



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

A INDEPENDÊNCIA DOS ADMINISTRADORES NÃO EXECUTIVOS

Maria Teixeira Marreiros

Dissertação de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais realizada
sob a orientação do Prof. Dr. Diogo Costa Gonçalves.

Lisboa, fevereiro de 2018.

SUMÁRIO

Lista de abreviaturas	3
Resumo	4
<i>Abstract</i>	5
Introdução	6
PARTE I – O administrador não executivo	16
Capítulo I – Conteúdo funcional dos deveres dos administradores não executivos ...	16
1. Vigilância geral da atuação dos administradores executivos	16
1.1. Poder-dever de obtenção de informação	33
1.2. Intensidade da obrigação de vigilância geral: Natureza sintética ou analítica	39
2. Provocação da intervenção do conselho de administração quando tiver conhecimento de atos ou omissões que prejudiquem a sociedade	42
Capítulo II – A responsabilidade civil dos administradores não executivos	44
1. Enquadramento e problemática da responsabilidade civil dos administradores não executivos	44
2. O direito de oposição como reação perante atos danosos e causa de exclusão da responsabilidade	51
PARTE II - A necessidade de independência no conselho de administração	55
Conclusão	72
Bibliografia	75

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
C.C.	Código Civil
C.E.	Comissão Europeia
CEO	<i>Chief Executive Officer</i> , ou Presidente da comissão executiva
CG	<i>Corporate Governance</i>
CR	<i>Cadbury Report</i>
C.S.C.	Código das Sociedades Comerciais
C.V.M.	Código dos Valores Mobiliários
CMVM	Comissão de Mercado de Valores Mobiliários
EUA	Estados Unidos da América
I.P.C.G.	Instituto Português de <i>Corporate Governance</i>
M.P.	Ministério Público
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OPA	Oferta Pública de Aquisição

RESUMO

O presente estudo visa contribuir para o esclarecimento e densificação da função dos administradores não executivos na sociedade anónima com um modelo monista, enquanto fiscalizadores da atividade de gestão corrente da sociedade. Pretendemos abordar os principais vetores que, do nosso ponto de vista, caracterizam a obrigação de diligente administração a que estes administradores estão adstritos, e que compreende, essencialmente, a obrigação de vigilância em sentido amplo. Esta obrigação deve ser interpretada em conformidade com os deveres gerais dos administradores consagrados no art. 64.º do C.S.C. Pretendemos demonstrar a natureza híbrida destes administradores, que se reflete também no regime de responsabilidade que lhes é aplicável, que entendemos ser o regime geral de responsabilidade dos administradores. Deste modo, os administradores não executivos devem exercer uma vigilância sobre os executivos que comporte uma vertente verdadeiramente ativa, devendo tomar a iniciativa quando verifiquem a eventual ocorrência de atos potencialmente danosos para o interesse da sociedade, tendo o poder de inspecionar o que bem entenderem, de modo a poderem obter toda a informação que considerem necessária para o cumprimento cabal da sua obrigação. A relação de administração é uma relação fiduciária, dotada de uma especial confiança, decorrente da gestão de bens alheios, neste caso da sociedade pelo administrador.

Não obstante, na prática, nem sempre as coisas correm conforme o planeado e sucederam-se inúmeros escândalos financeiros devido à falência de grandes empresas que puseram em risco economias inteiras. Essas falências ocorreram em grande parte devido a problemas relacionados com a separação entre a propriedade da sociedade e a sua gestão pois, com a sempre crescente dimensão das sociedades, o capital foi-se dispersando ou sendo dominado por grupos de acionistas, consubstanciando-se num sistema, cujo funcionamento era propício a que o interesse social fosse sendo desconsiderado, uma vez que a fiscalização da gestão não era eficaz. Desta forma, foi necessário encontrar soluções que passaram pela recomendação, através dos vários instrumentos de *soft law* que foram sendo emitidos ao longo dos últimos 40 anos, da presença de administradores não executivos que fossem independentes e que tivessem

as qualificações e a experiência adequadas a garantir a transparência e integridade da empresa.

PALAVRAS-CHAVE: Administradores não executivos; Fiscalização; Administração diligente; Independência; *Corporate Governance*.

ABSTRACT

The current study is intended to contribute to the clarification and deeper enlightenment of the role of non executive directors in the public limited companies that have a monist model, while being in charge of the control and monitoring of the activity of the management of the company. We intend to approach the main strands that, from our point of view, characterize the obligation of diligent management that these directors are obliged, and that encompasses, basically, the obligation of control, in a wider sense. This obligation must be interpreted in conformity with the general duties of the directors that are established in the article 64.º of the Portuguese Code of Commercial Companies. We, therefore, intend to demonstrate the hybrid nature of these directors, that also reflects itself on the liability regime that applies to them, that we think should be the general liability regime of all directors. In this sense, the non executive directors must monitor the executive directors in a way that should be truly active, in the sense that they should take the initiative when they become aware of the possibility of a conduct that might bring damages to the interest of the company, having the power to inspect what they see fit, so that they can obtain all the information that they deem necessary for the accomplishment of their obligation. The relationship between directors and the company is a fiduciary one, characterised by a special trust, that comes from the management of the goods of someone else, in this case, of the company by the director.

Nevertheless, in practice, not always things go as planned and there were several financial scandals that happened due to the failure of big corporations that put whole economies at risk. Those failures happened mostly due to problems related to the separation between the property of the company and its management, because, with the ever growing size of the companies, the capital became dispersed or dominated by

groups of major shareholders, becoming a system that favoured the disregard of the company's interest, because the control of the management wasn't effective. In this way, it became necessary to find solutions, that were found by the recommendations, through the several *soft law* instruments that were, and keep being issued, for the past 40 years, of having non executive directors that are independent and that have the qualifications and the experience that are suitable to ensure the transparency and integrity of the company.

KEYWORDS: Non executive directors; Control; Diligent management; Independence; *Corporate Governance*.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o administrador não executivo é considerado como uma peça essencial na estrutura orgânica de uma sociedade anónima, sendo praticamente inevitável não o identificarmos nos conselhos de administração de muitas sociedades anónimas. É, porém, curioso verificar que a figura do administrador não executivo não se encontra expressamente prevista no nosso ordenamento jurídico nacional, nomeadamente no Código das Sociedades Comerciais¹ enquanto membro de órgão social propriamente dito. O C.S.C. reconhece a existência deste membro, nomeadamente ao enunciar o regime de responsabilidade a que se encontra adstrito no artigo 407.º, n.º 8², contudo, em caso algum se refere a estes administradores pela denominação pela qual são comumente conhecidos, ou seja, como *não executivos*. Na referida norma, faz-se menção aos “outros administradores”, não abrangidos pela delegação de poderes de gestão prevista nos números 3 e 4 do mesmo artigo. Também na alínea a) do n.º 6 desse mesmo artigo se refere que o presidente da comissão executiva deve assegurar que seja prestada toda a informação “aos demais membros do conselho de administração.” Ao introduzir estas expressões e ao prever um regime de responsabilidade próprio, o legislador terá querido contemplar esta realidade, apesar de o ter feito somente *en passant*, não explicitando exatamente qual o conteúdo funcional dos deveres deste

¹ Doravante designado por C.S.C.

² Daqui em diante os preceitos referidos sem indicação de fonte pertencem ao Código das Sociedades Comerciais (Decreto-Lei n.º 262/86 de 02 de setembro, na versão correspondente à sua última alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 89/2017 de 28 de julho).

membro do conselho de administração. Deprendemos, por isso, que o administrador “não abrangido pela delegação de poderes de gestão” tem, seguramente, uma função na sociedade anónima e no conselho de administração, apesar de a lei não ser, de todo, esclarecedora quanto a esta questão, que pretendemos ora aprofundar. Importará, sobretudo, destacar a função de vigilância e de supervisão sobre a atuação dos restantes membros do conselho de administração, *maxime*, daqueles que pertencem à comissão executiva ou aos quais foram delegados poderes de gestão³. Esta constituirá a função principal do administrador não executivo no seio da sociedade anónima, como iremos verificar. O surgimento deste novo papel do conselho de administração e do administrador não executivo deu-se também, em parte, devido à “erosão e esvaziamento das funções de fiscalização [que] constituem seguramente o resultado de um conjunto de fatores económicos e sociais (...), mas configuraram-se igualmente como a consequência de modelos jurídicos de fiscalização pouco apetrechados para consentir e promover uma fiscalização eficiente, efetiva e independente, tal como o exigem atualmente os princípios de *corporate governance* sedimentados no horizonte societário global e o próprio mercado.”⁴

A doutrina italiana presta um excelente contributo para este tema, tendo em conta a reforma do *Codice Civile* italiano que ocorreu em 2003 e que versou com grande incidência sobre a matéria dos administradores não executivos e sobre o seu papel. Deste modo, o nosso estudo abarcará também uma vertente de Direito Comparado que incidirá, especialmente, sobre o Direito italiano.

