²⁷ Sobre este dever de investigação releva a possibilidade de os administradores não executivos, sempre que, no exercício do seu dever de vigilância, tomem conhecimento de atos ou omissões praticadas por administradores executivos, que possam causar danos à sociedade, suscitarem a intervenção do conselho de administração para que este tome as medidas adequadas, nos termos do artigo 407º, nº 8, 2ª parte.

IV. Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos

A lei portuguesa não nos diz em que poderes se desdobra o dever de vigilância geral dos administradores não executivos sobre a atividade dos administradores delegados, previsto no artigo 407º, nº 8, do CSC, contudo, Pedro Maia considera ser possível “inferir do próprio dever de vigiar que poderes lhe estão, implicitamente, associados”¹²⁸.

Esta questão aparece em termos semelhantes no ordenamento jurídico italiano, no qual a doutrina maioritária “reconhece no poder de vigilância a cargo dos administradores não delegados um poder de inspeção e um poder de informação”¹²⁹, que correspondem ao acesso a todos os documentos ou coisas da sociedade e a obter informações quer dos administradores delegados quer dos trabalhadores da sociedade. Também por lá se discute o direito de os administradores não executivos assistirem às reuniões da comissão executiva.

José Ferreira Gomes decompõe a obrigação de vigilância em três: poderes-deveres de obtenção de informação e de inspeção; dever de avaliação da informação obtida; e poderes-deveres de reação face a irregularidades detetadas¹³⁰.

O mesmo autor também entende que se pode exigir a intensificação da obrigação de vigilância dos administradores não executivos nos casos de identificação de sinais de risco ou quando se pretenda o exercício de uma fiscalização preventiva, não só através de atos de fiscalização aleatórios mas também “pela concretização do dever de leal cooperação interorgânica e endoconsilar”¹³¹.

Note-se que apenas com base na análise de cada caso concreto ficamos capacitados para determinar o conteúdo da obrigação de vigilância.

Pedro Maia esclarece que, mesmo na ausência de delegação no seio do conselho de administração, os administradores possuem, no mínimo, a liberdade para se informarem e

¹²⁸ MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento...*, cit., pág. 268.

¹²⁹ *Ibidem*, cit., pág. 269.

¹³⁰ GOMES, José Ferreira, *Da Administração...*, págs. 181-182. Também neste sentido, MARTINS, Alexandre Soveral, *Adm. delegados e...*, cit., , págs. 83-84, segundo o qual “O dever de vigiar comporta, necessariamente, o direito de vigiar e de praticar os atos que para tal forem necessários ou convenientes.”, no âmbito dos quais “terão os membros do conselho de administração de verificar documentos, de analisar as consequências da delegação na situação da sociedade, de indagar se foram respeitados os limites da delegação”.

¹³¹ GOMES, José Ferreira, *Da Administração...*, cit., págs. 228-229.

inspecionarem o que for necessário e conveniente para se prepararem para as reuniões do conselho de administração, pelo que “parece absolutamente irrecusável a existência de um poder individual dos administradores que transcende a colegialidade do conselho”¹³².

Mas o autor não se limita a confinar estes poderes individuais de inspeção e de obtenção de informação aos assuntos a abordar nas reuniões do conselho de administração¹³³, entendendo que os administradores, para o desempenho das suas funções, devem poder livre e isoladamente informar-se sobre a atividade da sociedade¹³⁴.

Alguma doutrina defende que os administradores não executivos podem participar nas reuniões da comissão executiva apontando como justificação para tal o dever geral de vigilância que assumem¹³⁵, devendo, para isso, solicitar ao presidente da comissão executiva a sua presença na reunião.

4.1. O Poder-Dever de Obtenção de Informação

Na vida societária a informação desempenha importantíssimas funções¹³⁶, daí a relevância que lhe tem vindo a ser atribuída, não só aquando da tomada de decisões por parte dos administradores e investidores, mas também a propósito da própria fiscalização¹³⁷ da sociedade

¹³² MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento...*, cit., pág. 275.

