

**GOVERNO DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS:
PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO AO CÓDIGO DAS
SOCIEDADES COMERCIAIS**

PROCESSO DE CONSULTA PÚBLICA N.º 1/2006

**CMVM
JANEIRO 2006**

ÍNDICE

§ 1.º Apresentação do processo de consulta

- | | |
|-------------------------|---|
| 1. Objecto da consulta | 5 |
| 2. Processo da consulta | 5 |

CAPÍTULO I **TEMAS GERAIS**

§ 2.º Introdução

- | | |
|--|---|
| 3. As razões da reforma | 7 |
| 4. Linhas de fundo da reforma e indicação da sequência | 7 |

§ 3.º A necessidade de reforço da função de fiscalização nas sociedades anónimas

- | | |
|--|----|
| 5. Razão de ordem; a desactualização legislativa | 10 |
| 6. O défice de eficácia do sistema de fiscalização | 11 |
| 7. A erosão funcional | 11 |

§ 4.º Ampliação dos modelos de governação opcionais

- | | |
|---|----|
| 8. Vantagens da permissão alternativa de um terceiro modelo | 12 |
|---|----|

§ 5.º Transposição da Oitava Directiva comunitária

- | | |
|---|----|
| 9. Segregação entre fiscalização e revisão de contas: âmbito de aplicação e âmbito de transposição da Directiva | 13 |
| 10. O regime das pequenas sociedades anónimas: balanço crítico | 15 |

§ 6.º Conteúdo dos deveres dos administradores e dos titulares de órgãos de fiscalização

- | | |
|--|----|
| 11. Explicitação dos deveres de lealdade | 15 |
|--|----|

§ 7.º Responsabilidade civil dos administradores

12.	A administração de facto	16
13.	<i>A business judgement rule</i>	17
14.	Da responsabilidade dos administradores não executivos	18
15.	Caução da responsabilidade e seguro de responsabilidade (<i>D & O Insurance</i>) em relação a administradores de sociedades cotadas	19

§ 8.º Sociedade da informação e governo das sociedades anónimas

16.	Vectores de mudança	20
17.	Enunciação das medidas propostas	21
18.	Eliminação do dever das sociedades abertas de publicação integral de contas em Diário da República	23
19.	Medidas complementares	23

§ 9.º O regime privado do Estado enquanto accionista

20.	Colocação do problema	24
21.	Apreciação das normas em particular	25

CAPÍTULO II

O MODELO LATINO

§ 10.º Propostas normativas respeitantes ao aperfeiçoamento do modelo latino

22.	Sistematização, sub-modelos e terminologia	27
23.	Composição quantitativa do conselho fiscal	27
24.	Composição qualitativa do conselho fiscal	29
25.	Actualização do conceito de independência	30
26.	Contratação de peritos e apoio do secretário	30

CAPÍTULO III

O MODELO ANGLO-SAXÓNICO

§ 11.º Propostas normativas respeitantes à consagração do sistema anglo-saxónico

27.	Caracterização geral	34
28.	Composição e designação dos membros da comissão de auditoria	34
29.	Remuneração e destituição	35
30.	Exercício da actividade fiscalizadora da comissão de auditoria	36

CAPÍTULO IV
O MODELO DUALISTA (GERMÂNICO)

§ 12.º Propostas normativas respeitantes ao aperfeiçoamento do modelo dualista

31.	Razão de ordem	38
32.	Redenominação do órgão executivo	39
33.	Composição do conselho executivo	40
34.	Designação e destituição	41
35.	Exercício de outras actividades por membros do conselho executivo	43
36.	Remuneração	43
37.	Nomeação e destituição do presidente do conselho executivo	43
38.	Relações do conselho executivo com o conselho geral	44
39.	Outros aspectos do regime do conselho executivo; as normas remissivas	44
40.	Composição do conselho geral	45
41.	Designação do presidente do conselho geral	47
42.	Substituição de membros do conselho geral	47
43.	Remuneração	47
44.	Competências do conselho geral; em especial, a aprovação das contas	48
45.	Criação de comissões	49
46.	Outros aspectos do regime do conselho geral; normas remissivas	50
47.	Revisor oficial de contas	50

§ 1.º Apresentação do processo de consulta

1. Objecto da consulta

A CMVM, em colaboração com o Ministério das Finanças e da Administração Pública e com o Ministério da Justiça, sujeita à consulta pública um conjunto de propostas normativas preliminares dirigidas à alteração do Código das Sociedades Comerciais.

O envolvimento da CMVM nesta ante-proposta de revisão do Código das Sociedades Comerciais filia-se no trabalho que tem desenvolvido na área do governo das sociedades, confinando-se estas propostas a aspectos atinentes a esta problemática. Como é sabido, desde há quase uma década a CMVM tem revelado um envolvimento activo nos *fora* internacionais que mais têm debatido estes temas – o *Steering Group on Corporate Governance* da OCDE, o *Expert Group on Company Law* e outras instâncias da União Europeia e a IOSCO. Em grande parte em resultado deste envolvimento internacional, a Comissão tem liderado a discussão interna sobre problemas de governo das sociedades, impulsionando o primeiro texto recomendatório sobre a matéria, e levando a cabo sucessivos processos de actualização do mesmo, que mereceram sempre intenso debate público. A Comissão tem também desenvolvido intensos contactos com participantes do mercado e associações privadas, e tem realizado estudos e preparado documentos pré-legislativos no âmbito do governo das sociedades, em particular no que concerne à estrutura de fiscalização. Assim, entende-se estarem reunidas condições para a apresentação de ante-propostas legislativas nesta área.

Reitere-se tratar-se de uma iniciativa realizada em colaboração com o Governo, em particular com o Ministério das Finanças e da Administração Pública e com o Ministério da Justiça, que têm a responsabilidade última das decisões legislativas neste campo.

2. O processo da consulta

Um código constitui sempre um elemento estruturante num sistema jurídico, comunicando valores e originando consequências aplicativas de longo alcance. Por isso, a sua revisão supõe estudo, ponderação e participação pública. Em atenção a este último motivo, torna-se desejável que o processo de reforma que este texto visa iniciar seja amplamente participado. Por este motivo, este processo dirige-se a todas as empresas, não apenas as cotadas em mercado, aos demais agentes económicos, aos gestores e aos juristas, aos académicos, e à sociedade civil em geral.

As respostas ao presente documento de consulta devem ser submetidas à CMVM até ao dia 13 de Fevereiro.

Em resposta à presente consulta, os interessados devem reportar-se às propostas formuladas ao longo da análise realizada. Comentários sobre aspectos não tratados no presente documento relacionados com o enquadramento legislativo do governo das sociedades são igualmente bem-vindos.

A CMVM organizará ainda uma sessão pública de esclarecimento sobre as propostas contidas neste documento, no dia 6 de Fevereiro próximo, conforme será oportunamente divulgado.

Na linha da sua política de transparência, a CMVM propõe-se divulgar no seu sítio da Internet os contributos recebidos no âmbito desta consulta. Caso o respondente se oponha à referida divulgação, deve comunicá-lo expressamente no contributo a enviar.

CAPÍTULO I: TEMAS GERAIS

§ 2.º Introdução

3. As razões da reforma

O regime português quanto à estrutura de administração e de fiscalização de sociedades anónimas encontra-se há muito carecida de uma revisão profunda.

São múltiplas as razões que fundamentam a necessidade de uma reforma. Para uma primeira apresentação, adiantam-se desde já três razões de fundo. De um lado, volvidos quase vinte anos desde a aprovação do Código das Sociedades Comerciais, este texto legislativo não foi ainda objecto de uma verdadeira reponderação global desde a sua aprovação. As múltiplas alterações societárias que o diploma sofreu foram, as mais das vezes, motivadas por razões formais ou sectoriais ou pela necessidade de transposição de Directivas. Sucede também que as diversas intervenções legislativas mantiveram quase intocadas as regras sobre organização e direcção das sociedades anónimas. Embora a estabilidade de enunciados normativos constitua um elemento positivo em si, ela não deve ser absolutizada, sob pena de conduzir a uma indesejável petrificação das leis, o que no caso particular do direito das sociedades pode acarretar resultados perniciosos para o tecido empresarial e para a economia em geral.

Além disso, o diploma pode beneficiar de alguma da reflexão produzida, em termos internacionais, a propósito do tema do governo das sociedades – a qual, de resto, deu já origem a diversas iniciativas legislativas, seja no âmbito do direito comunitário derivado, seja no âmbito de ordenamentos jurídicos estrangeiros. Entre nós, a reflexão sobre governo societário apenas tem motivado directamente intervenções regulamentares e recomendatórias: há que complementá-lo com ajustamentos ao nível legislativo. Tal permitiria que o Código das Sociedades fosse melhor apetrechado como elemento de captação da constituição de empresas em Portugal. Parece, nomeadamente, importante que a legislação societária facilite a fixação do capital nacional e a atracção de empresas multinacionais com presença em mercados bolsistas estrangeiros, mantendo o mesmo figurino organizativo.

Por último, este diploma deve sofrer modificações necessárias em função da revisão à Oitava Directiva de Direito das Sociedades, no tocante à estrutura de fiscalização de sociedades. Em casos especialmente previstos, este texto normativo obriga à existência de um órgão social ou de uma comissão constituída dentro do órgão de administração que nomeadamente fiscalize o processo de preparação e divulgação de documentos financeiros e que fiscalize a independência dos revisores oficiais de contas. Uma vez que as alterações que esta directiva comunitária impõe não são de pormenor, vale certamente a pena integrá-las numa reflexão mais ampla e profunda.

4. Linhas de fundo da reforma e indicação da sequência

Se, como anunciado, se procura uma reformulação global e coerente do regime do governo das sociedades anónimas em Portugal, importa preliminarmente dar conta das linhas orientadoras essenciais do trabalho a desenvolver. Os objectivos visados com estas propostas são os abaixo assinalados:

a. Promover a competitividade das empresas portuguesas, permitindo o seu alinhamento com modelos organizativos avançados. Esta proposta de revisão assenta no pressuposto de que o afinamento das práticas de governo das sociedades serve de modo directo a competitividade das empresas nacionais. Esse o primeiro objectivo de fundo que se visa prosseguir, em prol de uma maior transparência e eficiência das sociedades anónimas portuguesas. Ao encetar este caminho, Portugal colocar-se-ia a par dos sistemas jurídicos europeus mais avançados no plano do direito das sociedades – cumprindo salientar o Reino Unido, a Alemanha e a Itália -, os quais têm identicamente orientado reformas legislativas com base nestes pressupostos.

b. Ampliação da autonomia societária, designadamente através da abertura do leque de opções quanto a soluções de governação. O Direito das sociedades é Direito privado – determinado, como tal, pelo princípio da autonomia privada. E a autonomia privada postula, de entre as suas concretizações principais, a liberdade de escolha do modelo de governação – vertente essa que deve ser aprofundada nesta proposta de reforma. Em 1986, o Código das Sociedades deu um importante sinal de abertura, ao disponibilizar dois modelos possíveis de estruturação do governo societário. Impõe-se agora dar continuidade a este regime, proporcionando três modelos de organização da administração e da fiscalização igualmente credíveis, somando aos dois figurinos possíveis a possibilidade de se optar por um terceiro modelo de organização, típico das sociedades anglo-saxónicas, que compreende a existência obrigatória de uma comissão de auditoria dentro do órgão de administração. Além disso, mesmo de cada modelo típico de governação, impõe-se uma ampliação de normas permissivas, em reforço da margem de escolha de soluções de governação. Os dados comunitários corroboram esta orientação: não é indiferente referir, a este propósito, que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Justiça em sede de livre estabelecimento de sociedades (v.g. acórdãos Centros, Überseeing, Inspire Art) tem encorajado movimentos migratórios de constituição de sociedades, em direcção a sistemas jurídicos mais flexíveis. Este cenário de concorrência legislativa constitui uma oportunidade para que os Estados europeus com legislações societárias mais ágeis - mesmo os pequenos Estados, como nos Estados Unidos sucedeu com Delaware - atraiam a constituição de sociedades (i.e. a criação de riqueza) para dentro das suas fronteiras geográficas.

c. Eliminar distorções injustificadas entre modelos de governação. Cada modelo de governação oferece características próprias, que se ligam nomeadamente ao contexto histórico em que surgem e às necessidades funcionais a que visa responder. Sucede que em Portugal o modelo dualista, além de denotar especificidades, sofre de enviesamentos que o tornaram quase inaplicado nas sociedades portuguesas. Dado que os modelos de governação não constituem fórmulas organizativas imutáveis, procurou-se eliminar tais elementos de distorção de modo a que a liberdade de escolha de modelo de governo

societário seja efectiva – embora mantendo a proibição de combinações de elementos típicos de modelos distintos (*cherry-picking*) nos órgãos de existência obrigatória.

d. Aproveitar os textos comunitários concluídos com relevo directo sobre a questão dos modelos de governação e direcção de sociedades anónimas. Na Europa, sobretudo na sequência do Plano de Acção sobre Direito das Sociedades aprovado pela Comissão Europeia em 21 de Maio de 2003, foram iniciadas diversas medidas normativas relacionadas com o governo das sociedades. Sem preocupações de exaustividade, merece destacar a revisão de alguns textos comunitários fundamentais – de um lado, a Oitava Directiva e, de outro lado, a 4.^a e a 7.^a Directivas de Direito das Sociedades – a que acresce a Recomendação da Comissão Europeia n.º 2005/162/CE, de 15 de Fevereiro de 2005, sobre o Papel dos Administradores Não-Executivos¹ e a Recomendação da Comissão Europeia n.º 2004/913/CE, de 14 de Dezembro de 2004, sobre a Remuneração dos Administradores². Outros instrumentos comunitários recentes apresentam implicações em matéria de governo das sociedades – tais como a Directiva n.º 2004/25/CE, sobre ofertas públicas de aquisição e o Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro e a Directiva n.º 2001/86/CE, sobre sociedades anónimas europeias (transposta para Portugal através do DL n.º 2/2005, de 4 de Janeiro). Merece, por último, mencionar a Proposta de Directiva sobre Direitos dos Accionistas, recentemente apresentada, que por se tratar de um texto provisório, privativo de sociedades cotadas, não será aqui tida em conta. Estes diplomas documentam, em conjunto, a importância actual dos tópicos ligados ao governo das sociedades, obrigando à sua consideração como elementos de um sistema que deve ser unitário e coerente, enquanto tema de primeira linha no plano das preocupações de política legislativa relacionadas com o direito das sociedades anónimas.

e. Atender às especificidades das pequenas sociedades anónimas. O regime nacional sobre fiscalização de sociedades anónimas tem negligenciado o relevo da dimensão das sociedades fiscalizadas, o que é em alguma medida dissonante com as indicações comunitárias, em particular provindas da 4.^a Directiva sobre Direito das sociedades. Propõe-se que tal seja submetido a uma modificação, dada a condenação generalizada das soluções de governação que desconsiderem a dimensão das sociedades (*one size fits all*), antes se buscando uma diferenciação de regimes entre pequenas sociedades anónimas e grandes sociedades anónimas;

f. Aproveitar as novas tecnologias da sociedade da informação em benefício do funcionamento dos órgãos sociais e dos mecanismos de comunicação entre os sócios e as sociedades. O Código das Sociedades Comerciais foi preparado e aprovado em época anterior à popularização dos computadores pessoais e da Internet, e merece por isso ser actualizado em atenção aos novos dados tecnológicos. A tecnologia representa um aliado importante ao governo das sociedades. Novos modos de comunicar informação e de realizar reuniões de órgãos sociais devem ser objecto de normas permissivas, desde que a segurança e acessibilidade das novas técnicas seja assegurada pela sociedade.

¹ JO L 52, 25.2.2005, 51-59.

² JO L 358, 29.12.2004, 55-59.

O propósito desta intervenção, ainda assim, é contido, incidindo apenas em termos fragmentários sobre os aspectos mencionados. Designadamente, regimes particulares sobre fiscalização, como é caso do referente às sociedades de capitais públicos (DL n.º 26-A/96, de 27 de Março) não são aqui abordados.

Embora reconhecendo que a abordagem do governo das sociedades tem aptidões em relação a qualquer modelo organizativo, limita-se esta reflexão ao âmbito específico das sociedades anónimas, onde reconhecidamente o tema mostra maior acuidade. Não se visa, assim, uma re-fundação do Código das Sociedades Comerciais, ou uma revisão integral do diploma, tarefa que exorbita do objectivo do presente trabalho.

Para dar cumprimento ao exposto, o presente relatório inicia-se com o tratamento dos temas gerais (§ 1.º e Capítulo I), para nos três capítulos seguintes se debruçar sobre cada um dos modelos de governação possíveis. Como é timbre em documentos desta natureza, *brevitatis causa*, as indicações de direito comparado são reduzidas e as referências doutrinárias e jurisprudenciais são integralmente suprimidas.