Cabe, a este propósito, sublinhar ainda que focaremos o nosso estudo na figura do administrador não executivo presente no sistema governativo de modelo monista ou tradicional, sem prejuízo de analisarmos, ainda que sumariamente, os restantes sistemas governativos. O objetivo será estabelecer um paralelo entre os mesmos, nunca perdendo de vista a questão principal, que é o administrador não executivo e a sua (eventual) presença nos modelos de governação das sociedades anónimas. Decidimos, também,

³ Quando utilizarmos a expressão “administradores executivos”, pretendemos abarcar estas duas realidades, seja dos administradores pertencentes a uma comissão executiva, seja dos administradores a quem foram delegados poderes de gestão, não existindo a referida comissão.

⁴ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *A Fiscalização Societária Redesenhada: Independência, Exclusão da responsabilidade e Caução obrigatória dos fiscalizadores*, in “Reformas do Código das Sociedades, n.º 3, Colóquios do IDET, Almedina, 2007, p. 281.

excluir a temática dos administradores não executivos no contexto dos grupos de sociedades, de modo a podermos restringir o presente estudo a uma questão mais concreta.⁵

Destarte, cumpre desde já verificar em que sistemas de governação societária poderemos encontrar administradores não executivos, abordando brevemente a dinâmica de cada sistema. Convém antes de mais relembrar que, dentro do tipo de sociedades comerciais que são as sociedades anónimas, existem três modelos de governação que se encontram elencados no art. 278.º, n.º 1 do C.S.C., nomeadamente:

- O modelo monista, também conhecido como tradicional ou latino (alínea a), constituído por um conselho de administração e um conselho fiscal;
- O modelo anglo-saxónico (alínea b), constituído por um conselho de administração, uma comissão de auditoria e um revisor oficial de contas;
- E o modelo germânico ou dualista (alínea c), composto por um conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e um revisor oficial de contas.

Como é sabido, no ato de constituição da sociedade, os acionistas devem escolher um de entre estes três modelos de governação, tendo em atenção que estes não podem ser combinados, não sendo possível criar modelos *ad hoc*, incorporando características de cada um e criando outros “*custom made*” que não estão previstos na lei. Tal como explica CALVÃO DA SILVA⁶, a escolha por um dos três modelos de governação é uma “opção alternativa, sem possibilidade de cumulação, combinação ou mistura de elementos típicos dos distintos modelos (*cherry-picking*) nos órgãos obrigatórios, dada a continuação do princípio da tipicidade das sociedades comerciais (art. 1.º, n.ºs 2 e 3 do C.S.C.) e inerente segurança jurídica proporcionada a sócios, credores, fornecedores, clientes e público em geral.” Cada modelo de governação tem a sua dinâmica própria entre os diferentes órgãos que o compõem, o que significa que, apesar de todos os modelos terem obrigatoriamente que ser compostos por um conselho de administração,

⁵ Sobre esta matéria, *vide* OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *Manual de grupos de sociedades*, Almedina, 2016.

⁶ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão*, in "O Direito", Ano 139, n.º 3, 2007, p. 556.

isso não quer dizer que seja essencial ou sequer compatível com a dinâmica de cada um a existência de administradores não executivos no seio dos mesmos.

Assim, começaremos por analisar sucintamente o modelo anglo-saxónico⁷, caracterizado especialmente por ter um órgão diferente do dos demais modelos e que o distingue, que é a comissão de auditoria. Os membros da comissão de auditoria pertencem ao conselho de administração, mas esta comissão é, ela própria, um órgão da sociedade, tal como nos indica o art. 423.º-B do C.S.C. A característica mais relevante deste órgão, para efeitos do presente estudo, é o facto de estar vedado aos membros da comissão de auditoria o exercício de funções executivas, conforme o disposto no art. 423.º-B, n.º 3, 1ª parte. Por isso, os membros desta comissão são, na verdade, também administradores não executivos, não podendo ser encarregados especialmente de nenhuma matéria nos termos do art. 407.º, n.º 2, nem lhes podendo ser delegada a gestão corrente da sociedade, tal como não poderão fazer parte da comissão executiva (art. 407.º, n.º 3)⁸. Após uma breve análise do art. 423.º-F do C.S.C., verifica-se que os

⁷ Este modelo é relativamente recente no ordenamento jurídico português, uma vez que foi introduzido com a reforma do C.S.C. operada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29 de março.

⁸ A propósito da proibição de atribuição de funções executivas aos membros da comissão de auditoria, SOVERAL MARTINS (*Administradores Delegados e Comissões executivas - Algumas Considerações*, in Cadernos do IDET, n.º 7, 2ª edição, 2011, pp. 100 a 106) levanta a questão de saber o que são exatamente as funções executivas que os membros desta comissão não poderão exercer, designadamente se estamos a falar apenas das execuções das decisões do conselho de administração (ou da comissão executiva) ou se estará também posta em causa, com esta norma, a participação destes membros nas deliberações do conselho. Na opinião deste autor, os membros desta comissão poderão, ainda assim, participar nas reuniões do conselho de administração; aliás, estão obrigados a tal nos termos do art. 423.º-G, n.º 1, al. b) do C.S.C. Porém, ressalva que dependerá da ordem de trabalhos da reunião, nomeadamente se nesta irão ser discutidas questões relacionadas com a gestão corrente da sociedade. Nesse caso, não poderão deliberar sobre essas matérias, nem sobre matérias que sejam delegáveis, pois são matérias consideradas como de “caráter executivo”. As matérias delegáveis constam do art. 406.º, alíneas e), g), h), i), j) e n) e são as seguintes: Aquisição, alienação e oneração de bens imóveis; Abertura ou encerramento de estabelecimentos ou de partes importantes destes; Extensões ou reduções importantes da atividade da sociedade; Modificações importantes na organização da empresa; Estabelecimento ou cessação de cooperação duradoura e importante com outras empresas; Qualquer outro assunto sobre o qual algum administrador requeira deliberação do conselho. Estas são as matérias sobre as quais os administradores, membros da comissão de auditoria, não poderão deliberar. Por outro lado, já poderão participar nas reuniões do conselho em que se delibere sobre as restantes alíneas do referido artigo, ou seja, sobre as matérias indelegáveis, nomeadamente sobre: Escolha do presidente do conselho; Cooptação de administradores; Pedido de convocação de assembleias gerais; Relatórios e contas anuais; Prestação de cauções e garantias pessoais ou reais pela sociedade; Mudança de sede e aumentos de capital; Projetos de fusão, cisão e de transformação da sociedade. Assim, na opinião deste autor, os membros da comissão de auditoria deverão obrigatoriamente participar nas deliberações cuja ordem de trabalhos inclua “a definição da estratégia da sociedade, (...) o quadro geral para a execução ou cumprimento dessa estratégia, designadamente quanto à identificação dos meios financeiros para tal; (...) a deliberação de delegação, (...) a escolha do presidente do conselho e a cooptação de administradores, (...) o controlo do cumprimento da lei e do contrato de sociedade.”