¹³³ No mesmo sentido aponta VENTURA, Raúl, *Estudos vários sobre a Sociedade Anónima: Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Reimpressão da edição de 1992. [S. l.], Almedina, 2003, págs. 543-544.

¹³⁴ MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento...*, Pág. 277.

¹³⁵ MARTINS, Alexandre Soveral, *Adm. delegados e...*, pág. 85.

¹³⁶ A este propósito, CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Soc. Com...*, cit., pág. 374, entende que “*A priori*, informação significa ter acesso a um certo conhecimento, isto é, ao conhecimento pertinente da própria vida social”.

¹³⁷ Neste sentido SILVA, João Calvão da, *Resp. Civil...*, cit., pág. 7, segundo o qual “a adequada informação relevante e tempestiva se apresenta instrumentalmente necessária e imprescindível ao exato cumprimento do dever geral de vigilância – dever de vigilância que não passa de uma espécie do género “deveres de cuidado” – que impende sobre os administradores não executivos (art. 407.º, n.º 8) conforme estatui o art. 64.º, n.º 2”.

uma vez que “só com um verdadeiro acesso à informação é possível avaliar da adequação dos documentos contabilísticos, bem como das próprias decisões tomadas pela administração”¹³⁸.

Alguma doutrina portuguesa entende que todos os administradores, sejam eles executivos ou não executivos, possuem um poder individual de obtenção de informação através do qual podem praticar atos de inspeção e pedir informações, por exemplo, junto de trabalhadores da sociedade em causa.

Segundo João Calvão da Silva, dada a responsabilidade a que estão sujeitos os administradores não executivos no caso de não cumprirem os seus deveres de vigilância sobre os executivos, “forçoso é reconhecer-se-lhes o poder-dever de se informarem e serem informados tempestiva e adequadamente sobre a atividade social, a fim de poderem cumprir, nos devidos termos, esse dever geral de vigilância que impende sobre todos e cada um deles”¹³⁹.

Mesmo nos casos de delegação de competências, o administrador não executivo mantém o referido poder individual de obtenção de informação podendo, inclusive, exigir informações junto do administrador delegado¹⁴⁰.

Do mesmo modo que considerámos o dever de vigilância como uma parcela do dever de diligente administração dos administradores, consagrado no artigo 64º, nº 1, do CSC, fazemos o mesmo em relação ao dever de obter as informações necessárias.

Através de uma análise conjugada do dever de gestão previsto no artigo 64º, nº 1 do CSC, ao qual remetemos a obrigação de diligente administração da sociedade, e da *business judgement rule*¹⁴¹ prevista no artigo 72º, nº 2, o autor José Ferreira Gomes entende que “cada administrador deve deliberar no sentido de obter a informação necessária ao cumprimento dos seus deveres”¹⁴².

¹³⁸ MARQUES, Tiago João Estêvão, *Resp. Civil dos Membros...*, cit., pág. 110.

¹³⁹ SILVA, João Calvão da, *Resp. Civil...*, cit., pág. 7.

¹⁴⁰ VENTURA, Raúl, *Estudos...*, pág. 536, segundo o qual os administradores não executivos têm poderes-deveres de obtenção de informação, bem como de vigilância sobre tudo o que se passa na sociedade. Note-se que o Ac. Do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de fevereiro de 2013, (Henrique Antunes), processo nº 894/11, reconhece o direito potestativo de informação aos administradores não executivos da sociedade, para além de sublinhar a instrumentalidade do direito à informação ao exercício de outros direitos.

¹⁴¹ A *business judgement rule* consiste num princípio de inspiração norte americana, transposto para o direito português através do artigo 72º, nº 2 do CSC, e segundo o qual o administrador que atue em termos informados, de acordo com os interesses da sociedade e “segundo critérios de racionalidade empresarial” não responde pelos danos que cause à sociedade com a violação de algum dos seus deveres legais ou contratuais.

¹⁴² GOMES, José Ferreira, *Da Administração...*, cit., pág. 185.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

O poder de obtenção de informação será, assim, um poder normativo necessário para o cumprimento de uma imposição normativa ¹⁴³.