§ 3.º A necessidade de reforço da função de fiscalização nas sociedades anónimas

5. Razão de ordem; a desactualização legislativa

O regime actual sobre a fiscalização das sociedades anónimas padece actualmente de três problemas, que aconselham a sua revisão: a desactualização; o défice de eficiência; e a erosão funcional.

Quanto ao primeiro, interessa referir que a disciplina hoje vigente foi pensada em larga parte há mais de três décadas. A título de exemplo, o regime de incompatibilidades dos titulares do conselho fiscal representa um legado do Decreto 49.381, de 15 de Novembro de 1969. Além disso, em 1986 adoptou-se a possibilidade de consagração do modelo germânico, mas de modo cristalizado – sem ter em conta que o regime alemão entretanto evoluiu bastante, em particular nos anos mais recentes.

Outro elemento a determinar a necessidade de uma reformulação do regime da fiscalização societária é o da recente aprovação de uma revisão da Oitava Directiva comunitária sobre Direito das Sociedades. Relativamente às entidades de interesse público, este diploma comunitário prevê a existência de um órgão societário, composto pelo menos por um membro independente com conhecimentos em contabilidade ou auditoria, que tenha por funções: fiscalizar o processo de relato financeiro; fiscalizar a eficácia dos sistemas de controlo interno, de auditoria interna e de gestão de risco; fiscalizar a revisão legal de contas; apreciar e fiscalizar a independência do revisor oficial de contas (art. 39.º). Aos Estados-membros é assinalada uma ampla margem de manobra na determinação em concreto do que são, designadamente para este efeito, entidades de interesse público – embora aí devam caber, forçosamente, as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado. O texto explicita que o critério da dimensão das sociedades pode ser utilizado para diferenciar estas entidades de interesse público.

Há consequências relevantes que devem ser retidas a partir desta recente Directiva comunitária. Acima de tudo, sobreleva a ideia de que o sistema de fiscalização de

sociedades “importantes” não pode assentar apenas num revisor oficial de contas – devendo haver actores societários qualificados a fiscalizar o seu trabalho e a sua independência. Demais, do texto resulta haver outras funções que devem ser cometidas ao órgão de fiscalização, além das relacionadas com a preparação dos documentos de contas. Por último, a Directiva confere algum espaço de manobra na transposição, admitindo sistemas diversos que atinjam resultados equivalentes e relegando para os Estados-membros a decisão concreta do âmbito subjectivo de aplicação. O impacto destas indicações não pode ser descurado. O sistema nacional de fiscalização deve, em globo, ser repensado.

6. O défice de eficácia do sistema de fiscalização

Em Portugal, uma vez que os titulares do órgão de fiscalização são, tal como os titulares do órgão de administração, designados pela assembleia geral, são na prática os accionistas de referência a escolher quem os irá fiscalizar. Deste defeito genético resulta o que a literatura económica designa um problema de agência – dado haver um risco de familiaridade entre fiscalizadores e fiscalizados, por serem, afinal, os “agentes” a vigiar os “principais”. Os incentivos para uma fiscalização eficaz são, deste ponto de vista, diminuídos.

Além disso, deixando de lado o revisor oficial de contas, repara-se que o catálogo de incompatibilidades respeitantes à função de fiscalização não assegura, por si, a independência do titular – na moderna acepção do termo, enquanto não ligação a grupos de interesses específicos da sociedade.

O aludido défice de eficácia acentua-se porque a lei é lacunosa em diversos aspectos essenciais relacionados com a função de fiscalização das sociedades anónimas, a saber:

- Deveres de informação dos administradores executivos perante titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização;
- Contratação de peritos por titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização;
- Apoio do secretário aos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização, nomeadamente referente à informação sobre deliberações do conselho de administração ou da comissão executiva;
- Exercício da supervisão sobre a independência do auditor e processo da sua selecção.

O silêncio da lei quanto a estes aspectos não significa, naturalmente, que a sua estipulação pactícia seja proibida entre nós. Mas o que na realidade tem sucedido é que, na prática, também em virtude destas omissões legislativas, a função de fiscalização tem, em geral, perdido vigor. Estes temas serão retomados à frente, no contexto das propostas a apresentar para cada modelo organizativo da administração e fiscalização.

7. A erosão funcional

Uma importante Recomendação comunitária sobre independência dos auditores aprovada pela Comissão Europeia, em 16 de Maio de 2002, prescreve directamente que uma pessoa que esteja numa posição susceptível de influenciar o resultado da revisão legal de contas não deverá pertencer a qualquer órgão de fiscalização de um cliente de uma revisão de contas.

Sucedem que o sistema português se encontra em oposição com esta indicação, já que o órgão de fiscalização (conselho fiscal ou conselho geral) está concebido para fiscalizar sobretudo a administração, não tendo como função a de fiscalizar o auditor. Demais, permite-se que o auditor da sociedade pertença ao conselho fiscal ou à mesma rede deste, existindo ainda a possibilidade de o órgão de fiscalização ser composto por um fiscal único. A conjugação destes factores – possibilidade de fiscal único e de coincidência entre o fiscal único e o auditor – conduz a um tendencial esvaziamento de facto do conselho fiscal enquanto órgão societário de fiscalização, reduzindo-o na prática a um órgão de revisão de contas.

Pode falar-se aqui, com propriedade, de erosão de funções, na medida em que há muitas outras competências do conselho fiscal que não respeitam à revisão de contas (*inter alia*, convocatória de assembleias gerais (art. 377.º, n.º 1), divulgação ou arguição de invalidade de deliberações (arts. 57.º e 59.º), parecer sobre negócios entre partes relacionadas (art. 397.º)). Nas sociedades que envolvam fiscal único, muitas competências do órgão de fiscalização quedam-se, nestes termos, claramente subaproveitadas.

§ 4.º Ampliação dos modelos de governação opcionais

8. Vantagens da permissão alternativa de um terceiro modelo

O Código das Sociedades Comerciais permitiu que as sociedades anónimas escolhessem de entre dois modelos possíveis de estruturação do governo societário: o modelo que compreende conselho de administração e conselho fiscal; e o que inclui direcção, conselho geral e revisor oficial de contas.

Impõe-se agora dar continuidade a esse sinal de abertura, proporcionando três modelos de organização da administração e da fiscalização igualmente credíveis, e somando aos dois figurinos possíveis a possibilidade de se optar por um modelo de organização típico das sociedades anglo-saxónicas, que compreende a existência obrigatória de uma comissão de auditoria dentro do órgão de administração. Convém acrescentar que reformas legislativas com a mesma orientação genérica de flexibilização dos modelos de governação foram em tempos recentes desenvolvidas, com êxito, em França e em Itália.

Tal permitiria atingir duas finalidades principais. De um lado, as sociedades nacionais que tenham as suas acções admitidas à cotação em mercados estrangeiros passariam a poder livremente seguir modelos de governo aí vigentes, evitando incorrerem em antinomias normativas entre a lei portuguesa e leis estrangeiras e afastando duplicações de estruturas orgânicas. De outro lado, a permissão de um novo modelo organizativo facilitaria a atracção de sociedades estrangeiras que quisessem constituir em Portugal sociedades dominadas com o mesmo figurino organizativo da empresa-mãe.

Daqui resultariam os seguintes três modelos possíveis, a escolher alternativamente por cada sociedade:

- Modelo latino, composto por conselho de administração e conselho fiscal;
- Modelo anglo-saxónico, incluindo conselho de administração, comissão de auditoria e revisor oficial de contas; e

- Modelo dualista, postulando a existência de conselho executivo³, conselho geral e revisor oficial de contas.

Como veremos adiante, o modelo latino, por seu turno, compreende uma variante, quando implica uma separação entre as funções de revisão de contas para ROC autónomo que não seja membro do conselho fiscal – passando a compreender conselho de administração, conselho fiscal e ROC⁴. Por isso deve ser recusada a sua designação como modelo monista.

Esta proposta de alargamento de modelos assenta na ideia de que qualquer modelo de governação pode ser igualmente eficiente e que é importante conferir uma ampla margem de autonomia estatutária na escolha dos modelos de governação que melhor se adaptem às idiossincrasias de cada sociedade. Em termos técnicos, trata-se de uma solução que se filia na primazia concedida à abordagem *funcional* no contexto da reflexão sobre as melhores estruturas de governação societária.

Propõe-se, porém, a manutenção de uma regra estrita de *numerus clausus* de modelos organizativos, dentro da lógica imanente ao Código das Sociedades: é permitida a criação de comissões e estruturas organizativas adicionais, mas não pode utilizar-se combinações de elementos típicos de modelos distintos (*cherry-picking*) nos órgãos de existência obrigatória.

§ 5.º Transposição da Oitava Directiva comunitária

9. Segregação entre fiscalização e revisão de contas: âmbito de aplicação e âmbito de transposição da Directiva

A revisão à Oitava Directiva comunitária sobre Direito das Sociedades, aprovada em finais de 2005 e que aguarda publicação no Jornal Oficial, contém diversas regras jurídicas atinentes ao estatuto dos auditores e à sua supervisão, e alberga ainda um preceito sobre a fiscalização das sociedades anónimas (art. 39.º), nos termos já atrás referenciados⁵. O presente documento apenas reflecte sobre esta última disposição, entendendo que esta reclama, por si, uma reflexão aturada e que goza de autonomia suficiente para ser objecto de transposição separada para o direito interno português.

A técnica da nova Directiva é a de recortar um conceito de entidade de interesse público, no qual cabem as sociedades emittentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, as instituições de crédito e as empresas seguradoras – embora esta categoria, na transposição a efectuar por cada Estado-membro, possa ser objecto de um alargamento a outras entidades, designadamente em face da sua dimensão. Porém, em virtude de uma acesa discussão na parte final das negociações entre a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu, a solução final acabou por fazer incidir apenas sobre as sociedades cotadas. Apenas, em relação a estas, a regra da Directiva quanto à fiscalização é injuntiva; quanto às demais entidades de interesse público tal aplicação é facultativa.

Essa solução quanto ao regime de fiscalização, recordemo-lo, implica a existência de um órgão societário, composto pelo menos por um membro independente com

³ Sobre esta terminologia, cfr. *infra*, 31.

⁴ Cfr. *infra*, 9.

⁵ Cfr. *supra*, 5.

conhecimentos em contabilidade ou auditoria, adstrito às seguintes funções: fiscalização do processo de relato financeiro; fiscalização da eficácia dos sistemas de controlo interno, de auditoria interna e de gestão de risco; fiscalização da revisão de contas; apreciação e fiscalização da independência do revisor oficial de contas. O texto comunitário admite uma liberdade na conformação concreta do modelo de governação que cada Estado-membro quiser escolher, desde que o resultado seja funcionalmente equivalente ao pretendido pela Directiva.

O texto comunitário obriga a uma segregação entre a função de fiscalização e a revisão de contas. Com efeito, a fiscalização da revisão de contas e da independência do revisor apenas é possível se o próprio revisor não fizer parte do órgão fiscalizador, sob pena de auto-revisão (*self-review*). Nesse sentido, aliás, já se pronunciara a anterior Recomendação da Comissão Europeia de Maio de 2002, já citada⁶.

A segregação entre as funções de fiscalização e as funções de revisão de contas é assegurada à partida nos modelos anglo-saxónico, que se propõe que seja incluído⁷, e dualista. A fiscalização é assegurada pela comissão de auditoria ou conselho geral, consoante os casos, e a revisão de contas está confiada ao profissional do sector.

O problema situa-se quanto ao modelo latino tradicional de fiscalização, dado que actualmente o conselho fiscal inclui necessariamente um revisor oficial de contas, que na prática procede à revisão das contas da sociedade, emitindo a correspondente certificação legal de contas. O panorama agrava-se, como referido⁸, dado que em Portugal se permite que o único membro do órgão de fiscalização seja o revisor oficial de contas, o que empobrece notavelmente a função de fiscalização, reduzindo-a a uma mera revisão de contas.

Percebe-se, assim, que a revisão da Oitava Directiva comunitária obriga a uma reformulação do regime do Código das Sociedades Comerciais, forçando a que o revisor oficial de contas que procede à certificação dos documentos financeiros da sociedade não faça parte do seu conselho fiscal. Por outras palavras, neste modelo de governação, a directiva implica a coexistência de dois órgãos: o conselho fiscal e o revisor oficial de contas, compostos por pessoas distintas.

Do ponto de vista da política legislativa, a questão mais importante que esta conclusão coloca é a definição do âmbito subjectivo desta necessária reformulação orgânica. Ela atingirá, pelo menos, as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado. Uma solução minimalista envolveria por isso uma modificação da estrutura orgânica de fiscalização limitada às sociedades cotadas.

No entanto, convém deixar claro que esta regra comunitária consubstancia a solução de vanguarda e que por isso o âmbito de transposição da Directiva deve ser mais alargado do que o respectivo âmbito mínimo de aplicação. Prudentemente, claro – porquanto estendê-la, sem mais, a todas as sociedades anónimas provocaria um aumento de custos que poderia ser excessivo e não compensar os benefícios em relação às pequenas sociedades.

No entanto, sabe-se que as vantagens de uma fiscalização efectiva e de uma governação eficiente não são privativas das sociedades cotadas. A título de exemplo, a notação de risco das sociedades que recorrem ao financiamento bancário atende crescentemente à

⁶ Cfr. *supra*, 7.

⁷ Cfr. *supra*, § 4.º, 8..

⁸ Cfr. *supra*, 7.

eficácia da respectiva fiscalização. Além disso, os grandes escândalos contabilísticos do início do século (Enron, Worldcom, Parmalat) documentam a elevada danosidade de ilícitos que podem ser propiciados por deficiências de fiscalização societária. Por isso, em sociedades de grande dimensão, o acolhimento da solução comunitária revela-se ajustado, ao servir para superar as deficiências do actual sistema de fiscalização. É uma conclusão que se deixa sublinhada, e que melhor se entenderá à luz da análise do ponto seguinte.

10. O regime das pequenas sociedades anónimas: balanço crítico

O normativo nacional sobre fiscalização das sociedades anónimas não confere relevo à dimensão das sociedades, contrariamente ao que sucede nas sociedades por quotas – em que a exigência de órgão de fiscalização apenas se aplica a sociedades de maior dimensão (art. 262.º).

É certo que nas sociedades com capital mais reduzido (a saber: inferior a 200.000 euros), o que indicia – mas não assegura – uma menor dimensão societária, se permite a existência de administrador único. Todavia, já a permissão de fiscal único não atende à dimensão da sociedade, valendo para todas as sociedades anónimas que adoptem o modelo latino. Em consequência desta ampla permissão, muitas grandes sociedades cotadas, bancos e seguradoras têm o seu sistema de fiscalização confiado a um fiscal único.

Dos traços do regime descrito, emergem duas conclusões que podem afigurar-se paradoxais. A primeira é a de que uma empresa pequena não está sujeita a certificação legal de contas se escolher a forma de sociedade por quotas; mas passa a estar sujeita a esse dever se adoptar a forma de sociedade anónima. A segunda é de que uma sociedade anónima de grande dimensão não pode ter um administrador único mas pode ter um fiscal único.

A isto soma-se o facto de os critérios de dimensão serem diferentes nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas – utilizando aquelas os referenciais decorrentes da 4.ª Directiva comunitária, ao passo que esta se pauta pelo critério do capital social.

Esta indistinção entre grandes e pequenas sociedades anónimas não é satisfatória, ao desaproveitar o regime distinto plasmado na 4.ª Directiva comunitária, que apenas exige certificação legal de contas para sociedades de maior dimensão. No mais, alheia-se do movimento internacional de tratamento diferenciado das pequenas sociedades anónimas. Trata-se de um traço do regime que deve ser revisto, ao menos através do estabelecimento de uma obrigação de as sociedades de grande dimensão serem dotadas do regime de fiscalização reforçada (conselho fiscal e ROC). Retoma-se o tema adiante⁹.

§ 6.º Conteúdo dos deveres dos administradores e dos titulares de órgãos de fiscalização

11. Explicitação dos deveres de lealdade

Para um sã governo das sociedades, mostra-se prioritária a definição clara do que são as funções de cada actor societário, de modo a possibilitar que a correspondente actuação

⁹ Cfr. *infra*, 23.

seja sindicável, de acordo com os mecanismos próprios de cada modelo. O ponto oferece particular interesse em relação aos titulares dos órgãos de administração e de fiscalização, relativamente aos quais deve haver uma cuidadosa densificação dos deveres que devem ser acautelados no seu exercício profissional.