administradores membros da comissão de auditoria têm, essencialmente, competências de fiscalização. Na verdade, as suas competências assemelham-se praticamente na íntegra às que o C.S.C. estabelece para o conselho fiscal, no art. 420.º. Também as exigências relativas à composição qualitativa de ambos estes órgãos são semelhantes, como a imposição de qualificações e experiência profissional adequadas ao exercício das funções, a obrigatoriedade de existirem membros independentes (*vide* o art. 414.º, n.ºs 3, 4 e 5 *versus* 423.º-B, n.ºs 3, 4 e 5); a remuneração, que deve consistir numa quantia fixa (art. 422.º-A *versus* 423.º-D)⁹; e a destituição, que pode ocorrer apenas com justa causa (art. 419.º *versus* 423.º-E)^{10 11}. Nestes termos, podemos entender a comissão de auditoria como sendo uma “sentinela ou guarda avançada da legalidade e correção da gestão, leia-se de supervisor vigilante e eficiente, e não de supervisor sonolento e decorativo.”¹² Todavia, convém frisar que enquanto este órgão de fiscalização é um órgão composto exclusivamente por administradores, já o conselho fiscal pode ser composto por sociedades de advogados, sociedades de revisores oficiais de contas ou acionistas, tal como estabelece o art. 414.º, n.ºs 2 e 3. Portanto, por um lado, no modelo anglo-saxónico, a fiscalização é exercida por pessoas que fazem parte da sociedade enquanto administradores, traduzindo-se, desta forma, num *autocontrolo*; por outro lado, no modelo monista, essa fiscalização é exercida por pessoas exteriores à própria sociedade, constituindo, por isso, um *heterocontrolo*. Esta é uma diferença fundamental no funcionamento de uma sociedade que não deve ser deixada de ser tida em conta no ato de constituição.

⁹ CALVÃO DA SILVA refere que a imposição de a remuneração ser fixa servirá para “refletir o tempo parcial que dedicam à sociedade e a traduzir a sua desejável não dependência económica dessa remuneração e de ações da sociedade” in SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil dos...*, *ob. cit.*, p. 572.

¹⁰ “(...) designadamente, por violação grave dos deveres do administrador e por inaptidão para o exercício normal das respetivas funções [nos termos do art. 403.º, n.º 4 e 447.º, n.º 8], e não *ad nutum* como [sucede com os] restantes administradores (art. 403.º) dadas as pretendidas independência e imparcialidade dos mesmos relativamente aos administradores executivos e aos acionistas e a necessidade de o seu desempenho não ser permeável a pressões”, in SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil dos...*, *ob. cit.*, p. 572.

¹¹ Para além disso, existem ainda outros poderes que ambos estes órgãos detêm, nomeadamente o poder de suspensão de administradores nas condições do art. 400.º, o poder de declarar o termo das funções quando ocorra incompatibilidade ou incapacidade por parte de um administrador (art. 401.º) e o poder de receber a renúncia do presidente do conselho de administração, nos termos do art. 404.º.

¹² SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil dos...*, *ob. cit.*, p. 576.

Passemos, neste momento, a uma breve análise do modelo germânico ou dualista. Neste modelo, enquanto o conselho de administração executivo exerce essencialmente funções executivas, o conselho geral e de supervisão é o órgão que decide, em última instância, sobre muitos aspetos importantes da vida da sociedade. Compete ao conselho de administração executivo a gestão das atividades da sociedade e a sua representação perante terceiros, nos termos do art. 431.º, n.ºs 1 e 2. Importa sublinhar a remissão operada pelo art. 431.º, n.º 3 para os arts. 406.º, 408.º e 409.º, que serão, deste modo, aplicáveis aos poderes de gestão e de representação destes administradores. A remissão não inclui o art. 407.º, que versa precisamente sobre a delegação dos poderes de gestão, sendo claro que o legislador quis afastar esta possibilidade. Está, por isso, excluída a existência de administradores não executivos neste modelo de governação. Sobre a competência do conselho geral e de supervisão, cumpre destacar o disposto no art. 442.º, que concede ao conselho geral e de supervisão a possibilidade de vetar a aprovação de determinados atos que estarão relacionados com categorias estratégicas da sociedade. Portanto, se for determinada a exigência de parecer prévio favorável por parte do conselho geral e de supervisão, podemos afirmar que também este órgão tem, na verdade, funções executivas, uma vez que depende do seu consentimento a execução de determinados atos estratégicos. À composição do conselho geral e de supervisão, são também aplicáveis, por força do art. 434.º, n.º 4, os arts. 414.º, n.ºs 4 a 6 e o art. 414.º-A¹³. Se atentarmos no art. 441.º, verificamos que o conselho geral e de supervisão é um órgão que se assemelha ao conselho fiscal no modelo monista (art. 420.º) e à comissão de auditoria no modelo anglo-saxónico (art. 423.º-F), pois tem diversas competências idênticas às de ambos os órgãos referidos, exercendo, portanto, maioritariamente funções de fiscalização. Concomitantemente, exerce também competências típicas de gestão que, nos outros modelos de governação, seriam normalmente atribuídas ao conselho de administração, designadamente a nomeação e destituição de administradores, a designação e destituição do presidente do conselho de administração executivo e a representação da sociedade nas relações com os administradores.

Finalmente, debruçamo-nos sobre o modelo de governação monista. Em primeiro lugar, cumpre, desde logo, salientar um aspeto que não deixa de ser comum a qualquer

¹³ Com exceção do disposto na alínea f) do n.º 1 deste último artigo, salvo no que diz respeito à comissão prevista no n.º 2 do artigo 444.º.

sociedade anónima, que tem que ver com a administração da sociedade. No funcionamento de uma sociedade, nunca se pode deixar de ter em conta o que verdadeiramente abarca a obrigação de administrar. A administração de uma sociedade implica a tomada de decisões sobre os mais diversos assuntos numa base diária, sendo o conselho de administração o órgão exclusivamente responsável pela gestão corrente das atividades da sociedade, nos termos do disposto no art. 405.º, n.º 1. “A atividade de administração constitui o “dever típico”, ainda que de carácter genérico e indeterminado, imposto aos membros do órgão de administração. Trata-se de uma atividade dinâmica e “proteiforme”, que se desenvolve com uma larga margem de discricionariedade e, por isso, insuscetível de uma codificação esgotante.”¹⁴ Com efeito, apesar de não existir um limite legal máximo para o número de administradores que podem compor um conselho de administração¹⁵, não é difícil de antever que existe a necessidade, na maioria das sociedades anónimas, de delegar tarefas específicas a pessoas específicas ou a grupos de pessoas, melhor dizendo, a alguns administradores dentro do conselho de administração. Deste modo, os administradores poderão ficar encarregues de um determinado assunto (que poderá, ou não, ser-lhes *delegado* no sentido técnico-jurídico que o Código utiliza), sendo, desta forma, cada um responsável por esse específico assunto. Este método de organização interno assegura o cumprimento eficaz das tarefas que cabem ao conselho de administração. No entanto, não significa que os restantes membros do conselho de administração (que não ficaram encarregues ou que não lhes foi delegado um qualquer assunto) fiquem excluídos da responsabilidade, na hipótese de se verificar algum prejuízo para o interesse social. Importa, porém, frisar que se trata de uma questão prática e de eficiência, tendo em conta que muitas das sociedades anónimas que atualmente existem têm uma atividade muito diversificada e que abrange matérias complexas, correndo o risco de tornar a atividade principal do conselho de administração – a gestão corrente da sociedade – completamente inoperacional ou verificando-se que esse órgão não consegue, por si só, dar uma resposta pontual às exigências diárias que se apresentam. Daí que seja normalmente indispensável a criação de estruturas administrativas, subordinadas ao conselho de administração que obedeçam

¹⁴ RAMOS, ELISABETE GOMES, *Responsabilidade civil dos administradores e diretores das sociedades anónimas perante os credores sociais*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, “Studia Juridica 67”, Coimbra Editora, 2002, p. 77.

¹⁵ Tal como se pode verificar pelo art. 390.º do C.S.C.