A base legal deste poder individual será por isso a mesma que a do dever de gestão dos administradores, apesar de agora se apresentar na forma de deveres de vigilância e de obtenção de informações possibilitadoras de um controlo efetivo ¹⁴⁴.

Note-se que para fiscalizar a sociedade é necessário conhecê-la tanto numa perspetiva estática como dinâmica, ou seja, conhecê-la quer na sua dimensão institucional quer operacional.

Nos termos do artigo 407º, nº 6, do CSC, compete ao presidente da comissão executiva assegurar que é fornecida toda a informação relativa à atividade exercida pela comissão executiva e suas deliberações aos restantes membros do conselho de administração, independentemente de esta ter ou não sido solicitada, nos termos do artigo 407º, nº 6, alínea a), do CSC ¹⁴⁵.

Cabe aos administradores não executivos verificar se a informação que lhes é transmitida é ou não suficiente e pedir mais caso seja necessário. A este propósito releva a Recomendação II. 1. 8. do Código de Governo das Sociedades da CMVM segundo a qual “Os administradores que exerçam funções executivas, quando solicitados por outros membros dos órgãos sociais, devem prestar, em tempo útil e de forma adequada ao pedido, as informações por aquelas requeridas”.

No âmbito das sociedades que adotem o já referido modelo tradicional de governação societária, o artigo 422º, nº 1, alínea d), do CSC impõe ao fiscal único ou membros do conselho fiscal e ROC um dever de informar a administração, mesmo que essa informação não tenha sido solicitada, sobre as “verificações, fiscalizações e diligências que tenham feito” bem como as conclusões que retiraram destas.

O poder de obtenção de informação consubstancia-se num poder geral de acesso à informação sobre a sociedade relevante para o eficaz exercício da fiscalização ¹⁴⁶. Sendo o objeto

¹⁴³ Neste sentido, o autor TORRES, Carlos Maria Pinheiro, *O Direito à Informação nas Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 1998, cit., pág. 187, entende que “o exercício do direito à informação não se justifica como um fim em si mesmo, mas antes como instrumental e acessório do exercício de outros direitos de socialidade”.

¹⁴⁴ Segundo NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cit., pág. 508, “A tarefa de vigilância convoca a já descrita componente de obtenção de informação do dever de gestão. É certo que aqui a informação não se destina a fundamentar decisões empresariais ativas, antes visando uma tarefa passiva de prevenção de riscos.”

¹⁴⁵ O autor João Calvão da Silva identifica aqui um “dever de *reporting* individual (a todos e cada um dos membros não executivos do conselho) a ser cumprido adequada e tempestivamente”, SILVA, João Calvão da, *Resp. Civil...*, cit., pág. 7.

¹⁴⁶ Segundo o autor José Ferreira Gomes, para além de os administradores não executivos poderem solicitar quaisquer informações relativas à sociedade, também lhes deve ser reconhecido o poder para,

da fiscalização a administração da sociedade, releva lembrar que é também esta a entidade que detém a informação que servirá de base à fiscalização.

A doutrina francesa revela dificuldades na “determinação exata do conteúdo do direito dos administradores à informação”¹⁴⁷. Em Portugal, autores como Pedro Caetano Nunes entendem que “A medida de informação a obter em matéria de vigilância é igualmente determinada em função do retorno marginal da investigação”¹⁴⁸, para além de que a intensidade da vigilância exigida está dependente de diversos fatores tais como a atividade societária em questão.

4.2. O Poder-Dever de Reação

A doutrina nacional maioritária traduz este dever de reação dos administradores não executivos no dever de suscitar a intervenção do conselho de administração, quando o considerem necessário face ao risco de a sociedade vir a sofrer prejuízos.

Nos termos do artigo 407º, nº 8, do CSC, recai sobre os membros do conselho de administração o dever de provocar a intervenção do conselho de administração, através de uma reunião do referido órgão, em relação a atos ou omissões de administradores delegados.