Aceita-se, aliás, que uma parcela desta densificação normativa ocorra por via de códigos de boa conduta, de natureza recomendatória, que têm maior agilidade para lidar com aspectos de pormenor ou com traços menos permanentes das funções societárias. No entanto, parece ser igualmente pacífico que a lei deve recortar um núcleo mínimo dos deveres dos administradores e dos titulares dos órgãos de fiscalização, não só para fornecer modelos de decisão claros mas também para permitir a efectivação aplicativa de previsões normativas decorrentes do incumprimento dos deveres societários.

Merece, neste contexto, proceder a uma explicitação dos deveres de lealdade dos administradores, dado que o regime nacional apenas refere, em termos gerais, a subordinação a critérios de diligência (art. 64.º). Com efeito, os deveres de diligência (*duties of care*) – que se reportam, genericamente, ao desenvolvimento de um esforço adequado (designadamente informativo) e a uma correcção técnica da actuação dos administradores, segundo critérios de racionalidade económica – devem ser complementados pela explícita alusão aos deveres de lealdade dos administradores. Estes, ao invés, são deveres emergentes da gestão da propriedade corporativa, com ressonância ética, e comportam concretizações ao nível da actuação de cada administrador no interesse da sociedade e dos sócios, não podendo estes interesses ser postergados em benefício de interesse pessoal do administrador. Os deveres de lealdade implicam plúrimas derivações, algumas já consagradas positivamente, tal como o dever de não concorrência (art. 398.º, n.º 3 CSC) ou de actuação leal em caso de OPA (art. 181.º, n.º 2 d) CVM), mas outras ainda sem directa consagração, tal como o dever de segredo ou o dever de não aproveitamento de oportunidades societárias (*corporate opportunities*).

Outra vertente não curada directamente pela lei diz respeito aos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização, impondo-se a clarificação de que estes devem pautar a sua actuação por critérios de elevada diligência profissional e de lealdade. O art. 64.º oferece a sede adequada para o efeito.

Entende-se que as propostas acabadas de descrever não constituem deveres novos a cargo dos titulares dos órgãos sociais, antes visam explicitar deveres preexistentes – contribuindo dessa maneira, de um lado, para uma compreensão mais nítida do papel de cada actor societário, reforçando a responsabilização (*accountability*) de cada um, e, de outro lado, para facilitar as decisões judiciais que venham a ser proferidas neste âmbito.

§ 7.º Responsabilidade civil dos administradores

12. A administração de facto

Outra problemática que foi analisada prendeu-se com o regime de responsabilidade dos administradores por conduta danosa. Não se ponderou todo o sistema legal, mas somente alguns pontos que se entenderam mais relevantes.

Uma primeira questão que mereceu apreciação referiu-se à eventual necessidade de consagração, entre nós, da responsabilidade pela administração de facto. Isto é, se deverá ser tido como administrador, designadamente para efeitos de responsabilidade, quem

exerce efectivamente o papel de administrador, mas não reúne título bastante. Como é sabido, trata-se de figura consagrada a diversos propósitos entre nós: o administrador de facto está actualmente previsto no artigo 227º, n.º 5, do Código Penal, no artigo 24º, n.º 1, da Lei Geral Tributária, a propósito da responsabilidade subsidiária fiscal, e nos artigos 49.º, n.º 2, alínea c), 82º, n.º 2, alínea a), e 186.º, n.º 1, 2 e 3 do Código da Insolvência.

É também uma figura consagrada nos diversos domínios no Direito Comparado. Quanto à sua consagração no domínio societário, atente-se no exemplo anglo-saxónico, sublinhado agora na Reforma do Direito Societário que corre termos no Reino Unido. Sublinhe-se também a consagração legal em 2003 de previsão expressa da responsabilidade do administrador de facto, na lei das sociedades anónimas espanhola.

Por estes motivos, é necessário averiguar da necessidade da sua consagração entre nós, para efeitos da responsabilidade civil do *shadow director*.

Retenha-se, preliminarmente, que o Código das Sociedades Comerciais reúne já um acervo considerável de normas que podem responder, e respondem, a diversas situações para as quais se desenvolveu inicialmente a doutrina do administrador de facto no Direito societário. Atente-se no disposto no artigo 80º do Código, que disciplina a responsabilidade de outros sujeitos a quem foram confiadas funções de administração. Depois, atenda-se à responsabilidade solidária do sócio, nos termos do artigo 83º, ou do sócio único, nos termos do artigo 84º. Paradigmática é a responsabilidade da sociedade subordinante ou absolutamente dominante, nos termos dos artigos 501º e 491º, respectivamente.

Por outro lado, também não é certo que o conceito de administrador de facto não possa já ser tido por pertinente no âmbito dos preceitos relativos à responsabilidade civil dos administradores, constantes dos artigos 72º e seguintes do Código. De facto, um adequado uso da metodologia jurídica poderá permitir justamente essa possibilidade. Caberá à doutrina e à jurisprudência explorá-lo ou negá-lo.

Aliás, o próprio legislador já terá antecipado essa possibilidade no artigo 82.º, n.º 2, alínea a), do Código da Insolvência. Aí se atribui legitimidade activa ao administrador da insolvência para propor acções de responsabilidade civil, em favor do devedor, contra o administrador de direito ou de facto da insolvente. Tratando-se de sociedades, os pressupostos da responsabilidade civil aferir-se-ão justamente nos termos gerais de aferição da responsabilidade dos administradores no Código das Sociedades Comerciais. Tal significa que implicitamente se considerou já aplicáveis ao administrador de facto as normas relativas ao administrador dito de direito.

Se somarmos a estes motivos a exiguidade de discussão nacional, na literatura e jurisprudência, sobre o tema, consolida-se a conclusão de que não devem suscitar-se modificações nesta matéria.

13. A *business judgement rule*

Qualquer reforma legislativa actual sobre a posição jurídica do administrador deve implicar uma tomada de posição sobre a consagração da chamada *business judgement rule*, de inspiração norte-americana. Como é sabido, estabelece-se aí uma presunção de licitude da conduta em favor dos administradores. Desde que reunidos certos pressupostos, designadamente a ausência de conflito de interesses e um adequado esforço informativo, o juiz abster-se-á de aferir do mérito da actuação do administrador. Visa-se,

assim potenciar (ou não restringir) o sentido empresarial e empreendedor de actuação dos administradores.

Diga-se também que esta regra tem chamado crescentemente a atenção em reformas societárias realizadas em sistemas jurídicos do tipo continental. Designadamente, a *Aktiengesetz* alemã foi recentemente alterada, consagrando expressamente uma norma nesse sentido (§ 93 1 I).

No âmbito da utilidade do seu aproveitamento para o ordenamento português, a apreciação da *business judgment rule* é diferente consoante consideremos a presunção de licitude ou a descrição dos elementos que servem para a sua ilisão.

Quanto ao primeiro elemento, considera-se que a consagração no direito português de uma presunção de licitude da actuação do administrador implicaria uma fractura sistemática no nosso sistema de imputação de danos, com consequências práticas indesejáveis. Com efeito, deve dizer-se que o regime actualmente constante dos artigos 72.º e seguintes do Código – onde pontua uma presunção de actuação culposa dos titulares do órgão de administração, em caso de dano provocado por ilícito que lhe seja imputável - está em coerência com o ordenamento geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico português, designadamente do constante do Código Civil. Em segundo lugar, não se verificam em Portugal os pressupostos que suscitaram a criação dessa regra nos Estados Unidos. Aqui ela serviu de freio ao excesso de litigância nesta sede - justamente, por esse motivo, quis-se preservar o espírito de iniciativa dos administradores no exercício do seu cargo. Ora, não se verifica em Portugal esse excesso de litigância, pelo que falta à partida esse pressuposto. Aliás, não existe tal excesso e, antes pelo contrário, existirá um défice de ocorrências jurisprudenciais nesta área, significando um subaproveitamento dos dispositivos nacionais sobre reparação de danos causados por administradores. Nestes termos, a consagração de uma norma presuntiva da actuação lícita dos administradores correria o risco de agravar o já existente défice de sentenças condenatórias nesta matéria.

De modo contrário deve ser valorada a densificação dos elementos relevantes para o afastamento da responsabilidade do administrador. A sua inclusão no art. 72.º enquadrar-se-ia como complemento da cláusula geral sobre responsabilidade dos administradores já vigente entre nós, na senda do que era sustentado por alguma jurisprudência. Tal contribuiria para uma densificação dos deveres dos titulares dos órgãos de administração (no sentido de uma actuação profissional e informada, livre de interesses pessoais) e facilita o escrutínio judicial em caso de danos produzidos por actuações ilícitas dos administradores, evitando que o tribunal realize uma apreciação de mérito em matérias de gestão, para o que reconhecidamente não está preparado. Por outro lado, esta solução implicaria um tratamento mais justo para os administradores não executivos, em particular os independentes – o que se perceberá melhor à luz da análise feita no ponto seguinte.

14. Da responsabilidade dos administradores não executivos

Actualmente, os titulares dos órgãos de administração respondem nos termos dos artigos 72.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais perante a sociedade, os sócios, os credores e outros terceiros. A responsabilidade desses titulares é solidária, existindo

direito de regresso na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advierem. As culpas das pessoas responsáveis presumem-se iguais.

Os titulares dos órgãos de fiscalização respondem nos termos correspectivamente aplicáveis, segundo o disposto no artigo 73.º, n.º 1, que remete para as normas acabadas de referir. Por fim, os membros do órgão de fiscalização respondem solidariamente com os titulares dos órgãos de administração, quando o dano não se teria produzido se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização.

Esta diferença de regimes entre a responsabilidade dos titulares do órgão de administração e de fiscalização justifica-se, porém, em virtude das funções assinaladas a cada um. Se tanto uns como outros têm competências de fiscalização, ainda que não necessariamente nos mesmos moldes, somente os primeiros têm de facto o estatuto de administradores, gozando dos respectivos poderes-deveres. Nomeadamente, participam e deliberam nas reuniões do (seu) órgão de administração. Têm, portanto, uma importantíssima função de participação na administração da sociedade.

Diversamente, nas concretas funções atribuídas e desempenhadas pelo sujeito deverá atentar-se nas relações internas, para efeitos de direito de regresso. Assim, por exemplo, um administrador não executivo, que tenha cumprido as suas funções de fiscalização ou quando não lhe competia fiscalizar esse acto, não deverá arcar com um acto de um administrador executivo, praticado ao abrigo de uma delegação de poderes. Essa a solução que já decorre actualmente da lei, nos termos da primeira parte do n.º 2 do artigo 73.º.

Este quadro não impõe, pois, uma reformulação normativa, designadamente em alteração do regime de responsabilidade dos administradores não executivos. A reforçar o exposto, atente-se na nova redacção da 4.ª Directiva comunitária, que preclui qualquer modificação ao regime de responsabilidade solidária da administração:

Member States shall ensure that the members of the administrative, management or supervisory bodies of the company have collectively the duty to ensure that the annual accounts, the annual report, and, when provided separately, the corporate governance statement pursuant to Article 46a of this Directive are drawn up and published in accordance with the requirements of this Directive and, where applicable, in accordance with the international accounting standards as adopted in accordance with Regulation (EC) N° 1606/2002 of the European Parliament and of the Council. Such bodies shall act within the competences assigned to them by national law.

Sugere-se, assim, que se deixe intocada também esta vertente da disciplina portuguesa, acabada de referir. O equilíbrio da solução daqui resultante reside igualmente na proposta de consagração parcial da regra da *business judgment rule*¹⁰, que se aplica aos administradores e não aos membros de órgãos de fiscalização. Tal corrige o cenário assimétrico de partida atrás apontado, quanto ao correspondente regime de imputação de danos, e incentiva o exercício independente e informado da posição dos administradores não executivos, afastando nestas situações o risco da responsabilidade.

15. Caução da responsabilidade e seguro de responsabilidade (D & O Insurance) em relação a administradores de sociedades cotadas

Actualmente, os administradores de sociedades anónimas devem prestar uma caução a garantir eventuais responsabilidades para com terceiros e para com a sociedade. O

¹⁰ Cfr. *supra*, 13.

montante mínimo desta caução é de 5.000 euros. Trata-se de uma verba que hoje se mostra claramente desajustada, designadamente em comparação com as cauções reclamadas aos auditores. A elevação deste montante - pelo menos em sociedades cotadas na bolsa –facilitaria a reparação de danos em relação a eventuais lesados por condutas ilícitas dos administradores, significando com isso um acréscimo de sindicabilidade por parte de accionistas e de outros sujeitos com interesses relevantes na empresa.

A lei também refere que a caução pode ser substituída por contrato de seguro celebrado a favor da sociedade, a qual, de resto, não pode suportar os respectivos encargos senão na quota de responsabilidade que vá além do mínimo exigido por lei. Resulta, pois, do texto legal que o seguro se destina a reparar unicamente os danos provocados pelo administrador à sociedade. Ora, remanesce uma área importante de potenciais pretensões indemnizatórias não coberta por estes seguros, *maxime* a da responsabilidade perante os accionistas. Interessaria corrigir esta previsão de modo a estimular os seguros de responsabilidade dos administradores (*D & O Insurance*), que tão intensa utilização têm merecido no estrangeiro. Estes, recorde-se, oferecem a vantagem de mitigar o risco pessoal do património do administrador, eliminando desincentivos à atracção de gestores talentosos.

§ 8.º Sociedade da informação e governo das sociedades anónimas

16. Vectores de mudança

De entre as actualizações legislativas de que se mostra carecido o Código das Sociedades Comerciais, é imprescindível salientar as relacionadas com a evolução tecnológica, em geral, e com a utilização da Internet, em particular.

Com efeito, é reconhecido que os modernos meios de comunicação electrónica permitem potenciar a eficiência de funcionamento dos órgãos sociais e a troca de informação entre os seus titulares e os accionistas. Como ilustração, refira-se que os Princípios da OCDE sobre Governo das Sociedades estabelecem uma ligação directa entre o uso das novas tecnologias no exercício do direito de voto e as sãs práticas de governo das sociedades. O mesmo foi confirmado pelo Grupo de Alto Nível de Direito das Sociedades, em relatório sobre política legislativa no âmbito do direito societário dirigido à Comissão Europeia.

O Código dos Valores Mobiliários já confere amplo tratamento a esta nova realidade, quer na imposição de um sistema de difusão de informação pública relacionada com o mercado de valores mobiliários (art. 367.º), na previsão de voto por correspondência (que pode ser correspondência electrónica) em sociedades abertas (art. 24.º), na imposição de deveres de divulgação no sítio do emitente ou do intermediário financeiro (arts. 12.º-C, 140.º, 244.º) quer ainda na fixação de um conceito moderno de forma escrita (art. 4.º).

Estes avanços, todavia, não se mostram suficientes, porquanto há indicações que devem ser estabelecidas, com carácter geral, em relação ao regime comum das sociedades anónimas.

Tal permitirá atingir finalidades significativas: estimular a circulação de informação relacionada com as sociedades, em aproveitamento pleno das novas tecnologias; abolir desvantagens relacionadas com a participação de accionistas que residam longe da sede da sociedade; e contrariar a apatia no exercício do voto, em particular por parte desses accionistas. Percebe-se, em suma, que o aproveitamento de novas tecnologias serve o

duplo objectivo de estimular o exercício de direitos sociais e facilitar o investimento por accionistas estrangeiros, dada a composição internacional do quadro accionista de muitas sociedades anónimas. Estes constituem, naturalmente, desideratos que favorecem o tecido empresarial em geral, não sendo privativos das sociedades anónimas admitidas à negociação em mercado regulamentado.

A estratégia legislativa aqui proposta para alcançar aqueles objectivos implica sobretudo o estabelecimento de uma abordagem permissiva, não impondo deveres – para não resultar em accionistas info-excluídos ou em imposições para as sociedades tidas como onerosas em vista dos benefícios em concreto obtidos. Reforça-se, deste modo, a autonomia estatutária, designadamente confiando às sociedades o grau de utilização das novas tecnologias na actividade societária e o estabelecimento de mecanismos que possam salvaguardar a autenticidade das declarações emitidas. Além disso, aproveita-se o ensejo para o esclarecimento de pontos que se poderiam mostrar de solução duvidosa à luz do direito vigente.