às suas instruções, como a criação de uma comissão executiva¹⁶ ou se opte pelas soluções que estão previstas para este modelo e que iremos analisar de seguida, que são o encargo especial e a delegação da gestão corrente. Nunca podemos olvidar que “o dever básico dos membros do órgão de administração condensa-se no *dever de gerir a sociedade*, de promover a realização do seu objeto social, com vista à obtenção do lucro. Por isso, (...) o desenvolvimento da atividade de gestão representa um dever e não um mero poder.”¹⁷

Cumpre, desde já, também sublinhar que o conselho de administração não deixa, em qualquer caso, de ter competência sobre as matérias que encarregou especialmente ou que delegou. Este poderá, sempre que o entender necessário, tomar iniciativas no âmbito dessas matérias, uma vez que a sua competência é originária. Assim, como tanto o conselho de administração, como os administradores - sejam individualmente considerados, sejam organizados numa comissão executiva -, detêm competência para tratar das questões relacionadas com a gestão corrente da sociedade, podemos falar de uma competência concorrente ou cumulativa.¹⁸ Aliás, o art. 407.º indica expressamente esta questão, tanto no n.º 2, quando refere que “*o encargo especial (...) não exclui a competência normal dos outros administradores ou do conselho nem a responsabilidade daqueles, nos termos da lei*”, como no n.º 8, ao consagrar-se que “*a delegação (...) não exclui a competência do conselho para tomar resoluções sobre os mesmos assuntos.*”

Posto isto, consideramos ser crucial distinguir entre o encargo especial e a delegação de poderes da gestão corrente da sociedade. Um administrador de uma sociedade pode ser encarregado especialmente de algumas matérias específicas da gestão corrente da sociedade desde que o contrato de sociedade não o proíba, tal como indica o n.º 1 do referido artigo. Esse encargo pode incidir sobre qualquer matéria, exceto as das alíneas a) a m) do artigo 406.º, ou seja, a proibição exclui apenas a alínea n), que se refere a “qualquer outro assunto sobre o qual algum administrador requeira deliberação do conselho” (407.º, n.º 2). Deste modo, verificamos que o encargo especial não pode incidir sobre as matérias consideradas mais importantes que merecem

¹⁶ Conforme permite o art. 407.º, n.º 3, parte final do C.S.C.

¹⁷ RAMOS, ELISABETE GOMES, *Responsabilidade civil dos administradores e diretores... ob. cit.*, p. 65.

¹⁸ GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização de Sociedades*, Teses de Doutoramento, Almedina, 2017, parágrafo 329.

destaque no artigo 406.^{o19}, mas apenas sobre qualquer outro assunto sobre o qual algum administrador requeira uma deliberação do conselho. Por outro lado, a gestão corrente da sociedade poderá ser delegada num ou mais administradores ou até mesmo numa comissão executiva, mas somente se o contrato de sociedade expressamente o autorizar. Enquanto que, no encargo especial, basta que o contrato de sociedade não o proíba, já na delegação propriamente dita deve o contrato de sociedade expressamente autorizá-la, tal como se encontra consagrado no art. 407.^o, n.^o 3 do C.S.C. Para além da autorização expressa que deve constar no contrato de sociedade, deverá o conselho de administração, através de deliberação, fixar os limites da respetiva delegação e, no caso de criar uma comissão executiva, estabelecer a sua composição e o seu funcionamento, conforme o disposto no n.^o 4 do referido artigo. No que toca às matérias que podem ser objeto de delegação, o leque é mais alargado relativamente ao encargo especial, podendo abranger qualquer matéria, exceto as que estão previstas nas alíneas a) a d), f), l) e m) do artigo 406.^{o20}. Poderão, por isso, ser delegadas num ou mais administradores quaisquer uma das restantes matérias enumeradas no artigo 406.^o ou outras, desde que não sejam as que estão especialmente vedadas. É exatamente pelo facto de a delegação de poderes de gestão poder abranger matérias relevantes para o rumo da sociedade, como sejam a aquisição, oneração ou alienação de bens imóveis, a abertura ou encerramento de estabelecimentos ou de partes importantes destes, extensões ou reduções importantes da atividade da sociedade, modificações importantes na organização da empresa, estabelecimento ou cessação de cooperação duradoura e importante com outras empresas,²¹ que é requerida a autorização dos acionistas através do contrato de sociedade para que a mesma se possa efetivar²². Os acionistas são

¹⁹ Nomeadamente à escolha do presidente, à cooptação de administradores, ao pedido de convocação de assembleias gerais, a relatórios e contas anuais, à aquisição, alienação e oneração de bens imóveis, à prestação de cauções e garantias pessoais ou reais pela sociedade, à abertura ou encerramento de estabelecimento ou de partes importantes destes, a extensões ou reduções importantes da atividade da sociedade, a modificações importantes na organização da empresa, ao estabelecimento ou cessação de cooperação duradoura e importante com outras empresas, à mudança de sede e aumentos de capital e ainda a projetos de fusão, cisão e transformação da sociedade,

²⁰ Designadamente não podendo a delegação incidir sobre a escolha do presidente do conselho de administração, a cooptação de administradores, pedidos de convocação de assembleias gerais, relatórios e contas anuais, prestação de cauções e garantias pessoais ou reais pela sociedade, mudança de sede e aumentos de capital e projetos de fusão, cisão e transformação da sociedade.

²¹ Alíneas e), g), h), i), j) do art. 406.^o do C.S.C. e ainda a al. n).

²² Discordamos, por isso, de PEDRO MAIA (in *Studia Iuridica* 62 - *A função e o funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, Coimbra Editora, 2002, p. 250), quando defende que a exigência de autorização do contrato de sociedade para a delegação de poderes de gestão existe pelo facto de esta delegação interferir com os deveres dos administradores (não delegados), “aliviando-os da

logicamente responsáveis pelo planeamento das linhas gerais de orientação estratégica da sociedade e é por esse motivo que é necessário o seu aval para que estas matérias saiam do seu olhar atento. Por isso, JOSÉ FERREIRA GOMES²³, inspirado na doutrina alemã, refere que do art. 407.º, n.º 3 do C.S.C. se retira um “princípio de direção global” ou de “responsabilidade global”, ainda que se possa considerar que, no nosso ordenamento jurídico, este seja mitigado, pelo facto de os acionistas poderem precisamente delegar nos administradores matérias importantes relativas à orientação estratégica da sociedade, apesar de continuarem, naturalmente, a manter o poder para decidir qual o rumo que a sociedade deverá seguir.

Para além do âmbito subjetivo, o art. 407.º, n.º 8 do C.S.C. parece atribuir, numa primeira leitura, outra diferença entre o encargo especial e a delegação da gestão corrente da sociedade: será que a responsabilidade que é cometida aos administradores varia consoante lhes tenha sido atribuído um encargo especial ou uma delegação de uma qualquer matéria relacionada com a gestão da sociedade? Na hipótese de alguma matéria ser encarregada especialmente a um ou a uns administradores, o Código é bastante claro: a responsabilidade e a competência dos restantes administradores pertencentes ao conselho de administração mantém-se nos termos da lei²⁴, tal como se não tivesse havido qualquer encargo especial. Nas palavras de CALVÃO DA SILVA, trata-se de uma “mera distribuição interna de tarefas”, mantendo os administradores “a competência para gerir as atividades da sociedade, com todos os poderes e deveres normais de administração e gestão da empresa. (...) [É uma] divisão fáctica de tarefas

obrigação de intervir ativamente na gestão da empresa social (...) [esta exigência] deve-se apenas ao facto de esta – ao invés daquela [referindo-se ao encargo especial] - aligeirar a responsabilidade de alguns administradores (os não delegados), e não ao facto de o conselho deixar de exercer correntemente a gestão da sociedade.”

²³ GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da Administração à fiscalização das ... ob. cit.*, par. 370.