Consideramos que este poder-dever de reação não se resume a provocar a intervenção do conselho de administração, passando também por: evitar a prática de atos danosos; manifestar

“consoante as circunstâncias, aceder diretamente a quaisquer documentos ou registos, assistir a quaisquer reuniões, bem como questionar quaisquer funcionários, órgãos sociais (...)”. Tudo isto para que eles se encontrem em condições de analisar a gestão corrente levada a cabo pelo órgão de administração e, em função dessa análise, reagir se necessário. GOMES, José Ferreira, *Da Administração...*, cit., pág. 183.

¹⁴⁷ MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento...*, cit., pág. 269.

¹⁴⁸ NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cit., pág. 508. Ou seja, os pedidos de informação devem ter em consideração os custos e benefícios que deles advém.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

discordância, através do seu direito de voto ¹⁴⁹; emitir instruções à comissão executiva; e comunicar os factos danosos de que tome conhecimento ao conselho fiscal ¹⁵⁰.

Entendemos ser instrumental ao dever de intervenção do conselho de administração o poder de avocar as matérias delegadas. Note-se que este poder de avocar consiste na capacidade para restringir, parcialmente, os poderes delegados, ou seja, decidir sobre uma matéria que por via da delegação passou a ser da competência da comissão executiva.

Alguns autores defendem que o poder de convocar a reunião do conselho de administração não é um poder individual, pelo que o administrador não executivo não pode, por si só, convocar uma reunião. Note se que, nos termos do artigo 410º, nº 1, do CSC, o conselho de administração apenas pode ser convocado pelo presidente ou por outros dois administradores em conjunto ¹⁵¹, ou seja, um administrador não executivo que não seja presidente do conselho de administração não consegue provocar a sua intervenção, individualmente, no cumprimento do seu dever de vigilância geral previsto no artigo 407º, nº 8.

A este propósito seguimos Pedro Maia, segundo o qual, nestas condições, o administrador não executivo tem poder para individual e excecionalmente, convocar o conselho de administração ¹⁵², não se aplicando o artigo 410º, nº 1, do CSC, uma vez que o artigo 407º, nº 8, aponta como objetivo “garantir uma reação do conselho que impeça ou minimize os resultados da atuação indevida dos administradores delegados”, e o pretendido, no fundo, é a proteção dos interesses dos *stakeholders* da sociedade.

Uma vez reunido o conselho de administração este pode, enquanto órgão colegial, deliberar sobre as matérias delegadas, revogar ou modificar a delegação de competências efetuada, entre outras medidas.

Parte da doutrina portuguesa entende que o administrador não executivo, não pode, no exercício das suas funções de fiscalização, intervir individualmente para tomar as medidas

¹⁴⁹ Segundo GOMES, José Ferreira, *Da Administração...*, cit., pág. 219, quando o administrador “tenha votado vencido, (deve) fazer lavrar a sua declaração de voto no prazo de 5 dias, quer no livro de atas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, quer perante notário ou conservador (art. 72.º/3).”. Para além disso, “O dever de exercício do direito de voto em sentido contrário ao prejudicial para a sociedade, segundo o nº 3 do art. 72.º, pressupõe o dever de participação na reunião do conselho onde o assunto seja discutido”, cit., pág. 221.

¹⁵⁰ NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cit., pág. 508, entende que: “A componente de vigilância do dever de gestão joga com uma imposição de intervenção, sempre que sejam detetados indícios de problemas (*red flags*)”.

¹⁵¹ MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento...*, pág. 271.

¹⁵² MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento...*, pág. 272.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

adequadas face à atuação da comissão executiva, e que quando tal seja necessário, nestas circunstâncias, compete ao conselho de administração no seu todo intervir.

Contudo, parece-nos mais correta a posição tomada pelo autor José Ferreira Gomes que defende que, “em casos de manifesta urgência, justifica-se a reação direta e preventiva de um administrador individualmente considerado”¹⁵³.

Note-se que a atuação do conselho de administração, enquanto órgão colegial sujeito à regra da maioria, pode ser demorada, o que nos leva a crer que, face à necessidade de uma reação imediata, justifica-se que os administradores não executivos tenham o poder para intervir diretamente nas matérias delegadas.