17. Enunciação das medidas propostas

O primeiro passo que deve ser dado é o da consagração, a título geral, de um conceito de forma escrita que abarque não apenas informação com suporte em papel, mas também que permita que este seja substituído por outro suporte com níveis adequados de inteligibilidade, durabilidade e autenticidade. Assim se consegue minimizar o número de preceitos modificados, em benefício de um maior apuro formal do código. De outra banda, a inclusão de uma norma com este teor permitirá, *inter alia*, o uso do correio electrónico para o requerimento de informação aos accionistas por escrito e respectiva resposta (art. 291.º), para o requerimento de inclusão de assuntos na ordem do dia (art. 378.º) ou para o envio de instrumentos de representação em assembleia geral (art. 380.º n.º 2), posto que as condições atrás referidas estejam cumpridas. Além disso, fica, nos mesmos termos, facilitada a assinatura das contas através de assinatura electrónica (art. 65.º, n.º 3).

Um dos maiores constrangimentos actualmente existentes prende-se com a circunstância de o exercício do direito à informação dos accionistas, para detentores de menos de 10 % do capital social, obrigar à deslocação física à sede da sociedade. Trata-se de uma solução que penaliza os accionistas que habitem longe da sede, seja em território nacional, seja sobretudo no estrangeiro. Para obviar a tais inconvenientes, mostra-se importante admitir o envio da informação (que está disponível na sede) através de correio electrónico ou a sua disponibilização no sítio da sociedade na Internet, se os estatutos da sociedade não o proibirem. Os estatutos podem ainda prever que o acesso a essa informação seja filtrado através de código de segurança.

Uma ponderação entre custos e benefícios resulta não ser necessária a cominação de um dever de todas as sociedades anónimas manterem um sítio na Internet. Porém, propõe-se que os estatutos possam prever que a informação preparatória das assembleias gerais esteja também disponível no sítio da sociedade na Internet, se não for proibido pelos estatutos.

Além disso, propõe-se a abolição do dever de publicação de informação societária em jornal por parte das sociedades anónimas. A solução actual, implicando um privilégio da imprensa regional subjacente à redacção originária do n.º 2 do art. 167.º, constitui uma

significativa fonte de custos e tem criado dificuldades de monta no acesso à informação por parte dos respectivos interessados. Entende-se ser suficiente a solução recentemente acolhida no n.º 1 do artigo 167.º, através de alteração promovida pelo DL n.º 111/2005, de 8 de Julho, prevendo as publicações obrigatórias em sítio da Internet de acesso público.

A forma da comunicação da convocatória para assembleia geral consiste num anúncio que actualmente é sujeito a publicação ou, em alternativa, comunicado através de carta registada. Ora, considera-se que tal comunicação pode ser igualmente feita através de correio electrónico, em sociedades com o capital social representado através de acções nominativas. Neste caso parece adequado reservar essa hipótese para as comunicações dirigidas a accionistas que previamente comuniquem à sociedade consentirem na utilização daquele meio comunicativo.

Outra novidade que importa contemplar é a possibilidade de realização de assembleias através de meios telemáticos (assembleias virtuais). Aqui se inclui não apenas as assembleias em que seja permitido aos accionistas assistir à distância como igualmente as assembleias que dispensem totalmente de um local físico de reunião e permitam a participação (i.e., a interacção) de qualquer accionista através de vídeo-conferência, conferência telefónica ou meios telemáticos equivalentes. Para tal, deve haver uma manifestação de vontade clara por parte da sociedade, através de autorização estatutária, e a prestação de consentimento pelos seus accionistas, de modo a que esta forma de realização de assembleias seja meio de favorecer a inclusão, e não a exclusão de accionistas. A tal junta-se a exigência de segurança nas comunicações e de autenticidade das declarações, a acautelar pela sociedade. As propostas enunciadas nesta sede estão, aliás, alinhadas com o que prevê a recente Proposta de Directiva comunitária sobre Direito dos Accionistas, que visa permitir a realização de reuniões das assembleias gerais através de meios electrónicos (art. 8.º).

Considerou-se desnecessário consagrar a permissão de realização de reuniões de outros órgãos sociais através de meios telemáticos, dado que em relação ao órgão de administração e de fiscalização não se exige actualmente a reunião física dos membros, sendo já prática em algumas sociedades a realização de reuniões através de vídeo-conferência ou de conferência telefónica.

Nas assembleias gerais que impliquem presença física dos accionistas, interessa esclarecer a admissibilidade de voto por correspondência, aliás na sequência do que já dispõe o Código dos Valores Mobiliários, no tocante às sociedades abertas (art. 22.º CVM). Contrariamente ao disposto neste diploma, propõe-se que na lei societária não se exija injuntivamente a possibilidade de voto por correspondência em matérias nucleares, confiando também aqui na autonomia estatutária. Se a sociedade escolher, através de previsão estatutária, autorizar o voto por correspondência, seguem-se algumas consequências já previstas em especial para as sociedades abertas: a convocatória deve reflectir essa possibilidade de exercício de voto à distância e a sociedade deve verificar a autenticidade e acautelar a confidencialidade do conteúdo das declarações de voto transmitidas.

Deve aproveitar-se para tornar claro que o voto por correspondência não preclui a inclusão de novas propostas para deliberação na assembleia. Porém, se os estatutos não proibirem o voto por correspondência, as sociedades devem formular a escolha de entre um de dois modelos possíveis: podem, de um lado, considerar que os votos assim

emitidos valem como votos negativos em relação a propostas de deliberação ulteriormente apresentadas; ou, ao invés, para as sociedades que considerem, na linha do que por vezes se sustenta na literatura, que aquela solução resulta num défice democrático da assembleia (dado que o accionista vota sem ter conhecimento de todas as propostas), faculta-se a possibilidade alternativa de emissão do voto por correspondência até a um número limitado de dias após a realização da assembleia, relegando igualmente para momento posterior o cômputo definitivo dos votos pela mesa da assembleia.

18. Eliminação do dever das sociedades abertas de publicação integral de contas em Diário da República

Ocorre recordar, neste contexto, que as sociedades com o capital aberto pelo investimento do público devem proceder a uma publicação integral dos seus documentos de prestação de contas (anuais – segundo a opinião dominante) no Diário da República. À data da sua aprovação – 1986 – esta solução fazia sentido, porquanto facultava aos accionistas das sociedades abertas uma protecção informativa mais intensa, dispensando a sua deslocação à Conservatória do Registo Comercial, onde os documentos e prestação de contas são arquivados. Actualmente, tal solução é totalmente desajustada em relação às sociedades emittentes de acções actualmente negociadas em mercado regulamentado, atenta a dose de informação que deve ser divulgada ao mercado por virtude do Código dos Valores Mobiliários e sobretudo tendo em conta as virtudes das novas tecnologias postas ao serviço dos investidores. Destaca-se o facto de que estas sociedades estão forçadas a divulgar através do seu sítio da Internet e do sítio da CMVM a informação financeira anual, semestral e trimestral (Regulamento da CMVM n.º 7/2001 e art. 362.º CVM). Soma-se que os custos inerentes a esta publicação são em média de 100.000 €, pelo que a supressão desta desnecessária exigência constituiria, ademais, um aligeiramento significativo de encargos para as sociedades.

19. Medidas complementares

Para o seu melhor aproveitamento em ordem a alcançar os objectivos atrás indicados, estas propostas devem ser complementadas com medidas de outra natureza. A um tempo, devem ser acompanhadas com a transposição da alteração à 1.ª Directiva de Direito das Sociedades, que acautelar a imprescindível modernização do registo comercial. A outro tempo, seria desejável a criação de um fórum electrónico público que permitisse a troca de informação entre accionistas de sociedades anónimas portuguesas, a divulgação gratuita de documentos relacionados com a sociedade (propostas de assuntos a apreciar na assembleia geral, documentos de solicitação de procurações) ou que, de modo geral, estimulasse o activismo accionista sem custos de comunicação entre titulares de participações sociais. A Alemanha criou este ano um sistema deste tipo (www.aktionuersforum.de ; www.ebundsanzeiger.de), em termos que podem constituir uma importante fonte de inspiração para o contexto português.

§ 9.º O regime privado do Estado enquanto accionista

20. Colocação do problema

Cuidou-se de analisar identicamente os dispositivos do Código das Sociedades Comerciais que implicam um regime de excepção do Estado enquanto accionista.

Preliminarmente, impõe-se reconhecer que tal estatuto cria um entorse sistemático no Direito das Sociedades português. Com efeito, este ramo do Direito é de Direito Privado, que se assume, como tal, através do princípio de igualdade dos intervenientes. Encarando este princípio de uma perspectiva formal, facilmente se justificaria o regime de excepção do Estado. Dado que obviamente a natureza do Estado é diversa da natureza dos sujeitos privados. No entanto, é adquirido que aquele princípio deve ser tomado na sua acepção material. Há que distinguir o accionista Estado dos outros accionistas de direito comum quando haja razões substanciais para tanto, quando os interesses e valores subjacentes o justifiquem. Portanto, a manutenção das discriminações positivas do Estado somente se deverão manter quando se divisem tais fundamentos materiais.

De seguida, note-se que os pressupostos de facto em que se fundavam originariamente muitas das opções tomadas no Código não se mantêm hoje em dia. O contexto sócio-económico nacional e mundial é hoje em grande medida diverso, atento o crescente processo de globalização e a nítida consolidação do processo de integração comunitária. Refira-se também que a Comissão Europeia tem expressado repetidamente as suas preocupações quanto às prerrogativas dos Estados-Membros enquanto accionistas, nas diversas ordens jurídicas. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades sobre *golden shares* tem considerado contrários às normas do Tratado os direitos especiais que sejam discricionários ou que não sejam necessários e proporcionais em relação ao objectivo público a prosseguir - cfr. nomeadamente casos C-483/99, C-503/99 e C-367/98, este último dirigido contra o Estado português. Embora não analisando as normas do Código das Sociedades Comerciais, daqui resultam indicações importantes que devem ser tidas em conta neste contexto. Também o Grupo Europeu de Alto Nível de Direito das Sociedades tem sustentado que, salvo em circunstâncias excepcionais, o Estado não deve condicionar o processo decisório além do que corresponde à medida de influência directamente devida pela fatia de participação social detida.

Em coerência com estas ideias, assim se expressou, por exemplo, o legislador comunitário no Considerando (20) da Directiva das Ofertas Públicas de Aquisição, onde se enfatiza que “os direitos especiais em sociedades na titularidade dos Estados-Membros deverão ser analisados no quadro da livre circulação de capitais e das disposições aplicáveis ao Tratado”. Tenha-se, por fim, em conta que a tendência no âmbito dos Estados-Membros tem sido justamente a supressão, mesmo por sua iniciativa, das suas prerrogativas nas sociedades de Direito Privado.

Também os muitos estudos levados a cabo nos diversos países, em sede de governo das sociedades, e intervenções supra-estatais têm sustentado a supressão de tais prerrogativas estatais, designadamente por contrariarem a lógica de livre concorrência e por implicarem perdas de eficiência para as empresas. Merecem ser destacadas, neste contexto, as emblemáticas Orientações da OCDE sobre Governo de Empresas Privatizadas (*Guidelines on the Corporate Governance of State-Owned Assets*, de 2005), que postulam uma separação cuidadosa da função do Estado enquanto proprietário e enquanto legislador (I.A) e sublinham a essencialidade do princípio de igualdade de tratamento dos accionistas (III.A).

Traçado este pano de fundo, cabe, pois, indagar, norma a norma, se a manutenção dessas prerrogativas se justifica ou se seria anacrônica. Trata-se de um esforço a realizar não só, como agora, em sede deste Código, mas também em sede da numerosa legislação extravagante, no futuro.

21. Apreciação das normas em particular

Em primeiro lugar, cabe examinar a disposição que excepciona o Estado das limitações ao exercício do direito de voto eventualmente previstas no contrato social, nos termos do art. 384.º. Tratou-se aqui historicamente de uma forma de o Estado manter o seu domínio em sociedades suas participadas. Conforme referido, o contexto sócio-económico e político é hoje diverso. Estes *voting caps* têm suscitado, aliás, crescente atenção e censura por parte da Comissão Europeia. Depois, sistematicamente, a norma não excepciona uma regra geral (a cada acção corresponde um voto, nos termos do n.º 1), mas excepciona uma norma já de si especial (n.º 2, alínea b)). Portanto, impõe-se uma revogação da prerrogativa do Estado nesta matéria.

Em segundo lugar, verifica-se que um administrador que tenha sido nomeado pelo Estado ou entidade a ele equiparada por lei para este efeito não pode, nos termos gerais, ser destituído por deliberação da assembleia geral, haja ou não justa causa. Quando muito poderá a assembleia manifestar a sua discordância, aquando da apreciação anual da sociedade, devendo a deliberação ser transmitida pelo presidente da mesa ao ministro competente. Assim o determinam os arts. 403.º, n.º 4, e 455.º, n.º 2.

No entanto, também aqui não se divisa o fundamento para tanto, atentos os problemas de eficiência organizativa que da norma podem derivar. Naturalmente se há-de perguntar por que não consagrar uma solução intermédia, no sentido de permitir somente a destituição de administrador nomeado pelo Estado quando ocorra justa causa. Contudo, a consequência da destituição sem justa causa resume-se, entre nós, aos efeitos indemnizatórios. Doutro modo e dada a morosidade da justiça portuguesa, proporcionar-se-ia o protelamento insustentável de situações de incerteza. Aliás, a lei portuguesa difere aqui claramente da lei alemã (para o sistema dualista), por exemplo, que limita a eficácia da destituição sem justa causa até à decisão judicial que declare a inexistência de justa causa. Por essa razão, opta-se agora por propor sujeitar a destituição de administrador nomeado pelo Estado ao regime geral, alterando-se devidamente o disposto nos artigos 403.º e 455.º, n.º 2. Sendo certo, porém, que o seu sucessor não deixará de ser igualmente nomeado pelo Estado, nos termos do n.º 11 do art. 392.º.

Infere-se, pois, que as descritas prerrogativas genéricas do Estado enquanto accionista não se justificam. Tal não obsta a que, por razões ponderosas, quando houver que salvaguardar interesses do Estado em relação a um caso concreto, possa haver estipulações estatutárias ou previsões legais a recortar um regime específico para a participação do Estado (a jurisprudência do TJE, de resto, não o proíbe). Mas essas previsões configurarão sempre natureza excepcional, não sendo extensíveis ao regime comum das sociedades comerciais.

Mantém-se, no entanto, uma especialidade a este nível. O n.º 11 do art. 392.º determina que os administradores por parte deste ou de entidade pública a ele equiparada por lei para este efeito são nomeadas nos termos da respectiva legislação. Ora, estabelece-se, assim, um regime especial de nomeação dos administradores por conta do Estado. Mas

trata-se de um regime fundado especialmente no Direito Público e, mais precisamente, no estatuto do gestor público. Tal representa, portanto, uma situação onde a diferenciação de regime se alicerça em válidos pressupostos materiais.

Por fim, sublinhe-se que não se divisa necessidade na modificação do disposto no art. 545.º, que determina a equiparação ao Estado, para os efeitos do Código, de certas entidades, como a Caixa Geral de Depósitos, o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social ou do IPE – Investimentos e Participações do Estado, S.A. Mantém-se esta norma qualificativa, uma vez que subsistem normas no Código que se referem especialmente ao Estado. Enquanto accionista referem-se-lhe unicamente no caso citado no parágrafo anterior. A outros títulos, e justificadamente, referem-se-lhe os arts. 348.º e 392.º, n.º 8.

CAPÍTULO II O MODELO LATINO

§ 10.º Propostas normativas respeitantes ao aperfeiçoamento do modelo latino

22. Sistematização, sub-modelos e terminologia

O presente texto pretende respeitar a sistematização do Código das Sociedades Comerciais, não propondo modificações de estrutura que pudessem determinar entorses significativos à sua versão originária. Uma vez que está em causa um código, procurou-se uma intervenção que reduzisse ao mínimo as alterações normativas, evitando por isso as referentes à organização sistemática das matérias. Assim, mantém-se como paradigmático o regime do conselho fiscal, no âmbito do modelo latino – o qual é utilizado para outros modelos através de normas remissivas.

Convém referir, porém, que o tratamento dos órgãos de administração e de fiscalização poderia, em alternativa, implicar uma parte geral – com a vantagem de uma sistematização mais apurada dos traços de regime convergentes entre os vários modelos de governação.

Num outro plano, foi já advertido que a revisão da Oitava Directiva obriga a que o modelo latino se desdobre em dois sub-modelos distintos: de um lado, o que postula conselho de administração e conselho fiscal (ou fiscal único); de outro lado, o que supõe a existência de conselho de administração, conselho fiscal e revisor oficial de contas que não seja membro daquele órgão. Ao longo deste relatório, o primeiro designar-se-á *modelo latino simples*, ao passo que o último será apelidado *modelo latino reforçado*.