²⁴ Como já fizemos referência, existindo um encargo especial cometido a um ou uns administradores, este encargo “não exclui a competência normal dos outros administradores ou do conselho nos termos da lei.” (art. 407.º, n.º 2). A este propósito, PEDRO MAIA (in *Studia Iuridica* 62 - *A função e o funcionamento...* ob. cit., pp. 249-251) salienta que esta “competência normal” que a lei refere significa que não existe qualquer “alteração do quadro de poderes nem de deveres dos restantes membros do conselho.” No seu entendimento, que constitui o entendimento de muitos autores da doutrina portuguesa - e com o qual não podemos concordar - quando ocorre um encargo especial (ou “delegação imprópria”, como apelida), não existe a *dimensão negativa da delegação*, ou seja, “é atribuído a alguns administradores um conjunto de poderes que individualmente estes não detinham anteriormente – no que reside a *dimensão positiva* da delegação de poderes – sem, contudo, se retirar qualquer poder ou se desonerar de qualquer dever os restantes administradores – pelo que [afirma que] a delegação “imprópria” carece de uma função negativa.” Segundo a sua lógica, a delegação de poderes, que este autor denomina de “delegação própria”, “cumpre, *em simultâneo*, duas funções: a de atribuir poderes a certos administradores (administradores delegados) – no que reside a sua *dimensão positiva* -, do mesmo passo que retira deveres a outros administradores (os administradores não delegados) – no que consiste a sua função negativa.”

no seio do conselho [que] não desresponsabiliza nas relações externas os administradores não encarregados especialmente de certa matéria, mantendo-se o regime de responsabilidade solidária (art. 73.º, n.º 1), divisão de facto que relevará apenas nas relações entre os administradores, na ação de regresso (art. 73.º, n.º 2).”²⁵

Já na hipótese de existir uma delegação da gestão propriamente dita, o art. 407.º, n.º 8 estabelece que não é excluída a competência do conselho de administração para tomar resoluções sobre os assuntos delegados. Para além disso, refere-se ainda que os restantes administradores (que não se encontram abrangidos pela delegação) continuam a ser responsáveis pelas decisões tomadas pelos administradores delegados ou pela comissão executiva. Mas, em que termos? O art. 407.º, n.º 8 do C.S.C. determina, então, que os administradores não executivos são unicamente responsáveis pela vigilância geral da atuação dos administradores delegados e ainda pelos prejuízos causados por atos ou omissões destes, quando, tendo conhecimento de tais atos ou omissões ou do propósito de os praticar, não provoquem a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas. Importa frisar que “a responsabilidade dos restantes administradores não é apenas uma responsabilidade por atos (ou omissões) de outrem. (...) Resulta do n.º 8 que mesmo quanto às matérias delegadas a lei não quer que os restantes membros do conselho de administração se desinteressem da gestão da sociedade.”²⁶ Convém, não obstante, esclarecer até onde poderá ir a responsabilidade destes administradores em caso de delegação de poderes, ou seja, que regime de responsabilidade lhes é aplicável e que tipo de atuações deverão levar a cabo para cumprir cabalmente os deveres que lhes são cometidos. O Código não é, de todo, claro nesta questão, mas iremos aprofundá-la também neste estudo.

Portanto, em resumo, pretendemos examinar qual o conteúdo funcional dos deveres dos administradores não executivos e qual o regime de responsabilidade que lhes será aplicável e em que termos, numa lógica de interpretação sistemática com o artigo 64.º do C.S.C, realizando, deste modo, uma densificação da obrigação de administrar a que estes membros do conselho de administração estão adstritos, em específico, no âmbito

²⁵ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil dos...*, *ob. cit.*, pp. 562 e 563.

²⁶ MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Delegação de poderes de gestão*, Anotação ao art. 407.º, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, (Coord: COUTINHO DE ABREU), Almedina, 2013, pp. 438 e 439.

da estrutura de modelo monista. Resulta, deste modo, perfeitamente claro e é pacificamente assente que “não é obrigatório que todos os administradores não executivos integrem a comissão de auditoria, já que a lei também admite a existência de administradores não executivos que não a integrem”²⁷, designadamente no modelo de governação em que nos iremos focar.

Na segunda parte do presente estudo, tencionamos ainda compreender a razão pela qual cada vez mais se afirma a necessidade de existirem administradores independentes nos plenários dos conselhos de administração das sociedades anónimas, especialmente, das sociedades cotadas em bolsa e o porquê deste tipo de administradores ser identificado com os administradores não executivos. Nestas sociedades, o que muitas vezes sucede é que a titularidade das mesmas se encontra fragmentada e dispersa por vários pequenos acionistas, ou o processo de tomada de decisões do conselho encontra-se dominado por acionistas maioritários que exercem influência junto dos administradores executivos, logrando desta forma sobrepor os seus interesses em detrimento dos interesses da sociedade e, em última instância, dos acionistas. Deste modo, a existência de administradores independentes e estranhos à gestão diária da sociedade irá mais facilmente tutelar os interesses dos acionistas minoritários e o interesse social em si mesmo, contribuindo com uma visão objetiva e isenta e prevenindo, desta forma, a influência de eventuais grupos de acionistas que possam dominar as negociações e o pretenso interesse da sociedade.

PARTE I – O ADMINISTRADOR NÃO EXECUTIVO

CAPÍTULO I – CONTEÚDO FUNCIONAL DOS DEVERES DOS ADMINISTRADORES NÃO EXECUTIVOS

1. VIGILÂNCIA GERAL DA ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EXECUTIVOS

²⁷ CÂMARA, PAULO (Coord.), *A Governação de Sociedades Anónimas nos sistemas jurídicos lusófonos*, Governance Lab, Almedina, 2014, p. 329.

A primeira competência que é atribuída aos administradores não executivos, no já mencionado art. 407.º, n.º 8, é a “vigilância geral da atuação do administrador ou administradores-delegados ou da comissão executiva”. É essencial densificar de forma precisa esta competência, uma vez que existe um risco de confusão com as restantes funções de fiscalização que podem ser confiadas a outros órgãos sociais, designadamente ao conselho fiscal. Então, como se deve aferir o alcance e a extensão desta obrigação de vigilância que cabe ao conselho de administração, *maxime* aos administradores “não abrangidos pela delegação de poderes”, face aos diferentes órgãos sociais com competências de fiscalização? Consideramos que a pedra de toque da obrigação de administrar e da responsabilidade civil dos administradores não executivos em caso de violação dessa sua obrigação é a sua intrínseca ligação com os deveres que são inerentes à função de administrar e que se encontram consagrados no art. 64.º do C.S.C.

Importa também, desde já, sublinhar que o dever de vigilância geral a que aqui nos referimos cabe a cada um dos administradores não executivos, individualmente considerados, e não ao conselho, enquanto colégio. Este dever de vigilância e de fiscalização da atuação dos executivos serve, sobretudo, o interesse dos acionistas, constituindo uma forma endógena, ou seja, intrínseca à própria sociedade, de fiscalizar a sua própria atuação. Tal como nos explica PEDRO MAIA, à função de fiscalização e de controlo “vão associadas as pretensões do bloco minoritário [do conselho de administração], surgindo o poder individual de vigilância e fiscalização como instrumento principal da sua satisfação.”²⁸ Por esse motivo, este autor afirma que este regime consubstancia “um limite ao exercício colegial de toda a atividade inscrita na esfera de competência da administração. (...) não fora assim, essa minoria – exatamente por constituir uma minoria e, como tal, não determinar as decisões do colégio – ver-se-ia confinada a uma “oca” titularidade de cargos de administração, que, na verdade, nenhum poder ou interferência na vida da empresa lhe conferiria.”²⁹ Neste sentido, encontramos também o art. 407.º, n.º 8, uma vez que estabelece que cada administrador é responsável pela vigilância geral da atividade dos executivos, por si próprio, enquanto

²⁸ MAIA, PEDRO, *Studia Iuridica 62 - A função e o funcionamento... ob. cit.*, p. 270.

²⁹ MAIA, PEDRO, *Studia Iuridica 62 - A função e o funcionamento... ob. cit.*, pp. 265 e 268.

que o conselho, no seu pleno, é que deve determinar as medidas adequadas a serem tomadas no caso de ocorrer algum prejuízo para a sociedade.

Neste sentido, encontramos também ELISABETE GOMES RAMOS que entende que “o dever de vigilância ativa não se circunscreve aos casos em que há delegação da gestão corrente da sociedade, antes entendemos que este dever assume um caráter geral quer porque a lei submete os membros do órgão de administração ao padrão do gestor criterioso e ordenado, quer porque nos termos do art. 72.º, n.º 3, o gerente, administrador ou diretor que não tenha exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estava em condições de o exercer, responde solidariamente pelos atos a que poderia ter-se oposto.”³⁰ Desta forma, torna-se possível atingir um equilíbrio de poder no seio do conselho de administração, sendo conferido a cada administrador o poder-dever de vigilância sobre a atuação dos restantes membros, equilíbrio esse que serve, naturalmente, a sociedade e os acionistas e ainda, mediatamente, todos os que com ela se relacionam, sejam os credores, os clientes, os trabalhadores e, em última instância, o interesse público.