De realçar que o referido autor esclarece que essa intervenção deve “resumir-se ao mínimo indispensável a evitar o dano até à intervenção do conselho de administração e conformar a sua conduta de acordo com a ‘vontade’ real ou presumida deste sobre a questão”¹⁵⁴.

4.3. A Aplicação Analógica dos Artigos 420º e 421º do CSC aos Administradores Não Executivos

Apesar de não se tratar de uma ideia de aceitação generalizada, alguma doutrina portuguesa considera que todos os poderes referidos a propósito do conselho fiscal podem, por maioria de razão, ser exercidos por outros órgãos com poderes reforçados que desempenhem funções de controlo político, mesmo que no âmbito da administração.

De facto, considerando que o conselho de administração no modelo clássico estratificado de organização societária, enquanto órgão de supervisão, assume funções de controlo político com poderes reforçados, por oposição ao conselho fiscal ou ao fiscal único que exercem uma mera fiscalização sem poderes reforçados, justifica-se a aplicação analógica dos poderes

¹⁵³ GOMES, José Ferreira, *Da Administração...*, cit., pág. 179.

¹⁵⁴ *Ibidem*, cit., pág. 225.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

atribuídos pelos artigos 421º, 420º, nº 3 e 57º, nº 1, do CSC ao conselho fiscal, aos administradores não executivos presentes no conselho de administração ¹⁵⁵.

De acordo com o artigo 2º do CSC, na falta de previsão legal aplicação as normas destinadas a caso análogo ao examinado. O diploma em análise apenas impõe deveres aos administradores não executivos, ficando em silêncio relativamente aos poderes destes. Considerando que exercem funções de fiscalização, o caso mais próximo será o dos membros do conselho fiscal, que também desempenham funções de fiscalização e cujos poderes se encontram explicitamente consagrados na lei.

Não estamos com isto a querer dizer que as funções de vigilância assumidas pelo conselho fiscal e pelo conselho de administração são idênticas ¹⁵⁶, mas, dada a sua semelhança, consideramos se tratar de casos análogos aos quais se justifica a aplicação das mesmas normas.

Consideramos que não seria racional o legislador atribuir aos órgãos de administração um poder de obtenção de informação inferior ou mais reduzido do que o atribuído expressamente aos órgãos de fiscalização, por exemplo.

A este propósito, o autor José Ferreira Gomes entende que o artigo 421º do CSC deve ser aplicado “Na concretização dos poderes-deveres de informação e de inspeção dos administradores (a título individual)”, uma vez que, com base na “proximidade das funções de vigilância desenvolvidas, é exigida pela necessária coerência interna do sistema” ¹⁵⁷. O mesmo autor sublinha ainda que, paralelamente no ordenamento italiano, também se discute a aplicação análoga do poder para assistir às reuniões da comissão executiva, previsto no artigo 2405 do *Codice Civile* para os *sindaci*, aos administradores

Em relação às competências e poderes previstos para os membros do conselho fiscal ou fiscal único nos artigos 420º, nº 3, e 421º, nº 1, do CSC não existe qualquer tipo de dúvida de que se trata de poderes individuais uma vez que a própria lei refere em ambos que se destinam aos membros do conselho fiscal, conjunta ou separadamente, apesar de se tratar de um órgão colegial, de acordo com o artigo 423º do CSC.

¹⁵⁵ Neste sentido, MAIA, Pedro, *Função e Funcionamento...*, pág. 270.

¹⁵⁶ Segundo GOMES, José Ferreira, *Da Administração...*, pág. 170, a obrigação de vigilância dos administradores não executivos distingue-se da obrigação de vigilância do conselho fiscal pela iniciativa que cabe a cada um deles. Ou seja, o conselho fiscal nunca pode intervir diretamente na gestão corrente, substituindo o conselho de administração, por sua vez, os administradores não executivos podem intervir diretamente na gestão corrente da sociedade considerando que estes possuem uma competência concorrente com a dos administradores delegados para desenvolver a gestão corrente da sociedade, podendo, por isso, sobrepor a sua iniciativa à dos administradores delegados.