Antes de prosseguir, refira-se que foi ponderada a necessidade de alteração da terminologia legal do órgão de fiscalização. Uma hipótese considerada foi a de passar a designar-se conselho de auditoria o actual conselho fiscal. Julgou-se, porém, desaconselhável fazê-lo, por três principais motivos: a designação de conselho de auditoria deve ser reservada para o modelo anglo-saxónico, em tradução do que aí se designa *audit committee*, não devendo haver confusão de terminologias entre diversos sistemas; além disso, o termo não é feliz, dado que o órgão de fiscalização, no desenho da Oitava Directiva, não realiza auditorias, antes fiscaliza o auditor que deve obrigatoriamente estar fora daquele órgão; por último, a terminologia conselho fiscal tem fundas tradições em Portugal, aliás mais que seculares, surgindo já no Código Comercial de 1833 – sendo, por isso, uma componente do património jurídico-cultural português, que não deve ser abandonado senão por razões ponderosas, neste caso inexistentes.

23. Composição quantitativa do conselho fiscal

A composição do conselho fiscal implica actualmente a estipulação de um número máximo de membros (cinco), podendo o órgão funcionar como órgão unipessoal. A haver fiscal único, este deve ser revisor oficial de contas ou sociedade de revisores oficiais de contas.

No plano da política legislativa, encara-se com reservas a norma que permite irrestritamente a adopção de fiscal único. Como se sabe, são múltiplos os fundamentos que aconselham a uma colegialidade do órgão de fiscalização: a sua independência sai reforçada; incrementa-se a possibilidade de combinar pessoas de diversas valências, em prol de uma maior eficácia da actuação fiscalizadora; permite-se um equilíbrio numérico entre membros de administração e de fiscalização; favorece-se uma ponderação mais acentuada nas decisões do órgão fiscalizador; e evita-se a paralisação do órgão em caso de impedimento, doença ou falecimento do seu titular. Por isso, esta permissão de fiscal único constitui exemplo quase único no direito comparado de esvaziamento de competências de fiscalização das sociedades anónimas.

Em sociedades de pequena dimensão, esta possibilidade de fiscal único admite-se apenas como sucedâneo da possibilidade que existiria, perante os dados comunitários, de abolir a revisão obrigatória de contas, à luz da 4.^a Directiva – possibilidade que, como vimos, foi utilizada nas sociedades por quotas mas não nas sociedades anónimas¹¹. Dito de outro modo, nas pequenas sociedades anónimas, o legislador teria mostrado preferir revisão de contas a uma fiscalização *hoc sensu* – opção que pode ser questionada mas que pode ter alguma razão de ser, dada a prevenção de fraudes e de evasão fiscal que se pode atingir com informação financeira rigorosa, propiciada através da revisão assegurada por profissionais independentes.

Mas em sociedades de grande dimensão ou em outras sociedades de interesse público, tal permissão constitui um gesto de complacência legislativa perante a menor eficácia do sistema de fiscalização que importaria rever. Em sociedades emitentes de valores admitidos à negociação em mercado regulamentado que sigam o modelo latino, tal permissão não pode manter-se, porque seria contrária à versão revista da Oitava Directiva. Com efeito, como mencionado, este texto supõe uma segregação de funções de fiscalização e de revisão de contas (art. 39.º), o que significa claramente que uma mesma pessoa não pode acumular as mesmas funções¹². Mas como referido, as repercussões da Directiva não devem confinar-se a este âmbito. A medida deveria ser, com vantagem, alargada em relação a sociedades de maior dimensão. E o critério nesse âmbito utilizado deveria ser o do respectivo capital social – referencial que não é tão revelador da dimensão mas que oferece os méritos de se alinhar com o critério dos administradores únicos (arts. 390.º, n.º 2 e 424.º, n.º 2) e sobretudo de não obrigar a alterações orgânicas frequentes¹³. O montante exacto do capital social a servir de critério distintivo nesta sede deveria ser fixado através de Portaria conjunta dos Ministros da Justiça e das Finanças, para evitar quer a respectiva desactualização rápida, quer uma vulnerabilidade a alterações frequentes ao Código. Além disso, as virtualidades do modelo podem ser melhor aproveitadas através de norma que permita a adopção do mesmo modelo latino reforçado (conselho fiscal e ROC) em relação a outras sociedades.

Os motivos acabados de expor revelam-se também importantes para justificar que a transposição do art. 39.º da Oitava Directiva para o direito interno incida, em termos sistemáticos, sobre o Código das Sociedades Comerciais e não sobre o Código dos

¹¹ Cfr. *supra*, 10.

¹² Cfr. *supra*, 9.

¹³ Cfr. *supra*, 9 e 10.

Valores Mobiliários. O diploma societário, aliás, já alberga previsões sobre governação dirigidas especialmente a sociedades cotadas (arts. 446.º-A e seguintes).

A actual exigência de número ímpar de administradores é fundada em razões de operacionalidade do funcionamento da sociedade, visando evitar bloqueios decisórios. Porém, o mesmo objectivo é atingido com a atribuição de voto de qualidade a um dos membros do órgão de administração, caso a composição do órgão de administração seja em número par, solução que tem a vantagem de implicar menores constrangimentos à governação societária, figurando por isso como proposta de alteração do art. 395.º. Propostas paralelas serão formuladas a propósito da composição de outros órgãos sociais. Não se vislumbra, por outro lado, razão de peso para a manutenção do limite máximo de membros do conselho fiscal. Não vale, nomeadamente o argumento contrário de que tal visa assegurar a influência dos titulares do órgão de fiscalização nomeados por minorias, dado que o argumento prova demais: aliás, a mesma preocupação não se reflecte em relação à composição do órgão de administração, a qual admite titulares nomeados por minoritários mas não pressupõe um número máximo de membros. Decisivo é mencionar que a abolição de número máximo de titulares do conselho fiscal permitiria revigorar o órgão, possibilitando uma equiparação numérica entre membros independentes e membros executivos, o que é elemento tão caro às modernas concepções do bom governo societário. Refira-se, por último, que a inexistência de um número máximo de membros com funções de fiscalização é pacífica e corrente no modelo latino anglo-saxónico pelo que, por imperativos de equilíbrio entre os vários modelos, deve firmar-se igualmente em relação aos restantes modelos de governação.

24. Composição qualitativa do conselho fiscal

Actualmente, a lei centra as exigências quanto à composição qualitativa do conselho fiscal na existência de um revisor oficial de contas. Fora disso, limita-se no essencial a exigir que as pessoas que ocupem funções de fiscalização sejam dotadas de capacidade plena. Em resultado disso, reconhecia-se no preâmbulo de um diploma legislativo dedicado à fiscalização de sociedades que os conselhos fiscais são “confiados a pessoas muitas vezes desprovidas das competências técnicas requeridas” (DL n.º 26-A/96, de 27 de Março).

Uma revitalização do órgão de fiscalização deve implicar exigências gerais de qualificações e a experiência profissional adequadas ao exercício das suas funções, sob pena de inoperância do órgão. Um enunciado normativo geral revelar-se-ia suficiente, sem entrar em detalhe – o qual pode ser confiado a códigos de governo recomendatórios.

Por outro lado, deve desaparecer a exigência de inclusão de revisor no conselho fiscal, no modelo vigente para as sociedades cotadas ou para outras sociedades que adoptem a mesma estrutura de dupla fiscalização. Esta inclusão do ROC no conselho fiscal mantém-se como possível, mas é apenas facultativa. De contrário, voltar-se-ia à solução originária do Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991 – que exigia uma dupla auditoria -, a qual mereceu muitas críticas por ser excessivamente onerosa para as sociedades.

Sob imposição da Oitava Directiva, deve ser apenas exigido que as sociedades que adoptem o modelo envolvendo cumulativamente conselho fiscal e ROC, incluam naquele órgão pelo menos uma pessoa com conhecimentos de contabilidade ou de auditoria, a qual – em simetria com o disposto no art. 446.º-A – deve possuir curso superior.

A lei não fixa um número máximo de mandatos por que os membros do conselho fiscal podem ser reeleitos. Para evitar o problema da excessiva familiaridade com sociedades emitentes de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado, propõe-se que apenas possa haver reeleição por duas vezes, de que deve resultar a possibilidade de exercício de funções pelo mesmo membro do órgão de fiscalização, nestas sociedades, limitada até 12 anos.

25. Actualização do conceito de independência

A técnica nacional de imposição de exigências de independência do conselho fiscal envolve o estabelecimento de um catálogo de incompatibilidades, de natureza exaustiva. Trata-se de uma solução que favorece a certeza jurídica, o que em si representa uma vantagem apreciável, tendo porém que ser actualizada em função da prática entretanto verificada e da aprovação da revisão à Oitava Directiva, já por diversas vezes aqui mencionada.

Esta actualização deve incidir em particular sobre a proibição de prestação de serviços do membro do órgão de fiscalização à sociedade fiscalizada, ainda que de natureza ocasional e a proibição de estabelecimento de qualquer relação de natureza comercial entre ambos. Além disso, em sociedades que adoptem o sistema latino reforçado, deve haver uma exigência suplementar de inclusão de pelo menos uma pessoa que não tenha nenhuma ligação a titulares de participações qualificadas, em cumprimento da Oitava Directiva comunitária.

No caso particular das sociedades emitentes de acções negociadas em mercado regulamentado, estas exigências devem ser agravadas de modo a que o conselho fiscal seja maioritariamente por pessoas independentes, para acautelar a eficácia da fiscalização, dada a importância do rigor da informação financeira na ponderação decisória a cargo dos investidores.

Relembre-se, claro está, que esta solução pode ser tornada em concreto mais exigente. Por estipulação estatutária ou deliberação tomada em assembleia geral, pode ser exigido o cumprimento adicional de requisitos de independência dos administradores previstos em códigos de conduta ou de governação aprovados por entidades de reconhecida idoneidade.

Fique igualmente claro que à independência dos membros do conselho fiscal contrapõe-se a independência do revisor oficial de contas. Esta última matéria obedece a regras próprias, constantes do regime jurídico dos ROC, que aliás deve ser revisto em função do novo texto da Oitava Directiva comunitária.

26. Contratação de peritos e apoio do secretário

Um ponto que deve ser considerado é o da possibilidade de contratação de peritos para apoio aos membros dos conselhos fiscal – o que se estenderia, *mutatis mutandis*, aos membros da comissão de auditoria e aos membros do conselho geral – para reforço da eficácia das funções de fiscalização.

Uma questão prévia que aqui se coloca refere-se à necessidade dessas contratações. Poder-se-ia pensar justamente que a aceitação do cargo deveria implicar as competências para tanto, desnecessitando do apoio de terceiros para certas tarefas. Esta objecção,

todavia, improcede. Ser competente para titular de órgão de fiscalização, não significa que se tenham todos os meios necessários para tanto; senão até seria demasiado restrito o universo de possíveis sujeitos componentes de órgãos sociais. Aliás, a ser assim, também os administradores, designadamente executivos, ficariam impedidos de contar com o auxílio de terceiros para o desempenho das suas atribuições, mas não é o que sucede. O que é verdade é que, não somente podem surgir situações excepcionais na vida social que justifiquem esse aconselhamento externo, como a própria gestão normal de uma sociedade implica actualmente ponderações a cada dia mais complexas.

Se assim é, se os administradores podem fazer-se auxiliar por terceiros, então também os sujeitos encarregues de fiscalizar a administração o deverão poder fazer. Por um lado, igualmente poderão ter tal necessidade, pelas mesmas razões. Por outro, pode chamar-se à colação um certo sentido de igualdade de armas entre quem fiscaliza e quem é fiscalizado. Por fim, realce-se que esses terceiros apoiam, mas não exercem obviamente quaisquer funções sociais. Estas estão exclusivamente a cargo dos membros dos órgãos sociais.

Constatada essa necessidade, importa averiguar a sua concretização prática. Segundo o regime actual, essa contratação operará nos termos habituais, quanto à respectiva decisão e quanto à correspondente execução. Quanto ao primeiro momento, a decisão operará por deliberação do órgão de administração, do administrador único, do administrador delegado ou dos administradores delegados encarregues desse tipo de assuntos. De seguida, proceder-se-á à sua execução, isto é, à contratação do perito, sendo a sociedade representada pela maioria dos administradores ou por menor número fixado no contrato social, pelo administrador único, por um ou mais administradores delegados nos limites da delegação quando o contrato social o autorize.

Daqui decorre claramente, atentando na fiscalização da administração, uma disparidade entre o modelo de administração anglo-saxónico e os modelos latino e dualista. Com efeito, no primeiro modelo a fiscalização da administração está a cargo de membros não executivos e não de membros de outro órgão social. São, portanto, administradores, ainda que não executivos. Assim sendo, participam naqueles dois momentos de intervenção do órgão de administração na contratação dos peritos; participam no processo de tomada de decisão do órgão de administração, ou decidem eles mesmos, e podem representar ou representam mesmo a sociedade na contratação. Nestes termos, podem muito bem, e será mesmo o caso mais frequente, ser os administradores não executivos auto-suficientes no processo de contratação de peritos que os auxiliem nas suas tarefas de fiscalização.

O caso é todavia diverso nos modelos tradicionais latino e dualista. Segundo o regime vigente, os conselhos fiscal e geral irão transmitir ao órgão de administração a necessidade de contratação de algum perito. Mas será esse órgão que, por último, decide a contratação e que representa a sociedade para esses efeitos. Os membros daqueles conselhos não participam em nenhum destes dois momentos. Assim sendo, por um lado, a decisão de contratação não reside em quem dela necessita para o exercício das suas funções sociais. Por outro lado, não deixa de existir um ascendente do órgão de administração perante o perito, que não deveria existir.

Fica demonstrada, assim, a necessidade de afinar o regime vigente. Em primeiro lugar, reclama-se para o desempenho do mesmo tipo de funções, o mesmo tipo de meios. Isto é, o desempenho das funções de fiscalização, substancialmente idênticas, deverá ser forjado do mesmo modo nos três modelos de administração propostos. O actual regime não

cumpra este desígnio, tal como o não cumpriria a manutenção das competências normais de administrador dos administradores não executivos no regime anglo-saxónico e a atribuição de competências auto-suficientes nesta matéria aos órgãos de fiscalização nos modelos latino e dualista.

Se o único parâmetro a atender fosse o de harmonização e tendo em conta aqueles dois momentos identificados para a contratação de peritos, implicaria necessariamente uma de três alternativas: (a) que aos membros dos conselhos fiscal ou geral fossem atribuídas as mesmas prerrogativas que os administradores não executivos detêm nessa matéria, (b) ou que a estes últimos fossem retiradas as prerrogativas que actualmente aí detêm, (c) ou que as competências nesta matéria passassem para a exclusividade dos membros do órgão de fiscalização e dos membros não executivos.

Mas há outro parâmetro a ter em conta, que levará a que se opte pela última alternativa. Bem vista a questão, não parece que se justifique a ingerência do órgão de administração no processo de contratação de peritos, em qualquer um daqueles momentos identificados. De facto, quem está em melhor posição para averiguar da necessidade da contratação será a quem estejam atribuídas legalmente as funções, cujo exercício o perito deverá apoiar. Assim sendo, não tem sentido que a decisão resida no órgão de administração, como tal. A decisão deverá estar a cargo tão-só de quem está encarregue de fiscalizar a administração, seja ou não administrador.

Por outro lado, perde assim sentido que a execução dessa decisão fique a cargo do órgão de administração nos mesmos termos de outra decisão tomada no seu seio. De facto, no ideário original do Código, não tinha sentido consagrar especialidades ao nível da representação nesta matéria. As decisões a executar respeitavam a decisões invariavelmente da competência do órgão de administração (ou da assembleia geral, quando para tanto competente). Vinte anos volvidos, impõe-se concluir que há decisões de gestão da sociedade que devem ser da competência de quem tem a função de fiscalizar a administração. O ponto deve ser admitido, sem complexos, em modificação ao texto do Código societário.

Ainda que o órgão de administração se tornasse nesta matéria um mero executor da vontade dos seus membros não executivos ou do órgão de fiscalização, nem por isso se furtaria a uma certa ascendência sobre o perito contratado, justamente por ser o órgão de administração enquanto tal a operar a contratação.

Demais, existe já um precedente de atribuição de poderes de representação a um órgão de fiscalização, ainda que em termos muito restritos, nos termos do artigo 443º do CSC. Pelas razões apontadas, é facilmente perceptível a opção tomada nesta matéria. Deve atribuir-se, assim, competência exclusiva para a decisão de contratação de peritos coadjuvantes das funções de fiscalização ao órgão de fiscalização, nos modelos latino e dualista, e ao membros da comissão de auditoria no modelo anglo-saxónico. Por outro lado, a sociedade será representada e ficará vinculada pela actuação do mesmo grupo de sujeitos, remetendo-se, com as devidas adaptações e nos termos aplicáveis, para o disposto nos artigos 408º e 409º.