Isto posto, cabe, neste momento, examinar os deveres que são cometidos aos administradores em geral, de modo a ser possível relacioná-los com a obrigação de administração que também é cometida aos administradores não executivos, com as suas respetivas especificidades. Deste modo, constatamos que, presentemente, o art. 64.º consagra dois deveres a que os administradores devem dar resposta no cumprimento das suas ações³¹:

1. Um **dever de cuidado**, enunciado na al. a) do n.º 1, que estabelece que os administradores devem revelar, nas suas ações, a “disponibilidade, competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções”, pautando a sua conduta pela *diligência de um gestor criterioso e ordenado*;

³⁰ RAMOS, ELISABETE GOMES, *Responsabilidade civil dos administradores e diretores... ob. cit.*, p. 117.

³¹ Para além destes dois deveres que se aplicam aos administradores, o art. 64.º consagra, no n.º 2, os deveres a que os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização estão vinculados, devendo estes observar também deveres de cuidado, “empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional” e deveres de lealdade, atuando no interesse da sociedade.

2. Um **dever de lealdade**, enunciado na al. b) do n.º 1, que impõe aos administradores que atuem “no interesse da sociedade”, definindo a lei este interesse como sendo “os interesses de longo prazo dos sócios” e “os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.

O dever de vigilância geral da atuação dos “outros administradores”, que se insere no âmbito da obrigação de administrar em sentido amplo, não pode deixar de ter na sua base estes dois deveres que a lei apelida de *fundamentais*, que são inerentes à relação administrador - sociedade e assentes na natureza própria dessa relação. Para além dos deveres ora enunciados, devem também os administradores atuar em conformidade com a *business judgement rule*, consagrada no art. 72.º, n.º 2 do C.S.C., isto é, “em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”, o que lhes permitirá a “exclusão” da responsabilidade no caso de serem demandados por violação dos deveres legais e contratuais a que se encontram adstritos para com a sociedade, o que iremos desenvolver adiante.

Entendemos, contudo, que é necessário prestar alguns esclarecimentos quanto aos deveres em si que norteiam a atuação dos administradores em geral. Posteriormente, realizaremos uma reflexão relativamente à aplicação dos mesmos quanto à conduta específica dos administradores não executivos.

Os deveres que os administradores devem observar no âmbito da sua atuação nem sempre estiveram formulados da maneira que estão hoje. Do nosso ponto de vista, é crucial compreendermos a origem destes deveres na nossa legislação comercial, de modo a entendermos o que está, de facto, na sua génese e daí podermos retirar aquilo que nos interessa, que é a densificação precisa da obrigação de administração, sobretudo no que toca à atuação dos administradores não executivos.

A versão originária do atual art. 64.º do C.S.C. surge no Decreto-Lei n.º 49 381 de 15 de novembro de 1969, no então art. 17.º, n.º 1, com a epígrafe *dever de diligência*, que estabelecia a seguinte norma:

*Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a **diligência de um gestor criterioso e ordenado**.*³²

Assim, como podemos verificar, consagrava-se apenas o *grau* de diligência que os administradores deviam observar na sua atuação, nada mais.

Por seu turno, no Projeto do C.S.C. de 1983, o art. 17.º passa para o art. 92.º, enquadrando-se, sistematicamente, no capítulo relativo à responsabilidade civil dos administradores e mantendo, essencialmente, a bitola da diligência do gestor criterioso e ordenado.

Já na versão original do C.S.C.³³, esta matéria passou para o art. 64.º (onde se manteve até aos dias de hoje), surgindo então num capítulo próprio. Para além disso, foi acrescentada a seguinte fórmula, relativa aos interesses que devem ser atendidos na atuação do administrador³⁴:

*Os gerentes, administradores ou diretores de uma sociedade devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.*³⁵

Operou, nesta fase, uma mudança relevante que cumpre sublinhar: o preceito enquadrou-se num capítulo próprio, autónomo da responsabilidade civil, sendo-lhe, desta forma, concedida uma dignidade que antes não detinha.

Já na proposta da CMVM que foi sujeita a consulta pública³⁶, desdobrou-se o preceito em dois números: o primeiro relativo aos administradores e o segundo aos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização. Para além disso, acrescentou-se a expressão “com lealdade”, resultando o n.º 1 na seguinte formulação:

³² Negrito nosso.

³³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86 de 02 de setembro.

³⁴ Por intervenção de Brito Correia, influenciado pela proposta da 5.ª Diretriz das sociedades comerciais, que nunca chegou a ser adotada.

³⁵ Sublinhado nosso.

³⁶ Proposta de alteração do C.S.C. apresentada em fevereiro de 2006 pela CMVM, denominada “Governo das sociedades anónimas: Proposta de alteração ao Código das Sociedades Comerciais”, sujeita a consulta pública (Proposta n.º 1/2006), disponível em www.cmvm.pt.

Os gerentes ou administradores da sociedade devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado e com lealdade, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.

Na versão final do art. 64.º, n.º 1³⁷, tal como hoje a conhecemos, foi efetuada a distinção entre deveres de cuidado e deveres de lealdade, sendo desenvolvidas as descrições de cada um. Enquanto que os deveres de cuidado são de origem anglo-saxónica, os deveres de lealdade são de tradição alemã, constituindo assim este artigo uma amálgama de expressões jurídicas diferentes retiradas de diferentes tradições jurídicas, o que poderá, na prática, dificultar a operacionalidade da norma, tal como tem sido indicado por diversos autores da doutrina portuguesa, como MENEZES CORDEIRO, DIOGO COSTA GONÇALVES, CARNEIRO DA FRADA, entre outros.

Iremos, então, proceder a uma breve decomposição das diferentes expressões constantes do artigo. Em primeiro lugar, o **dever de diligência do gestor criterioso e ordenado** - presente desde o início da formulação desta norma - e a sua relação com a *business judgement rule*, introduzida em 2006 no art. 72.º, n.º 2, sobre a qual nos debruçaremos mais especificamente adiante. A diligência do gestor criterioso e ordenado foi importada do ordenamento jurídico alemão³⁸ e introduzida no nosso ordenamento desde a versão inicial da norma. A doutrina nacional tem discutido, desde 1969 (quando surgiu pela primeira vez este preceito), se se trata de uma norma de conduta que, uma vez violada, se traduz numa fonte de ilicitude, ou se se trata, antes, de uma bitola de culpa.³⁹

Na definição de MENEZES CORDEIRO⁴⁰, “a diligência equivale ao grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever.” Logo, segundo esta definição, tratar-se-ia de uma norma de conduta que, ao não ser cumprida nos termos daquela medida de esforço, recairia numa fonte de ilicitude.

³⁷ Introduzida com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29 de março.

³⁸ Remontando ao *Aktiengesetz* alemão de 1937.

³⁹ Entre os autores que defendem que a diligência referida se trata de um critério normativo de apreciação da culpa, encontramos Antunes Varela, Coutinho de Abreu, Ricardo Costa e Elisabete Gomes Ramos. Em sentido contrário, considerando que esta bitola se trata, antes, do principal padrão de aferição da ilicitude da conduta do administrador, Carneiro da Frada, Pedro Caetano Nunes e João Soares da Silva.

⁴⁰ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades* in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Almedina, 2007, págs. 19-60, pp. 28 e 29.