¹⁵⁷ GOMES, José Ferreira, *Da Administração...*, cits., pág. 183-184, nota nº 648.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

Defendemos, deste modo, que os administradores não executivos têm, tal como os membros do conselho fiscal, o poder para, individualmente, proceder a atos de verificação e de inspeção, nos termos do artigo 420º, n.º 3, o poder para obter da administração a apresentação, para exame ou verificação, dos livros da sociedade, conforme estipula o artigo 421º, n.º 1, alínea a), e o poder para obter informações de qualquer administrador segundo o artigo 421º, n.º 1, alínea b), do CSC¹⁵⁸,¹⁵⁹.

Tudo isto para além dos poderes individuais de que dispõem os administradores não executivos, como qualquer outro administrador, de inspeção, de obtenção de informação sobre a atividade geral da sociedade e de reação.

¹⁵⁸ A este propósito, SILVA, João Calvão da, *Resp. Civil...*, cit., pág. 6, faz referência a um “Direito-dever de informação ativa e passiva, portanto, em coerência com a obrigação de os administradores atuarem em termos devidamente informados, num *processus decisionis* razoável e segundo critérios de racionalidade empresarial (art. 72.º, n.º 2) a coenvolver poderes de inspeção, de consulta e de inquirição (veja-se o caso paralelo do conselho fiscal – art. 420.º, n.º 3 e art. 421.º, n.º 1).”.

¹⁵⁹ Também Pedro Caetano Nunes considera que “As funções de fiscalização e de supervisão implicam a atribuição de um poder individual de obtenção de informação aos membros do conselho fiscal”, NUNES, Pedro Caetano, *Dever de gestão...*, cit., pág. 244.

CONCLUSÃO

Com esta dissertação espero contribuir para o esclarecimento do tema relativo aos poderes dos administradores não executivos portugueses, pouco explorado na minha opinião, pelo legislador nacional.

Num jeito de síntese, cabe-me agora recapitular que, existindo uma delegação de competências, nos termos do artigo 407º, nº 3, do CSC, por parte do conselho de administração de uma sociedade que adote o modelo tradicional de governação societária, numa comissão executiva, os membros desse conselho de administração tornam-se administradores não executivos e ficam obrigados a desempenhar uma função de vigilância geral sobre a atuação dos administradores delegados ou executivos de acordo com o artigo 407º, nº 8.

O tipo de fiscalização levado a cabo por estes administradores não executivos não é o mesmo que o do conselho fiscal ou do fiscal único, mas reconduz-se à sua obrigação de diligente administração da sociedade, pela conjugação dos artigos 64º, nº 1, alínea a), 72º, nº 2, e 407º, nº 8, do CSC.

A doutrina nacional maioritária entende que os administradores de sociedades detêm poderes individuais de inspeção e de obtenção de informações, poderes esses que considero que os administradores não executivos também possuem.

Na verdade, considero que se pode decompor a obrigação dos administradores não executivos em poderes-deveres de obtenção de informação e de inspeção, dever de análise da informação recolhida e poder-dever de intervenção quando confrontados com alguma irregularidade no desenvolvimento das matérias delegadas, contudo, não encontramos a sua consagração na lei.

Pelo que me pergunto, afinal que poderes possuem os administradores não executivos para levar a cabo os seus deveres de vigilância? E terão eles os mesmos poderes que os membros do conselho fiscal ou que o fiscal único?

Note-se que o conselho de administração, relativamente às matérias delegadas, e em termos funcionais, não consiste num órgão de mera fiscalização como acontece com o conselho fiscal. É um órgão de supervisão, com poderes reforçados de controlo político dados os seus poderes para designar e destituir os administradores executivos, através da sua competência para delegar a gestão corrente bem como para revogar essa delegação, e para participar na gestão

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

societária, uma vez que determinadas iniciativas dos administradores executivos carecem da sua aprovação.