Por fim, propõe-se que a contratação e a remuneração do perito seja feita a título de prestação de serviços (não implicando vínculo laboral), tendo em conta a importância dos assuntos a ele cometidos e a situação económica da sociedade. Em sentido semelhante, vejam-se actualmente os artigos 399º n.º 1, 429º n.º 1 e 440º n. 1. Assim se evitam também as críticas dirigidas ao aumento da despesa a cargo da sociedade. Por outro lado,

esse critério igualmente está presente nas decisões de contratação de terceiros por parte do órgão de administração.

Num plano diverso, julga-se ser de estender a função do secretário ao apoio ao conselho fiscal, dado que permite um apoio maior aos órgãos de fiscalização e favorece o equilíbrio entre os diversos modelos de governação – dado que as reuniões do conselho geral eram já assistidas pelo secretário. O preconizado alargamento das competências do secretário é relevante, dado contribuir para uma circulação mais fluida de informação entre órgãos sociais, embora não seja fonte única de comunicação de informação. O secretário pode assumir-se, assim, como elemento de articulação essencial entre os diversos actores societários.

CAPÍTULO III

O MODELO ANGLO-SAXÓNICO

§ 11.º Propostas normativas respeitantes à consagração do sistema anglo-saxónico

27. Caracterização geral

De acordo com o modelo característico das sociedades de matriz anglo-saxónica, a função fiscalizadora é exercida no seio do próprio órgão de administração, por alguns dos seus membros que, não exercendo funções executivas e por força de qualificações e atributos particulares que lhes são exigidos, se encontram em posição de destaque para o efeito.

A principal diferença existente entre, por um lado, o modelo de governação monista de matriz anglo-saxónica e, por outro, os modelos latino clássico e dualista, reside, assim, no facto de nestes a função fiscalizadora ser exercida por um órgão social distinto do órgão responsável pela administração (conselho fiscal ou conselho geral), ao passo que no primeiro se apela ao que se pode designar por “auto-controlo”, já que as pessoas responsáveis pelo exercício da função fiscalizadora são membros, de pleno direito, do órgão responsável pela administração da sociedade.

O exercício da função fiscalizadora por quem, simultaneamente, se encontra investido no poder de determinar ou, pelo menos, influenciar de modo directo, as decisões de gestão apresenta vantagens óbvias mas inspira, igualmente, fortes cautelas.

Um modelo assente numa dinâmica de “auto-controlo” implica uma fiscalização temporalmente mais próxima dos actos fiscalizados. Com efeito, dada a sua participação, ainda que indirecta ou eventual, no processo decisório do órgão executivo, os membros da comissão de auditoria responsável pelo controlo e fiscalização da gestão têm, por definição, acesso imediato a toda a informação relevante que viabilize o exercício da função fiscalizadora, o que potencia e permite, inclusive, antecipar a sua acção, quando devida.

28. Composição e designação dos membros da comissão de auditoria

O modelo de governação de matriz anglo-saxónica oferece uma flexibilidade não conhecida pelos modelos já vigentes, mas também apresenta exigências particulares: em primeiro lugar, aos membros da comissão de auditoria responsável pelo exercício da função fiscalizadora deve ser exigida uma especial isenção de julgamento e distanciamento dos demais membros do órgão de administração.

Só através do estabelecimento de exigentes requisitos de independência aplicáveis aos membros da comissão de auditoria responsável pelo exercício da função fiscalizadora é possível controlar os riscos inerentes a um sistema em que existem fiscalizadores na composição do órgão fiscalizado.

A primeira consequência que daqui resulta é a de que a adopção do modelo de governação monista de matriz anglo-saxónica é vedada a todas as sociedades que optem pelo modelo do administrador único. Como é evidente aos olhos de todos, é impossível

concentrar na mesma pessoa o papel de fiscalizador e a entidade fiscalizada. Outra consequência, com esta relacionada, e tendo em conta seja que a composição do órgão de administração exige um número ímpar de membros seja a natureza colegial da comissão de auditoria, é a de que os conselhos de administração no modelo monista de matriz anglo-saxónica são compostos, no mínimo, por cinco membros, três dos quais não exercem funções executivas, fazendo parte da comissão de auditoria.

No que respeita ao número de membros da comissão de auditoria e aos requisitos exigíveis para a sua designação, respeitam-se as soluções contempladas na 8.^a Directiva de Direito das Sociedades. No limite, deve haver pelo menos uma pessoa independente e comprovadamente versado em matérias de contabilidade ou de auditoria. Em sociedades com acções cotadas, as exigências devem reforçar-se, de modo a que a maioria de membros da comissão de auditoria seja independente.

Ao contrário da solução italiana, em que os membros da comissão responsável pela função fiscalizadora são, salvo disposição estatutária em contrário, designados no seio do próprio conselho de administração, julga-se curial manter a regra que atribui à assembleia geral a competência para a designação de todos os administradores, incluindo os que integrem a comissão de auditoria.

O critério de independência dos administradores assume, como se vê, uma importância fulcral. No estabelecimento dos requisitos de independência dos membros do conselho de administração no modelo de governação monista de matriz anglo-saxónica deve ter-se em atenção dois aspectos. Em primeiro lugar, não se deve desaproveitar o trabalho até aqui desenvolvido quanto à concretização do conceito de independência dos administradores, ainda que no âmbito de iniciativas meramente recomendatórias ou no âmbito de regulamentos de aplicação reservada a certo tipo de sociedades, como sejam as sociedades cotadas em mercado regulamentado. Em segundo lugar, deve procurar-se o máximo de equivalência entre os requisitos de independência aplicáveis aos responsáveis pela fiscalização nos diversos modelos de governação disponibilizados pelo Código.

Nestes termos, o critério de independência proposto remete, desde logo, para as alíneas do n.º 1 do artigo 414.º, com excepção das que são incompatíveis com o próprio conceito de comissão de auditoria, como é o caso paradigmático da alínea b). Para além desde núcleo fundamental, é evidente a possibilidade de as sociedades consagrarem estatutariamente critérios adicionais de independência, seja directamente, seja por referência a códigos de conduta ou de bom governo que estejam em vigor.

Apesar de os membros da Comissão de Auditoria serem membros de pleno direito do órgão de administração, a especificidade das funções por si exercidas justifica um tratamento diferenciado dos demais administradores quanto a determinadas matérias, como a sua remuneração e destituição.

29. Remuneração e destituição

Quanto à remuneração dos administradores que sejam membros da comissão de auditoria responsável pela função fiscalizadora, segue-se o regime geral de fixação pela assembleia geral ou por comissão de accionistas por esta nomeada, mas restringe-se a possibilidade de fixação de uma componente remuneratória variável, a par do que se encontra estabelecido para os membros do conselho geral e do conselho fiscal. Crê-se ser esta a solução que garante uma maior imparcialidade na actuação dos responsáveis por tarefas

de fiscalização – e não proíbe o pagamento da remuneração através de senhas de presença.

Da mesma forma, também quanto à destituição de membros do órgão de administração que sejam membros da comissão de auditoria se propõem exceções ao regime regra. Considerando a natureza independente e imparcial da função fiscalizadora, quer perante os demais membros do órgão executivo, quer perante os núcleos accionistas que existam na sociedade, o seu exercício não pode ser permeável a pressões externas que o possam condicionar. Nessa medida, não se compreenderia que os responsáveis pela função fiscalizadora pudessem ser destituídos *ad nutum*, como os demais administradores. Opta-se, desta forma, por sugerir uma equivalência entre os membros da comissão de auditoria e os membros do conselho fiscal quanto à possibilidade de destituição, a qual fica limitada aos casos em que ocorra justa causa para o efeito.

30. Exercício da actividade fiscalizadora da comissão de auditoria

A efectividade do exercício da função fiscalizadora por parte dos membros da comissão de auditoria é uma das metas que esta proposta legislativa se propõe a assegurar. Com esse intuito propõe-se o dever de os membros da comissão de auditoria participarem em todas as reuniões da comissão executiva ou, caso esta não exista, o dever de reunirem, pelo menos, mensalmente com os administradores delegados com vista à recolha das informações pertinentes ao exercício das suas funções. Considerando que os membros da comissão de auditoria são administradores, não é necessária a previsão de norma semelhante no que respeita às reuniões do conselho de administração ou da assembleia geral.

Deverão ser lavradas actas de todas as reuniões em que participem membros da comissão de auditoria. De igual forma, devem ser registadas por escrito todas as acções de fiscalização, inspecção e recolha de esclarecimentos solicitados assim como de todas as denúncias recebidas, dentro e fora da sociedade, durante cada ano de exercício. No final de cada exercício, e com base nos registos existentes, a comissão de auditoria deverá elaborar um relatório sobre as actividades desenvolvidas, o qual deverá ser apresentado aos accionistas na assembleia geral anual.

A assiduidade dos membros da comissão de auditoria é também uma preocupação da presente reforma. A periodicidade das reuniões da comissão de auditoria deve ser definida estatutariamente, ou através de resolução na primeira vez que reúna. Não poderá, todavia, ser inferior a uma periodicidade bimensal.

Em função da independência exigida aos membros da comissão de auditoria, estes encontram-se na posição indicada para serem o receptáculo das denúncias dos trabalhadores, accionistas e outros, cumprindo aqui o papel que nos outros modelos de governação previstos no Código cabe ao conselho geral e ao conselho fiscal.

A efectividade da vigilância sobre a gestão e do controlo sobre o exercício independente do auditor externo exige uma grande celeridade na comunicação das irregularidades detectadas entre as diversas pessoas e órgãos na sociedade com competências para a sua regularização. Nessa medida, devem ser estabelecidas regras sobre a articulação entre o presidente da comissão de auditoria, o presidente do conselho de administração e o presidente da comissão executiva – o que deve valer igualmente, *mutatis mutandis*, para os outros modelos.

A comissão de auditoria, no exercício da sua função fiscalizadora, deve gozar de todas as prerrogativas dos órgãos de fiscalização dos demais modelos de governação previstos. Nomeadamente, em caso de irregularidades e na falta da adopção de medidas consideradas adequadas à salvaguarda dos interesses da sociedade pelos órgãos competentes, deve agilizar-se a possibilidade de convocação de assembleias de accionistas por parte da comissão de auditoria.

CAPÍTULO IV O MODELO DUALISTA (GERMÂNICO)

§ 12.º Propostas normativas respeitantes ao aperfeiçoamento do modelo dualista

31. Razão de ordem

Embora este documento não pretenda favorecer algum dos modelos de governação em detrimento de outros, já se deixou indicado que o sistema dualista exhibe a inegável virtude de assegurar à partida uma segregação entre as funções de fiscalização e de revisão de contas. Além disso, o facto de em Portugal não vigorar o sistema de co-gestão (contrariamente ao que sucede na *Mitbestimmung* germânica, com participação obrigatória dos trabalhadores), permite maximizar as potencialidades funcionais do conselho geral enquanto estrutura fiscalizadora no interesse típico dos accionistas.

Assim, e por se entender que qualquer modelo de governação pode ser igualmente eficiente, a renovação do regime atinente ao sistema de administração societário dito dualista foi expressamente um dos objectivos prosseguidos com as presentes propostas de alterações ao Código das Sociedades Comerciais. Para tanto procurou-se, por um lado, actualizar o sistema de acordo com a evolução recente nos ordenamentos jurídicos mais próximos do português, que consagram igualmente aquele sistema. Por outro, pretendeu-se eliminar aquelas disparidades actualmente existentes entre este e o sistema latino, para as quais não se encontrou o devido fundamento.

Sublinhe-se serem numerosos os aspectos de regime que, em comparação com o modelo latino, penalizam o modelo dualista: a designação desajustada do órgão executivo¹⁴; limitação máxima do seu número de membros¹⁵; a omissão legislativa quanto à designação de suplentes e quanto à representação em reuniões do órgão de administração¹⁶; a legitimidade indirecta dos membros do órgão de administração¹⁷; a limitação dos casos de destituição dos administradores¹⁸; o restritivo regime de impedimentos dos administradores¹⁹; a competência exclusiva do conselho geral para designar o presidente do órgão executivo²⁰; a exigência de um administrador encarregue das relações com os trabalhadores²¹; a necessária qualidade de accionista dos membros do conselho geral²²; a limitação quantitativa máxima dos membros do conselho geral²³; e a diferenciação entre competência de aprovação de contas e competência de aprovação da

¹⁴ Cfr. *infra*, 32.

¹⁵ Cfr. *infra*, 33.

¹⁶ Cfr. *infra*, 33.

¹⁷ Cfr. *infra*, 34.

¹⁸ Cfr. *infra*, 34.

¹⁹ Cfr. *infra*, 35.

²⁰ Cfr. *infra*, 37.

²¹ Cfr. *infra*, 37.

²² Cfr. *infra*, 40.

²³ Cfr. *infra*, 40.

distribuição do dividendo anual²⁴. O desenvolvimento realizado neste capítulo deter-se-á em cada um destes pontos.

A proposta de eliminação de enviesamentos em reforço da autonomia privada das sociedades implicou, nalguns pontos, o distanciamento em relação a traços do regime do ordenamento de origem do modelo dualista. Entendeu-se ser mais importante encontrar fórmulas organizativas flexíveis e avançadas do que desenhar modelos legislativos de governação que seja cópias fiéis dos originais. A título de exemplo, embora seja pedra de toque do modelo dualista a nomeação e destituição dos administradores pelo conselho geral (art. 441.º a)), preconiza-se a possibilidade de delegação estatutária de tal poder à assembleia geral, que goza de mais ampla representatividade pelos accionistas. Idênticos motivos conduziram a um redireccionamento da competência de aprovação de contas a favor do colégio de accionistas, como adiante se explicará em detalhe²⁵. Assim, resulta o modelo dualista plenamente conforme às exigências internacionais de boa governação – designadamente europeias e norte-americanas.

No plano da sistematização, reitera-se a opção de manutenção da estrutura original do Código, a qual lamentavelmente não consagra uma verdadeira e própria parte geral aplicável a cada um dos três sistemas de governo societário agora propostos²⁶.

32. Redenominação do órgão executivo

Actualmente, os titulares do órgão executivo do sistema dualista são designados “directores”, termo que deve ser reapreciado. Assim acontece, desde logo, por na cultura empresarial não estar associado imediatamente ao órgão de topo da estrutura orgânica – o que expõe o termo a críticas. Por um lado, porque a mesma designação é normalmente atribuída a posições de gestão e controlo abaixo do órgão de administração, o que aliás gera alguma confusão terminológica, visto que a mesma designação se emprega em situações orgânicas distintas. Esta confusão em nada beneficia o estatuto dos ‘directores’ enquanto titulares do órgão de administração. Por outro lado, tal implica uma certa desvantagem (semântica/ social) do modelo dualista sem paralelo em outros modelos de governação. Com efeito, do confronto dos termos “director” e “administrador” resulta claro que ao segundo se associa uma valoração que falha no primeiro, a que se encontra associado um estatuto de relativa menoridade.

Acresce que, apesar das diferenças nas competências atribuídas ao conselho de administração e à direcção, são ambos órgãos aos quais compete a gestão e a representação da sociedade nas relações com terceiros. Desta forma, a diferente designação atribuída aos seus membros, apesar de naturalmente justificada na medida em que se trata de órgãos executivos de modelos distintos, pode conduzir ao entendimento de que se trata de funções materialmente distintas, o que não sucede.

Sendo certo que a alteração da designação de um órgão de um modelo de administração e consequentemente da designação atribuída aos seus membros não será determinante na ponderação do modelo a adoptar, entende-se que a adopção de uma única nomenclatura – ‘administradores’, para os titulares de um e outro órgão poderá contribuir para o

²⁴ Cfr. *infra*, 44.

²⁵ Cfr. *infra*, 37, e 44.

²⁶ Cfr. *supra*, 22.

objectivo de verdadeira comutatividade entre os modelos propostos no que respeita a aspectos transversais. Entende-se, contudo, que a adopção da mesma designação para os titulares do órgão executivo não deve conduzir à idêntica designação do órgão num e noutra modelo, de forma a prevenir confusão na percepção do modelo adoptado.

De entre as várias possibilidades, propõe-se que a direcção passe a designar-se “Conselho Executivo”.

Quanto à parte da expressão relativa à colegialidade do órgão, prefere-se ‘conselho’, não só por proximidade com a designação do órgão no sistema latino, mas também e principalmente pelo normal uso desse termo na definição orgânica em qualquer dos modelos, o que não sucede com o termo ‘colégio’ ou ‘comité’. Acresce que se trata de um termo neutro a que não se associam conotações de ordem política ou outra, como sucederia com ‘câmara’ ou ‘junta’. Tal como sucede no modelo latino, a opção por uma designação que aponta no sentido da colegialidade não afasta a possibilidade, já consagrada e condicionada a que o capital da sociedade não ultrapasse 200.000 euros, de se designar apenas um administrador.