Assim, na opinião deste autor, o dever de diligência consagrado na al. a) do art. 64.º, n.º 1 trata, fundamentalmente, da “compatibilização entre a discricionariedade empresarial e as restrições impostas pelo ordenamento e pelas realidades da sociedade.”⁴¹ Deste modo, “é, nos termos gerais, uma regra de conduta. Mas incompleta: apenas em conjunto com outras normas ela poderá ter um conteúdo útil preciso. (...) há que saber de que conduta se trata para, então, fixar o grau de esforço exigido na atuação em jogo.”⁴² Apesar de se poder considerar como uma regra “incompleta”, a bitola de diligência é de extrema relevância, pois é através dela que se vai aferir o grau de desconformidade da conduta do administrador relativamente aos diversos deveres a que este se encontra adstrito. “(...) surge como uma bitola mais exigente que a comum: requer um esforço acrescido, por se dirigir a especialistas fiduciários, que gerem bens alheios.”⁴³ É, pois, o eixo central da conduta do administrador, do nosso ponto de vista. Mesmo sopesando o facto de, com a reforma de 2006, a bitola de diligência ter sido relegada para último plano, uma vez que o legislador pretendeu vincar a adstricção do administrador aos deveres de cuidado e de lealdade. Cumpre também sublinhar que, apesar de se enquadrar na al. a) do 64.º, n.º 1, a bitola de diligência não está limitada apenas aos deveres de cuidado, mas sim a todo e qualquer dever do administrador. Porém, temos ainda que ter em conta que, de acordo com o disposto no art. 72.º, n.º 1, parte final do C.S.C., existindo uma violação dos deveres do administrador e, portanto, uma conduta ilícita, a culpa do administrador é presumida. Por esse motivo, podemos considerar que a bitola da diligência contribuirá também para a formulação do juízo de censurabilidade da conduta, ainda que indiretamente. Neste âmbito, importa salientar o referido por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, que frisa a diferença do impacto da bitola de diligência, consoante se trate de um dever de conteúdo determinado ou não. Este autor defende que “quando o dever é de conteúdo indeterminado e a sua determinação é feita em função do fim, como sucede com o dever de administrar bens alheios, como sucede com o dever do gestor, a diligência contribui para a determinação do próprio conteúdo do comportamento devido, o que *não se reporta ao aspeto subjetivo da culpa [...], mas, sim, ao aspeto objetivo da omissão do comportamento*

⁴¹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais... ob. cit.*, p. 25.

⁴² CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais... ob. cit.*, p. 29.

⁴³ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Anotação ao art. 64.º, Almedina, 2009, p.243.

devido, isto é, à licitude ou ilicitude do agir do gestor.”⁴⁴ Assim, daqui depreendemos que a bitola da diligência irá reportar-se a diferentes aspetos consoante o tipo de dever que estiver em causa, nomeadamente desempenhando a função de critério da culpa quando se trate de um dever de conteúdo determinado, e desempenhando a função de critério de ilicitude quanto se trate de um dever de conteúdo indeterminado.

Em segundo lugar, debruçamo-nos sobre a referência que foi acrescentada de seguida, relativa aos **“interesses da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”** que, mais tarde, se concretizou como sendo **“os interesses de longo prazo dos sócios”** e **“os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”**⁴⁵. Como já mencionámos, esta referência foi inspirada na proposta da 5ª Diretriz das sociedades comerciais, cujo programa inicial era essencialmente de influência alemã, daí ter sido pensada para uma estrutura de co-gestão. Por essa razão - sobretudo, por não ser adaptável e flexível às diversas características dos vários sistemas jurídicos societários europeus -, a aludida proposta acabou por não colher frutos. Ainda assim, a sua existência não foi despicienda, pois teve uma grande influência no nosso art. 64.º, designadamente ao terem sido acolhidas as referências sobre as quais ora nos debruçamos. Ao introduzir estes três interesses na norma que consagrava o dever de diligência que deveria orientar a conduta do administrador⁴⁶, o legislador terá querido densificar esse mesmo dever, ilustrando, de forma concreta, os interesses que este deveria ter em conta na sua tomada de decisões diária. Concordamos, por isso, com DIOGO COSTA GONÇALVES quando afirma que o legislador terá querido **“...apontar-lhe [ao dever de diligência] um critério teleológico por referência aos interesses apontados.”**⁴⁷

⁴⁴ VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, Business judgement rule, *deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, in “Direito das Sociedades em revista, ano 1 (2009), vol. 2, pp. 41-75 (69).

⁴⁵ Quanto à definição do conceito de interesse, remetemos para a distinção pacificamente aceite na doutrina entre interesse em sentido subjetivo, que ilustra uma “relação de apetência entre o sujeito considerado e as realidades que entenda aptas para satisfazer as suas necessidades”; em sentido objetivo, “a relação entre o sujeito com necessidades e os bens aptos a satisfazê-las” in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais... ob. cit.*, p. 38.

⁴⁶ Reportamo-nos à versão original do C.S.C. de 1986, como explicitámos *supra*.

⁴⁷ GONÇALVES, DIOGO COSTA, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Teses de Doutoramento, Almedina, 2016, p. 838.

Contudo, a redação do artigo acabou por alterar-se e evoluiu para a versão que hoje conhecemos, referindo-se não apenas ao interesse dos trabalhadores, mas dos *stakeholders*, conceito que engloba todas as pessoas que se relacionam com a sociedade, não só os trabalhadores, mas também os clientes, os credores, os fornecedores, o Estado e, em última instância, o mercado e o interesse público, numa lógica de responsabilidade social da sociedade (para além do interesse comum dos sócios, naturalmente). Deve, todavia, atentar-se numa questão que se levanta após a reforma de 2006, com a divisão da formulação da norma em duas alíneas distintas. O interesse da sociedade (que abarca o interesse dos sócios em modo coletivo e as “dimensões sociais da sociedade”⁴⁸, no sentido de abranger também o interesse dos *stakeholders*) deve, efetivamente, orientar a conduta dos administradores. Porém, não se tratou de uma consagração feliz a junção deste interesse na mesma alínea da exigência de uma atuação “leal”, uma vez que se tratam de duas matérias díspares, como iremos compreender melhor de seguida. Ao abarcar estas duas exigências na mesma alínea, o legislador leva o intérprete-aplicador a pensar que os interesses aí mencionados se tratam de uma concretização da atuação leal quando, na verdade, não são. Para além de o instituto da lealdade ter raízes dogmáticas muito profundas, provenientes do instituto da boa fé, como bem sublinha MENEZES CORDEIRO, “quem é leal a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente.”⁴⁹ Por isso, no raciocínio que deve ser feito aquando da aplicação desta norma, devem ser separadas as águas. Uma coisa será a lealdade que é devida pelo administrador relativamente à sociedade, outra coisa serão os vários interesses que ele deverá ter em linha de conta na sua atuação, no âmbito do cumprimento da sua obrigação de administrar.

Em terceiro lugar, debruçamo-nos sobre o **dever de lealdade**, introduzido no art. 64.º com a proposta da CMVM de fevereiro de 2006 (apesar de, com a reforma, ter sido autonomizado numa alínea própria). A lealdade é um conceito com uma tradição muito antiga, que remonta ao aparecimento do instituto da boa fé, já existente no Direito

⁴⁸ Expressão utilizada por MENEZES CORDEIRO in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais... ob. cit.*, p. 41.

⁴⁹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais... ob. cit.*, p. 41.

romano⁵⁰. Nos tempos que correm, a ideia de lealdade conserva o seu valor, não apenas no Direito societário, mas também no Direito civil e laboral. Se bem atentarmos, surge sempre que estamos perante uma situação em que alguém gere um interesse alheio, em nome e por conta de outrem, como no caso do gestor de negócios ou do mandatário⁵¹, e também nas relações de trabalho, cujas características requerem que a lealdade seja um valor a ter sempre presente. Na situação específica do Direito societário, a lealdade encontra também o seu sentido, seja evidentemente dos administradores para com a sociedade, seja no âmbito do conselho de administração - sobretudo na tutela das minorias -, dos acionistas entre si e destes para com a sociedade. É, por isso, relevante nas diversas relações existentes no plano social. Contudo, relativamente aos administradores, importa esclarecer que a lealdade destes membros é para com a sociedade e não para com os sócios ou outro dos sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, como poderá induzir a letra do preceito. A relação de administração é uma relação fiduciária, dotada de uma especial confiança, que advém da função que é exercida pelo administrador na gestão do interesse social, sendo, por isso classificada como uma relação *uberrimae fidei*, que ultrapassa a exigência de uma conduta conforme com a boa fé genericamente reclamada pelo art. 762.º, n.º 2 do C.C. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA considera, por isso, que “o art. 64.º, n.º 1, al. b) do C.S.C. será tão-só uma concretização ou explicitação do conteúdo do dever de boa fé do art. 762.º, n.º 2 do C.C. adaptada ao caso particular dos deveres de prossecução de interesses alheios – dos chamados *deveres fiduciários*.”⁵² Neste sentido, também se pronunciou a jurisprudência portuguesa. Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12-04-2012 (Processo n.º 9836/09.6TBMAL.P1, Relator: Leonel Serôdio)⁵³:

“A relação que o administrador estabelece com a sociedade é caracterizada pela doutrina como uma **relação fiduciária**: a sociedade quando designa um administrador acaba por colocar nas suas mãos o património da sociedade e tudo o

⁵⁰ Como relembra MENEZES CORDEIRO (in CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais... ob. cit.*, p. 43), “a lealdade leva-nos à deusa *fides* e à necessidade ético-jurídica de respeitar a palavra dada.”