Assim, por maioria de razão, considero que todos os poderes atribuídos aos membros do conselho fiscal pelos artigos 420º, nº 3, 421º e 57º, nº 1, do CSC, são aplicáveis, por analogia, ao conselho de administração no modelo tradicional estratificado.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de

- *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*. Cadernos do IDET, nº 5. Coimbra: Almedina, 2010.
- (coord.). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Volume VI. Instituto de Direitos das Empresas e do Trabalho. [S. l.], Almedina, 2013.
- (coord.) [et al.]. *Estudos de Direito das Sociedades*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2005.
- *Governação das Sociedades Comerciais*, 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2010.
- Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social, *In: Reformas do Código das Sociedades*. Colóquios do IDET, nº 3, AA.VV. Coimbra: Almedina, 2007. Págs. 15-47.

BARREIROS, Filipe

- *Responsabilidade Civil dos Administradores: os Deveres Gerais e a Corporate Governance*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CÂMARA, Paulo

- Os modelos de governo das sociedades anónimas. *In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [et al.] - Reformas do Código das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2007. Colóquios do IDET, nº 3. Págs. 179-242.
- (coord.) *A Governação de Sociedades Anónimas nos Sistemas Jurídicos Lusófonos*. Governance Lab. [S. l.] Almedina, 2013.

CÂMARA, Paulo.; DIAS, Gabriela F.

- O governo das sociedades anónimas. *In: O Governo das Organizações - A vocação universal do corporate governance*. Governance Lab. [S. l.], Almedina, 2011. Capítulo II.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

CMVM

- *Governo das Sociedades Anónimas: Proposta de alteração ao Código das Sociedades Comerciais* (Processo de Consulta Pública nº 1/2006). [Consult. 8 fev. 2019]. Disponível na Internet: <

URL:http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/Documents/386be55a90fb4af5b225d6d5aedb32d4proposta_alter_csc.pdf >.

- *Código de Governo das Sociedades da CMVM* (Recomendações). 2013. (Revogado). [Consult. 8 fev. 2019]. Disponível na Internet: <

URL:<https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/Documents/4.%20Novo%20C%C3%B3digo%20Gov.%20Soc.%20CMVM.pdf> >.

COMISSÃO EUROPEIA

- *Recomendação 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*. 15 de fevereiro de 2005 (2005/162/CE). [Consult. 4 dez. 2018]. Disponível na Internet: <

URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005H0162&from=PT> >.

CORDEIRO, António Menezes

- *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*. Lisboa: LEX-Edições Jurídicas, 1997.

- *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (Artigo 64º/1 do CSC)*. ROA. Ano 66. Vol. II (set. 2006). [Consult. 10 fev. 2019]. Disponível na Internet: < URL:<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades/> >.

CORREIA, Luís Brito

- *Os Administradores de Sociedades Anónimas*. Coimbra: Almedina, 1993.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

COSTA, Carlos Batista da

- *A fiscalização das sociedades em Portugal, antecedentes históricos e legislação vigente*. [S. l.], Associação Portuguesa de Contabilistas.

CUNHA, Paulo Olavo

- *Direito das Sociedades Comerciais*. 6ª edição. [S.l.], Almedina, 2016.

DIAS, Gabriela Figueiredo

- *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

- A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [et al.] - *Reformas do Código das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2007. Colóquios do IDET, nº 3. Págs. 277-334.

DRAGO, Diogo

- *O Poder de Informação dos Sócios nas Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2009.

DUARTE, Rui Pinto

- *Escritos sobre direito das sociedades*. [S. l.], Coimbra Editora, 2008.

IPCG

- *Código de Governo das Sociedades do IPCG*. 2018. [Consult. 12 fev. 2019]. Disponível na Internet:<URL:[https://cgov.pt/images/ficheiros/2018/codigo de governo das sociedades ipcg_vf.pdf](https://cgov.pt/images/ficheiros/2018/codigo_de_governo_das_sociedades_ipcg_vf.pdf)>.

GOMES, José Ferreira

- *Da Administração à Fiscalização das Sociedades, a obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*. Reimpressão. [S. l.], Almedina, 2017.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

MAIA, Pedro

- *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*. Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. *Studia Iurica* 62. [S. l.], Coimbra Editora, 2002.

MARQUES, Tiago João Estêvão

- *Responsabilidade civil dos membros de órgão de fiscalização das Sociedades Anónimas*. [S. l.], Almedina, 2009.