No que concerne à descrição funcional, optou-se pela referência a ‘executivo’, expressão que não só resulta acertada no confronto das respectivas funções com aquelas do conselho geral, como ainda nos parece sugestiva e abrangente, visto evocar com simplicidade e precisão as funções de gestão e representação que incumbem ao órgão em questão. Esta expressão parece-nos preferível ao ‘Conselho de Gestão’ italiano, na medida em que esta designação seria redutora no caso português.

Em função desta proposta, são diversos os preceitos que passam a reclamar acerto legislativo. De entre os normativos das secções relativas ao modelo de administração dualista, os artigos 426.º, 437.º, 439.º, 442.º e 443.º foram alterados apenas para esse efeito.

33. Composição do conselho executivo

Uma das dificuldades encontradas para a implementação do sistema dualista foi o da limitação do número dos membros do órgão de administração até um máximo de cinco. As necessidades práticas das sociedades, designadamente em sociedades de grande dimensão, podem justamente impor o extravasamento de tal limite, pelo que urge eliminar essa constringência do n.º 1 do artigo 424.º do Código. Note-se também que nos ordenamentos alemão, francês e italiano, por exemplo, não se estabelece qualquer limite. E bem assim já o legislador português se orientou nesse sentido para efeitos do regime jurídico da sociedade europeia no sistema dualista. Por fim, assim se termina com uma injustificada disparidade face ao regime latino, em que nunca se fixou qualquer limite para estes efeitos.

Outra disparidade entre os sistemas latino e dualista, para que não se encontrou fundamento, consiste em actualmente não se possibilitar a designação de suplentes no momento da designação dos administradores efectivos. Diversamente, nos termos do n.º 5 do artigo 390.º, o contrato de sociedade pode autorizar a eleição de suplentes até um terço do número dos administradores efectivos, o que agora se irá possibilitar no n.º 3 do artigo 425.º, mantendo-se a competência do conselho geral para providenciar à substituição em caso de inexistência de designação de suplentes. Para mais, a designação de suplentes foi desde sempre possibilidade vigente quanto aos membros do conselho geral, nos termos

do art. 438.º. E é mesmo uma necessidade no âmbito do conselho fiscal, nos termos do n.º 2 e n.º 4 do artigo 413.º.

Igualmente não se achou a razão subjacente de não se permitir no sistema dualista a representação de um administrador por outro nos mesmos termos em que se permite no sistema latino, a saber, mediante carta dirigida ao presidente do órgão de administração, nos termos do n.º 5 do artigo do artigo 410.º. Nem se encontra qualquer razão que deva impedir este expediente em geral. Assim se formulou uma proposta de alteração do n.º 4 do artigo 425.º.

Também se julga não haver fundamento para que não possam ser nomeadas pessoas colectivas para o cargo de administrador no modelo dualista, nos mesmos termos em que o podem ser para o cargo de administrador no sistema latino. As situações são idênticas, pelo que urgia calibrar as soluções normativas no mesmo sentido. Aliás, essa possibilidade existe também no âmbito da constituição do conselho geral, nos termos do n.º 3 do artigo 434.º. Assim se apresenta identicamente uma proposta de eliminação do disposto na actual alínea a) do n.º 5 do artigo 425.º.

34. Designação e destituição

É marca habitual no modelo dualista a circunstância de haver uma legitimidade indirecta dos administradores, dado que estes são designados pelos membros do conselho geral, que por seu turno são eleitos pela assembleia geral. Particularmente em sociedades cotadas, este cenário tem originado reflexões em torno da desejabilidade de um reforço da voz dos accionistas na designação dos membros executivos da administração. Esta reflexão é alimentada por uma discussão internacional sobre o reforço dos poderes dos accionistas na eleição dos administradores (de grande intensidade nos EUA) e pela confirmação do interesse, revigorado pelo novo enquadramento comunitário, quanto às medidas defensivas anti-OPA – atento o facto de este modelo pode servir finalidades defensivas, dado que o adquirente do domínio primeiro terá de designar novos elementos do conselho geral para em seguida lograr eleger os membros do conselho executivo.

Estas observações críticas a uma particular faceta do modelo de governação dualista não devem ser ignoradas. Mesmo mantendo a opção de abrir a permissão de utilização do modelo dualista, o sistema jurídico português não está condenado a conviver com as suas deficiências. A possibilidade de - em alternativa ao modelo central - neste figurino ser a assembleia geral a designar os membros do conselho executivo, cria uma saudável abertura no tipo organizativo em apreço. E não se vê que haja alguma incorrecção técnica em criar um distanciamento em relação ao modelo originário. Disponibilizar às sociedades portuguesas um arsenal de fórmulas organizativas modernas, flexíveis e credíveis afigura-se mais importante do que criar transplantes legais fiéis ao original. Segundo a solução que se preconiza, os administradores seriam designados pelo conselho geral ou pela assembleia geral, se os estatutos o autorizarem. Confiar-se-ia na autonomia privada para encontrar a solução que se mostre mais ajustada a cada sociedade, dentro de uma conformação mais aberta do modelo dualista.

Tal obrigará igualmente a proceder a acertos na disciplina da destituição, confiando-se tal poder à assembleia geral quando tenha sido este o órgão a designar os administradores, caso em que o conselho geral deve poder propor a destituição e proceder à suspensão, até dois meses, de qualquer membro do conselho executivo.

O regime da destituição merece uma nota suplementar. No regime dualista, tradicionalmente entendido, o conselho geral pode destituir qualquer director, com fundamento em justa causa, nos termos do n.º 1 do artigo 430.º. No regime latino a assembleia geral pode destituir a qualquer tempo o administrador, nos termos do n.º 1 do artigo 403.º. No entanto, apesar das diversas formulações, o regime acaba por apresentar importantes similitudes, como de seguida se demonstra.

No regime dualista a destituição sem justa causa implica o direito de indemnização do director e não a sua recondução no cargo, nos termos do n.º 3 do artigo 403.º. Essa é também a opção nos Direitos italiano e francês. A diversa opção alemã não parece ser a mais adequada, designadamente dada a morosidade judicial portuguesa. Aliás, tivesse o legislador querido que a solução não passasse tão-só pela devida indemnização ao director injustamente destituído, então teria igualmente transposto norma similar à que consta do ordenamento jurídico alemão, o que não sucedeu. Portanto, parece justificado reformular devidamente o n.º 1 do artigo 430.º, esclarecendo a possibilidade de destituição sem justa causa – além de permitir, nos termos já examinados, que possa ser decidida pela assembleia geral.

No regime latino não deixa também o administrador de ter direito de indemnização, quando destituído sem justa causa. Apesar de não estar previsto na norma devidamente epigrafada de “Destituição” (artigo 403.º), essa é a regra que resulta das regras gerais do incumprimento obrigacional e da mais elementar justiça. Assim deveria suceder também, por igualdade de razão, no âmbito do regime vigente no sistema dualista, acabado de ver, e, no âmbito das sociedades por quotas, com o disposto no n.º 7 do artigo 257.º. Por outro lado, parece ter todo o fundamento lançar mão também no âmbito do sistema latino da limitação ao montante indemnizatório constante do n.º 3 do artigo 430.º, para o regime dualista, e em termos neste ponto similares no n.º 7 do artigo 257.º, no âmbito das sociedades por quotas. Assim sendo, deve esclarecer-se agora em novo n.º 5 do artigo 403.º que igualmente no sistema latino a indemnização não pode exceder o montante das remunerações que o administrador presumivelmente receberia até ao final do período para que foi eleito.

Outro ponto a merecer atenção atém-se com o n.º 2 do artigo 430.º. Aqui citam-se três exemplos de situações configuradas como sendo de justa causa: a violação grave dos deveres do director, a sua incapacidade para o exercício normal das respectivas funções e a retirada de confiança pela assembleia geral.

Em primeiro lugar, trata-se de uma mera exemplificação do conceito de justa causa, constante do número anterior. Como tal, enuncia tipos de casos que não deixariam de se enquadrar no conceito na falta de tal exemplificação, tal como outros tipos de casos aqui poderão ser enquadrados. Mas não deixa de ser uma ajuda ao intérprete, em paralelismo com a previsão do legislador no âmbito das sociedades por quotas, nos termos do n.º 6 do artigo 257.º. Assim sendo, somente por lapso o legislador não terá procedido a exemplificação similar no artigo 403.º, no quadro do sistema latino. Por essa razão, propõe-se que seja transcrito este n.º 2 do artigo 430.º para o n.º 4 do artigo 403.º, remetendo-se depois naquela norma para esta.

Em segundo lugar, parece não ter grande fundamento a previsão como justa causa da retirada de confiança pela assembleia geral. Mesmo caso se tivesse sublinhado, como na lei alemã, que as razões da retirada de confiança se não devessem fundar em factos patentemente inverídicos. Se, como se referiu, a consequência da destituição sem justa

causa é o direito de indemnização e não qualquer direito de recondução no cargo, então é irrelevante para a sua apreciação se a confiança foi ou não retirada pela assembleia geral. Se esta foi de facto retirada mas injustificadamente, o administrador mantém invariavelmente o seu direito de indemnização. Propõe-se, então, que seja eliminada esta última parte da norma.

35. Exercício de outras actividades por membros do conselho executivo

Questão em que havia bastas divergências, referia-se aos impedimentos ao exercício de outras actividades pelos directores. De facto – novamente -, mostra-se o regime do sistema dualista bastante mais restritivo do que o vigente no regime latino. Assim, por exemplo, não podem actualmente os directores, por conta própria ou alheia, exercer qualquer outra actividade fora da sociedade, designadamente ser titulares de cargos de administração em quaisquer outras sociedades. A devida autorização do conselho geral somente pode actualmente compreender até duas sociedades.

Diversamente no sistema latino essa restrição geral somente se atém com as actividades concorrentes, devendo entender-se que podem muito bem ser titulares de órgão de administração em outras sociedades em relação de domínio ou de grupo. Ora, não só este regime díspar não se justifica como tal, como a vida prática tem largamente demonstrado a necessidade e ocorrência de acumulações de cargos de administrador em diversas sociedades em relação de domínio ou de grupo.

Portanto, opta-se por propor a revisão do disposto no artigo 428.º, remetendo-se o exercício de outras actividades para o disposto no âmbito do regime latino. Aliás, tal remissão era já e continua a ser a regra quanto à realização de negócios com a sociedade.

36. Remuneração

Outro ponto carecedor de revisão respeita aos termos da previsão estatutária quanto às parcelas remuneratórias variáveis dos titulares dos órgãos de administração nos dois sistemas. Nos termos do n.º 2 do artigo 399.º do Código, deverão os estatutos prever a percentagem global destinada aos administradores, enquanto que no sistema dualista deverá diversamente ser prevista a percentagem máxima da parte variável. Como se depreende, uma leitura literal revelava a primeira opção como claramente mais restritiva e mesmo desajustada, tendo em conta as necessidades e as práticas das sociedades actualmente. Por essa razão, para efeitos de harmonização de soluções, prefere-se parificar a primeira opção à segunda.

37. Nomeação e destituição do presidente do conselho executivo

Na análise deste tópico, igualmente não se descortinou razão bastante para que não se permitisse deixar a decisão de destituição e designação do presidente da direcção pelos seus pares. Nos termos do n.º 1 do artigo 427.º, esses actos são actualmente da exclusiva competência do conselho geral. Contudo, no sistema latino, permite-se que essas decisões possam ser deixadas ao órgão de administração, no lugar da assembleia geral, nos termos do n.º 2 do artigo 395.º. Convém, pois, harmonizar as soluções, não se vendo por que não há de o presidente do órgão de administração poder ser sempre designado pelos seus

pares, se o conselho geral nisso entrever convenientes de natureza organizativa. Assim se sugere a competente alteração do disposto no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 427.º.

Finalmente, julga-se não haver razões para prolongar a vigência da norma que obriga à designação, de entre os directores, de um director do trabalho, especialmente encarregado das relações com os trabalhadores. Com efeito, a manutenção do n.º 3 do art. 427.º é susceptível de inúmeras críticas. Por um lado, a norma apresenta-se como um corpo estranho à filosofia do sistema nacional e como um resquício de influência do sistema jurídico germânico: cumpre mal o seu objectivo de dar guarida a um certo *favor laboratoris*, dado que, entre nós e diversamente do que sucede em outros ordenamentos, os trabalhadores não estão representados no conselho geral. Demais, nesses ordenamentos as ideias de co-gestão encontram-se actualmente em acentuado declínio. Não se encontra, aliás, justificação presente para que tal aspecto organizativo mereça dignidade de lei. Por último, o dispositivo em apreço configura mais uma limitação à autonomia societária discrepante face ao regime latino, que por isso urge eliminar. Fique no entanto claro que a revogação do supra mencionado preceito, aqui defendida, não deve impedir a designação de um administrador ou mesmo de uma comissão especialmente afectada às relações com os trabalhadores; todavia, a sua criação estará sujeita às conveniências de cada sociedade, no entender agora do seu órgão de administração.

38. Relações do conselho executivo com o conselho geral

Ponto que se teve em consideração foi o âmbito da actual listagem de comunicações ao conselho geral, constante do artigo 441.º. Preocupação essencial foi a de não sobrecarregar o conselho executivo com novos deveres perante o conselho geral. Entendeu-se que se deveria manter a iniciativa do funcionamento do conselho geral sobretudo do lado deste. A tendência deverá ser uma prestação activa deste na recolha das informações que julgue importantes, antes que deva passivamente receber do conselho executivo todo o material informativo. Essa foi também a ideia originária, quando se atente no disposto nos números 4 e 5 do artigo 432.º e nas alíneas d) e e) do artigo 441.º. Julgou-se bastante o leque e a periodicidade das comunicações referidas nos números 1 a 3 do artigo 432.º, sendo que o conselho geral tem justamente os poderes necessários para colmatar quaisquer lacunas de informação que julgue necessárias para o correcto desempenho da sua função.

Concluiu-se, assim, que a solução actual será a mais adequada nesta matéria, não enveredando por soluções mais maximalistas, como a alemã, ou mais minimalistas, como a francesa.

39. Outros aspectos do regime do conselho executivo; as normas remissivas

No âmbito do artigo 433.º, a norma final desta Secção III, em que se remete para algumas normas relativas ao regime latino, optou-se por introduzir quatro alterações.

Em primeiro lugar, remete-se também para o regime constante do artigo 410.º do Código, que disciplina, conforme a sua epígrafe, as reuniões e deliberações do conselho de administração. De facto, na sua versão inicial não fez o legislador constar, a propósito da

directão, qualquer norma que regulasse essa matéria. Certamente que não o terá feito por mero lapso, já que não se poderia deixar de regulamentar o assunto, por identidade de razão. Por esse motivo se impunha e se entendia que o artigo 410.º do Código valesse por analogia quanto às reuniões e deliberações da direcção. O que se dispensa quando se prescreva directamente tal remissão, remissão essa paralela à que sucede no âmbito do regime das reuniões e deliberações do conselho geral, nos termos do n.º 2 do artigo 445.º. Em segundo lugar, parece inabalável que os titulares do órgão de administração não devem executar ou consentir que sejam executadas deliberações nulas. Por essa razão assim se prescreve expressamente quanto ao sistema latino, no artigo 412.º, n.º 4, do Código. E por essa razão deveria valer também para o sistema dualista, mesmo na ausência de norma expressa. É essa ausência que se deve agora justamente colmatar.

Em terceiro lugar, não se descortinou por que motivo se impunham certas e ajustadas modificações, face ao regime do sistema latino, quanto às deliberações nulas do conselho executivo e não assim quanto às deliberações anuláveis. Essas modificações igualmente aqui se impõem.

Em quarto lugar, deve incluir-se remissão, com as devidas modificações, para o disposto no artigo 400.º do Código. Nesta sede trata-se do regime da suspensão do cargo de administrador no âmbito do sistema latino. Ora, não existindo norma que expressa ou por remissão previsse o caso em sede de regime dualista, era controvertida a possibilidade de tal procedimento no âmbito do sistema dualista. Deve consagrar-se, pois, a devida remissão, eliminando outra disparidade existente entre ambos os sistemas.