MARTINS, Alexandre Soveral

- *Os administradores delegados das sociedades anónimas, algumas considerações*. Coimbra: Fora do Texto, 1998.

- *Administradores delegados e Comissões Executivas, algumas considerações*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2011.

- Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de [et al.] - *Reformas do Código das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2007. Colóquios do IDET, nº 3, págs. 243-276.

NUNES, Pedro Caetano

- *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*. [S. l.], Almedina, 2012.

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

- *Os modelos de governo das sociedades anónimas - Os poderes-deveres dos non-executive directors*, In: *Direito das Sociedades em Revista, IV Congresso*. [S. l.] Almedina, 2016, págs. 51-77

SERENS, Manuel Nogueira

- *Notas sobre a Sociedade Anónima*. Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra. *Studia Iurica* 14. 2ª edição. [S. l.], Coimbra Editora, 1997.

- *Administradores de Sociedades Anónimas*. Coimbra: Almedina, 2012.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de Governação Societária

SILVA, João Calvão

- Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão. ROA. Ano 67. Vol. I (Jan. 2007). [Consult. 10 mar. 2019]. Disponível na Internet: < [URL:https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/joao-calvao-da-silva-responsabilidade-civil-dos-administradores-nao-executivos-da-comissao-de-auditoria-e-do-conselho-geral-e-de-supervisao/](https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/joao-calvao-da-silva-responsabilidade-civil-dos-administradores-nao-executivos-da-comissao-de-auditoria-e-do-conselho-geral-e-de-supervisao/) >.

SILVA, João Soares

- *A propósito de corporate governance e de direito das sociedades e dos valores mobiliários, escritos vários.* (Coleção MLGTS). Coimbra: Almedina, 2018.

TORRES, Carlos Maria Pinheiro

- *O Direito à Informação nas Sociedades Comerciais.* Coimbra: Almedina, 1998.

TRIUNFANTE, Armando Manuel

- *Código das Sociedades Comerciais Anotado.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

VASQUES, José

- *Estruturas e conflitos de poderes nas sociedades anónimas.* [S. l.], Coimbra Editora, 2007.

VENTURA, Raúl

- *Estudos vários sobre a Sociedade Anónima: Comentário ao Código das Sociedades Comerciais.* Reimpressão da edição de 1992. [S. l.], Almedina, 2003.
- *Novos Estudos Sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Coletivo: comentário ao CSC.* Coimbra: Almedina, 1994.

Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos no Modelo Tradicional de
Governação Societária

VENTURA, Raúl; CORREIA, Luís B.

- *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas: estudo comparativo do direito alemão, francês, italiano e português. In: separata do BMJ n°s 192, 193, 194 e 195. Lisboa: [s.n.], 1970.*

ÍNDICE

Siglas e Abreviaturas	4
Introdução ao Tema	5
I. A Fiscalização da Sociedade	7
1.1. Evolução Histórica da Fiscalização das Sociedades Anónimas Portuguesas.....	7
1.2. A Fiscalização das Sociedades Anónimas no Modelo Tradicional.....	12
1.3. Competências e Poderes do Conselho Fiscal e do Fiscal Único – os artigos 420º e 421º do CSC.....	17
II. A Administração da Sociedade	21
2.1. O Conselho de Administração.....	21
2.1.1. Distinção Entre Fiscalização e Supervisão.....	24
2.2. A Delegação de Competências numa Comissão Executiva	27
2.3. Administradores Não Executivos, Quem São?	30
III. Os Deveres dos Administradores	33
3.1. Os Deveres Fundamentais dos Administradores – o artigo 64º do CSC.....	33
3.2. O Poder-Dever de Vigilância dos Administradores Não Executivos.....	38
3.2.1. O <i>Duty of Care</i>	42
IV. Os Poderes de Controlo dos Administradores Não Executivos	45
4.1. O Poder-Dever de Obtenção de Informação	46
4.2. O Poder-Dever de Reação.....	49
4.3. A Aplicação Analógica dos Artigos 420º e 421º do CSC aos Administradores Não Executivos.....	51
Conclusão	54
Bibliografia	56
Índice	62