40. Composição do conselho geral

Relativamente à composição do conselho geral, algumas questões mereceram ponderação. A primeira referiu-se à necessidade de os respectivos membros serem accionistas. Trata-se da solução tradicional nesta matéria, ligada umbilicalmente ao poder de nomear e destituir os administradores. Sendo revista esta regra²⁷, também aquela deveria sê-lo. Seguir-se-ia aqui, no fundo, evolução semelhante à verificada em relação ao conselho fiscal, que já exigiu mas agora prescinde da qualidade de accionista dos seus membros. Essa é também a via que melhor serve a profissionalização das tarefas de fiscalização. Acresce que a imposição, por via comunitária, de membros independentes no conselho geral já por si obrigaria a revogar a regra que impunha a qualidade de accionista aos membros deste órgão social. Reitere-se que, também nesse aspecto, não deve o ordenamento jurídico português ficar refém das opções tomadas no ordenamento originariamente influenciador do modelo dualista²⁸. Ficam assim aclaradas as razões pelas quais se sugere a eliminação do disposto no n.º 2 do art. 434.º.

Manteve-se identicamente a exclusão do conselho geral da representação dos trabalhadores. Apesar de essa ser ainda a solução no Direito alemão e francês, estas formas de co-gestão estão hoje em acentuado declínio. Acresce que o intento originário do legislador, que consta da actual lei, foi também justamente no sentido da sua exclusão. Outra alteração proposta na Secção IV atém-se com a supressão do número máximo de membros do conselho geral. Actualmente é de 15 elementos. Não sendo tão premente

²⁷ Cfr. *supra*, 34.

²⁸ Cfr. *supra*, 2.c, 31 e 34.

como a alteração ao limite do número de membros do conselho executivo, não deixa de poder ser visto como um entrave prático à opção por este tipo de estrutura organizatória. A tendência é justamente no sentido de inexistência de limite máximo, como no Direito italiano, ou então pelo menos de existência de um limite superior, como nos Direitos alemão e francês. Além de que com a supressão daquele limite no âmbito do conselho executivo, o número de administradores poderá muito bem ascender a 15 ou mais membros, o que poderia também colidir com a imposição de este número dever ser inferior ao número de membros do conselho geral, nos termos da parte final do n.º 1 do artigo 434.º. Por fim, ao regular o sistema dualista no âmbito da sociedade europeia, o legislador português já suprimiu esse tecto. Não devendo o contrato social deixar de fixar um número adequado de membros ao exercício do cargo e à dimensão e âmbito da sociedade, entendeu-se, pois, que seria adequado propor a eliminação do actual limite máximo de 15 membros.

Para a prevenção de conflito de interesses, sobretudo no exercício do poder de destituição e de designação dos membros do órgão executivo, e para impedir a utilização abusiva de informação reservada, adiantou-se a proposta de que o conselho geral não pode ser composto por membros de empresas concorrentes. A solução proposta, aliás, é preconizada na Alemanha pelo Relatório Baums. E no contexto nacional visa repor a simetria de regimes em relação a outros modelos de governação (art. 414.º, n.º 3 f) na redacção actual).

Ainda em resposta ao mesmo tipo de preocupações, considera-se importante esclarecer na lei que os membros do conselho geral estão obrigados a guardar segredo dos factos e informações de que tiverem em razão das suas funções.

Julga-se não ser necessário enunciar critérios quanto à acumulação de mandatos em diversos conselhos gerais, como nomeadamente se estabelece na lei alemã. Tais limites e imposições têm como fundamento a necessidade de guardar disponibilidade e conhecimento suficiente para o exercício das suas funções e por essa razão entende-se que a lei, no seu silêncio, pressupõe que não devem deixar de ser atendidas pelos designados aquando da aceitação do cargo. Deve, todavia, formular-se a exigência de um independente especialista em contabilidade ou auditoria, antecipando a solução proposta para a revisão da 8ª Directiva Comunitária sobre o Direito das Sociedades. Mas, diversamente do que se impõe actualmente no Direito italiano, opta-se deliberadamente pela desnecessidade de um dos seus membros ser revisor oficial de contas devidamente registado como tal, valendo aqui a solução preconizada para os restantes modelos²⁹.

Em relação à acumulação de cargos, por outro lado, mais do que o número interessaria atentar na dimensão e complexidade organizacional das sociedades concretamente em causa. Mas fixar um critério nesses termos seria desde logo muito problemático. Depois, o mesmo problema igualmente se pode colocar a propósito dos membros de órgão de administração, para os quais não existirão, segundo esta proposta, quaisquer limites *a priori* nesta matéria. Por fim, este tipo de questões será melhor enquadrada no âmbito de regulamentação por códigos recomendatórios de governo societário. Igualmente essa deverá ser a sede quanto à questão da transição de sujeitos entre o conselho executivo e o conselho geral.

²⁹ Cfr. *supra*, 24.

Outros temas recorrentemente discutidos neste contexto respeitam às titularidades cruzadas em órgãos de fiscalização (*interlockings*) e ao limite de idade dos membros. Todavia, entende-se que a sede própria para o seu tratamento são os códigos de bom governo, além de serem questões de índole geral e não especificamente referentes aos membros deste órgão em particular.

41. Designação do presidente do conselho geral

Foi merecedora de espaço de análise a designação do presidente do conselho geral. A designação necessária de um presidente e mesmo de um vice-presidente é a tendência constatada no seio dos três ordenamentos utilizados como referência a conformação de propostas atinentes ao modelo dualista.

À partida, é concebível que o presidente seja nomeado pela assembleia geral, que designa os membros do conselho geral, ou eleito pelos seus pares. Analogamente, o presidente do conselho de administração é nomeado pela assembleia geral quando o contrato o permita ou pelos seus pares e é agora proposto que o presidente do conselho geral seja nomeado pelos seus pares ou pela assembleia geral em moldes idênticos. Ambas as formas parecem ter justificação. Se a assembleia pode o mais (designação dos directores), poderá também o menos (designação, de entre estes, do seu presidente). Já a designação por eleição dos seus pares reforça a legitimidade do seu presidente no âmbito do órgão social que irá dirigir.

Assim sendo, não se vê muito bem por que razão se impõe simplesmente a segunda destas formas em detrimento da primeira, nos termos do artigo 436.º; ambas devem ser legítimas. Por isso se propõe a correspondente alteração a esta última norma.

42. Substituição de membros do conselho geral

Em relação à substituição de membros do conselho geral, propõe-se que seja mantido, na sua totalidade, o disposto na lei actual. Deverá, pois, ser chamado suplente e, não existindo, a substituição efectua-se por eleição da assembleia geral, nos termos do artigo 438.º. Entende-se desnecessária, assim, a possibilidade que consta da lei francesa de nomeação provisória, mediante eleição de um substituto pelo conselho geral até à assembleia geral seguinte.

43. Remuneração

A questão da remuneração das funções dos membros do conselho geral, constante do artigo 440.º, deve em grande medida permanecer inalterada. Devem manter-se os seus critérios, a saber, as funções desempenhadas e a situação económica da sociedade. Devem igualmente manter-se as competências nesta matéria, a assembleia geral ou uma comissão nomeada por esta, opções claramente mais flexíveis, face à hipótese, avançada também no Direito alemão, de o próprio contrato social fixar os montantes remuneratórios. Igualmente se decidiu manter apenas a modalidade de remuneração fixa, diversamente do que sucede no horizonte alemão, por exemplo, em que se permite ou sugere mesmo uma componente variável – apesar de a jurisprudência recente negar a

admissibilidade da atribuição de opções de aquisição de acções aos membros do *Aufsichrat*. Razões de imparcialidade parecem favorecer a primeira solução, que é também expressamente a solução francesa. No entanto, já não se segue esta lei quando impõe que a remuneração se processe necessariamente através de senhas de presença. Tal é matéria que deverá ficar sujeita à autonomia privada.

Por fim, consagra-se uma inversão da regra supletiva, vigente nesta matéria. Actualmente, na ausência de estipulação contratual, esse exercício é gratuito. Diversamente consagra-se agora a regra contrária, enaltecendo assim este cargo pela sua profissionalização. Mas, tal como na versão actual, a onerosidade do cargo está na disponibilidade dos accionistas.

44. Competências do conselho geral; em especial, a aprovação das contas

Quanto à competência do conselho geral, propõe-se a introdução de algumas modificações substanciais.

Ponto muito importante que deve ser alterado atém-se com a aprovação das contas. Tradicionalmente essa é uma das competências históricas do conselho geral. Tratar-se da solução típica não significa, contudo, que outra não seja possível. A lei italiana e a própria lei alemã prevêm casos em que é possível que essa aprovação seja efectuada pela assembleia geral. Mesmo actualmente entre nós, certos aspectos dessa aprovação podem vir a ficar sujeitos a deliberação da assembleia-geral, nos termos do n.º 4 do artigo 454.º. No ordenamento francês vai-se mais longe, sendo a assembleia geral o órgão competente nesta matéria.

Entende-se esta a hipótese mais adequada e por isso não se deve manter o disposto actualmente na alínea f) do artigo 441.º, devendo passar o relatório de gestão e as contas do exercício a serem sempre aprovados pela assembleia geral, nos termos da alínea a) do artigo 376.º. É que, além da razão histórica, não se distinguem claramente as vantagens deste modo de aprovação das contas e defende-se que os três sistemas de administração agora propostos (latino, dualista e anglo-saxónico) aqui devam coincidir.

Reforça-se, assim, a legitimidade do acto, na medida em que é o colégio de accionistas que decide da aprovação das contas da sua sociedade. Aliás, essa é também a razão por que se consagra desde o início e se manterá a designação do revisor oficial de contas pela assembleia geral, antes que pelo conselho geral, nos termos do n.º 1 do artigo 446.º.

Evita-se igualmente uma certa ideia de parcialidade, na medida em que é o conselho geral que fiscaliza a administração da sociedade e acaba mesmo por participar também, dentro dos parâmetros legais e ainda que indirectamente, na própria gestão da sociedade. E logra-se um saudável encurtamento temporal do processo que culmina com a publicação das contas, tendência que é aconselhada através da Directiva n.º 2004/109, de 15 de Dezembro.

Assim se consegue também uma correspondência perfeita entre a competência para aprovação dos resultados e a competência quanto à aplicação dos resultados nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 376.º, que compreende designadamente a distribuição dos dividendos. É que é o primeiro momento imprescindível e prévio quanto ao segundo.

De seguida, não se olvide que, com esta proposta, o conselho geral continua tenente das suas demais competências de fiscalização e intervenção, agora reforçadas em legitimidade, como se viu, e conteúdo. Designadamente, atribui-se ao conselho geral o

dever de emitir parecer sobre o relatório de gestão e contas apresentados pela direcção, alterando-se devidamente o disposto na alínea f) do artigo 441.º. Estas alterações implicarão a concomitante alteração do disposto no artigo 453.º e a revogação do artigo seguinte.

Ainda no âmbito das competências do conselho geral, torna-se necessário proceder a alterações significativas, tendo em conta a proposta de alteração da Oitava Directiva Comunitária sobre Direito das Sociedades. Nos termos deste texto comunitário, à estrutura de fiscalização (conselho fiscal, conselho geral e comissão de auditoria) deverão incumbir necessariamente certas tarefas: designadamente, deverá também apreciar a certificação legal de contas, a manutenção dos critérios de independência do revisor oficial de contas e acompanhar e avaliar a eficácia dos sistemas internos de controlo e de gestão de riscos e a função de auditoria interna, quando aplicável. Para tanto deve ser alterado o disposto no artigo 441.º.

Quanto à competência do conselho geral, ponderou-se plasmar norma idêntica à constante no Direito italiano, segundo a qual o conselho geral é competente para receber denúncias dos accionistas, que devem ser pelo menos tidas em conta e impondo mesmo uma pronta averiguação e resposta, quando os denunciantes importem certa percentagem accionista. Ora, parece que, mesmo sem consagração expressa, essa possibilidade (*whistle-blowing*) já é atribuída ao accionista, como, aliás, a qualquer outro colaborador da sociedade.

Já merece maior ponderação se essa possibilidade deve ser excluída quanto a accionistas que detenham uma participação ínfima de capital. Por um lado, existe a eventualidade de perturbação excessiva do funcionamento normal do conselho geral, caso todo e qualquer accionista possa lançar mão deste expediente. Mas, por outro, poderá colocar-se em causa o princípio da igualdade de accionistas, ainda que este princípio deva ser sempre visto na sua acepção material, e o facto de efectivamente um pequeno accionista poder conhecer, por uma ou por outra razão, factos significativos, desconhecidos do conselho geral. Assim sendo, mantém-se a legitimidade para formular queixas alargada a todos os accionistas e colaboradores da sociedade. Regime idêntico deve ser igualmente proposto para os restantes modelos.

45. Criação de comissões

A tendência constatada é no sentido da criação de comissões no seio do conselho geral, para efeitos do desempenho de determinadas funções. Actualmente essa possibilidade já vem consagrada no n.º 1 do artigo 444.º. Pretende-se que sejam nomeadas comissões dentro do conselho geral, quando for conveniente para o exercício das suas funções, designadamente para efeitos da fiscalização da actividade do conselho executivo ou para efeitos de fixação da remuneração dos administradores. É também pensável a criação de comissões para efeitos da aprovação de certos negócios, nos termos do n.º 1 do artigo 442.º, acelerando assim o processo de decisão. *A contrario*, quando não for conveniente, seja pelo reduzido número de membros, seja por outra razão qualquer, parece que não se deve impor a genericamente criação de uma comissão para fiscalização.

Deve excepcionar-se o caso das sociedades com o capital social superior ao fixado por Portaria conjunta do Ministro das Finanças e do Ministro da Justiça e nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, nas

quais o conselho geral deve constituir uma comissão especificamente dedicada ao exercício de fiscalização de matérias financeiras, em simetria com o que sucede nos restantes modelos de governo.

No caso particular das sociedades emitentes de acções negociadas em mercado regulamentado, esta comissão deve ser composta maioritariamente por pessoas independentes, para acautelar a eficácia da fiscalização quanto a aspectos relacionados com a informação financeira, dada a essencialidade desta nas decisões dos investidores.

46. Outros aspectos do regime do conselho geral; normas remissivas

No tocante a outros aspectos da disciplina em apreço, aproveita-se para propor a rectificação do disposto no n.º 2 do artigo 445.º. Por um lado, o manifesto lapso do legislador que erroneamente se refere a “deliberação tomada pela direcção”. Ora, nesta sede tratam-se das deliberações tomadas pelo conselho geral e não pela direcção. Assim, deve suprimir-se a errónea referência à direcção, sendo que a referência expressa ao conselho geral seria redundante, face ao disposto no proémio do n.º 2. Por outro, deve esclarecer-se que igualmente o pedido de anulação da deliberação pode ser formulado por qualquer director ou membro do conselho geral. Não se compreenderia que assim fosse quanto à declaração de nulidade da deliberação e não quanto à anulação. As mesmas razões determinam essa proposta de adaptação.

47. Revisor oficial de contas

Em Portugal há uma significativa flutuação terminológica na designação dos profissionais de revisão de contas, optando alguns diplomas pela designação de revisor oficial de contas – é o caso do Código das Sociedades Comerciais - e outros pelo termo auditor (v.g. Código dos Valores Mobiliários). O facto de a Oitava Directiva sugerir uma certa especialização da função de revisão de contas e para não se criar a confusão entre o auditor e a nova comissão de auditoria (que em bom rigor não inclui auditores, antes fiscaliza a sua independência³⁰), propõe-se a manutenção da locução originariamente utilizada pelo Código das Sociedades, chamando-se no entanto a atenção para esta dissonância terminológica em relação nomeadamente ao Código dos Valores Mobiliários. Quanto ao regime do revisor oficial de contas, optou-se por manter a actual orientação constante do n.º 1 do artigo 446.º, segundo a qual este é designado pela assembleia geral. Essa é a solução tradicional no sistema dualista. Em coerência essa é também a solução adoptada quanto à designação dos membros do conselho fiscal, de entre os quais o revisor oficial de contas, nos termos do n.º 1 do artigo 415.º.

A outra hipótese seria atribuir essa competência ao conselho geral, enquanto expressão da sua competência fiscalizadora. Mas trata-se, com efeito, de um momento decisivo da fiscalização societária, reforçando-se em muito a legitimidade do designado, quando se alicerce em deliberação da assembleia geral. Essa é também a orientação proposta agora quanto à aprovação das contas e têm aqui cabimento as razões aí invocadas. Ambos são momentos de fiscalização, mas, por serem tão fundamentais, justifica-se que se sujeitem a deliberação da assembleia geral.

³⁰ Cfr. *supra*, 22. e 28.

Segundo a orientação agora sustentada, o revisor oficial de contas deverá ser proposto pelo conselho fiscal, pela comissão de auditoria ou pelo conselho geral. Esta solução está em consonância com o disposto na actual proposta de Oitava Directiva Comunitária sobre Direito das Sociedades, segundo a qual o revisor deve ser indicado pelo órgão de governação encarregado de fiscalizar a sua independência.