⁵¹ Vejam-se, a este título, os arts. 465.º e 1161.º do C.C.

⁵² OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, *Responsabilidade civil dos administradores: Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra Editora, 1.ª edição, 2015, p. 43.

⁵³ Disponível em www.dgsi.pt.

que daí advém – administração e representação – pressupondo que o administrador cumprirá fielmente as funções para as quais foi designado, atuando em nome do interesse social. A base da relação entre a sociedade e o administrador é, portanto, a confiança.”⁵⁴

Assim, é importante frisar uma diferença fundamental entre os deveres de lealdade e os deveres de cuidado, que é o facto de a lealdade resultar de “uma ponderação ético-jurídica independente de previsão das partes nesse sentido, [apresentando-se] como consequência de uma valoração heterónoma (*ex lege*) da ordem jurídica”⁵⁵, ao contrário dos deveres de cuidado, que não exprimem um valor ético-jurídico em função da específica relação que lhes subjaz. Tal como afirma DIOGO COSTA GONÇALVES, “a *bondade* da gestão não é uma valoração ético-jurídica, mas, sobretudo, técnico-empresarial. O mesmo não sucede na *gestão uberrimae fidei*: aqui o que prevalece (...) é a compreensão ético-jurídica do dever de administrar, e não a eficiência económica e empresarial da gestão.”⁵⁶ Deste modo, a lealdade que é devida pelos administradores é, em qualquer circunstância, indisponível. De resto, a lealdade traduz-se em diversas concretizações já tipicamente consagradas e pacificamente assentes, como o dever de não concorrência⁵⁷, a não apropriação de oportunidades da sociedade, a não atuação em conflitos de interesses, o dever de atuação leal em caso de OPA⁵⁸, entre outros.

Em quarto lugar, o **dever de cuidado**, constante da al. a) do art. 64.º, n.º 1, tendo o legislador decidido inserir, como ilustração deste dever, as expressões “disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções”, numa enumeração exemplificativa. Esta é, claramente, outra importação, mas desta feita do Direito anglo-saxónico.⁵⁹ Neste ordenamento, utiliza-se o dever de cuidado, que é concretizado com um grau de abstração muito elevado (típico dos sistemas de *case law*), para descrever a bitola de cumprimento requerida no exercício

⁵⁴ Negrito nosso.

⁵⁵ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores* in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Almedina, 2007, 61-102, p. 70.

⁵⁶ GONÇALVES, DIOGO COSTA, *Pessoa Coletiva... ob. cit.*, p. 872.

⁵⁷ Consagrado no art. 398.º, n.º 3 do C.S.C.

⁵⁸ Consagrado no art. 181.º, n.º 2, al. d) do C.V.M.

⁵⁹ Aliás, na proposta da reforma de 2006 colocada a discussão pública, a CMVM refere-se expressamente aos *duties of care*, apesar de os identificar com os deveres de diligência.

das funções do administrador, ou seja, expondo os critérios que o administrador deverá cumprir para se eximir da responsabilidade por negligência⁶⁰, sendo também concedida uma margem ao administrador que lhe permita não ser responsabilizado desde que atue no âmbito dos riscos próprios do negócio (*business judgement rule*). Consideramos ser pertinente, nesta sede, averiguar qual foi o raciocínio do legislador ao realizar esta importação anglo-saxónica. Ora, no Relatório Final da CMVM⁶¹, é mencionado o seguinte:

“A cláusula geral de atuação cuidadosa foi separada do critério de atuação diligente que serve de bitola do cumprimento daquela; além disso, foi decomposta nos seus elementos essenciais e complementada com a ideia de adequação das qualificações exigidas em relação ao tipo de funções desempenhadas - o que se mostra importante designadamente nos casos dos administradores não executivos.”

Deste modo, compreendemos que a preocupação do legislador foi, não só definir de forma mais minuciosa a “cláusula geral de atuação cuidadosa”, mas também de assegurar que os administradores fossem detentores das “qualificações exigidas” para o tipo de funções que desempenham. Chegamos, portanto, à conclusão que a intenção do legislador foi, efetivamente, a de garantir uma **boa e/ou diligente administração**. Por isso, concordamos com DIOGO COSTA GONÇALVES quando refere que “...queda sempre presente a dimensão teleológica do preceito: *a preocupação pela qualidade da gestão*. (...) sob a designação dos deveres de cuidado, o que o legislador quis explicitar foi a *dimensão qualitativa* da obrigação de administrar.”⁶²

Tendo em conta este enquadramento, apercebemo-nos que a técnica legislativa não foi a mais feliz, pois não transmite de forma clara a verdadeira *ratio* da norma. Para além disso, os três critérios que o legislador decidiu introduzir não têm uma grande utilidade na nossa prática jurídica. Tal como afirma CARNEIRO DA FRADA, “estamos perante descrições do comportamento objetivamente exigível do administrador.”⁶³ São diretivas que ilustram um dever de administração cuidadosa. Assim, o que impõe, na verdade, o art. 64.º, n.º 1, al. a) é uma obrigação de boa administração,

⁶⁰ Sendo certo que, no Direito anglo-saxónico, a ilicitude e a culpa não são autonomizadas no âmbito da responsabilidade.

⁶¹ Relativo à Proposta da CMVM sujeita a consulta pública (n.º 1/2006).

⁶² GONÇALVES, DIOGO COSTA, *Pessoa Coletiva... ob. cit.*, p. 858.

⁶³ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *A business judgement rule no quadro... ob. cit.*, p. 68.

de *cuidar* do interesse social, exemplificando essa obrigação com algumas expressões indicativas do comportamento ideal. Assim, a bitola da diligência do gestor criterioso e ordenado não deverá ser desvalorizada, pois continua a estar em consonância com a prática jurídica da *common law*. Não obstante ter sido intenção do legislador consagrar como deveres *fundamentais* dos administradores os deveres de cuidado e lealdade, a sua operacionalidade prática deverá ser levada a cabo com conta, peso e medida, tendo em atenção a forma como o preceito foi sendo construído e, sobretudo, considerando a origem dogmática dos conceitos inseridos.

Por conseguinte, constatamos que as alterações introduzidas no art. 64.º poderiam ter sido mais claras, com vista à aplicação prática do preceito e à sua operacionalidade. FILIPE BARREIROS afirma, a este propósito, que “a existência de preceitos com uma formulação genérica em nada facilita as interpretações do artigo, dando margem a interpretações subjetivas, potencialmente frágeis e difíceis de sustentar por parte dos operadores judiciais, exigindo desta feita um esforço redobrado por parte da jurisprudência e da doutrina para uma segura aplicação da lei aos casos concretos.”⁶⁴ Da leitura do preceito como resultou consagrado, existe um enorme risco de confusão dos diversos conceitos que a norma apresenta. Prova disso é que mesmo a jurisprudência portuguesa não raras vezes se pronuncia de forma pouco precisa no que toca à aplicação do art. 64.º como norma de conduta objetivamente exigível dos administradores, aparentando não ter presente a origem dogmática do mesmo. Veja-se, a título de exemplo, o mencionado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30-09-2014 (Processo n.º1195/08.0TYLSB, L1.S1, Relator: Fonseca Ramos)⁶⁵:

“O art. 64º do Código das Sociedades Comerciais, antes e depois da Reforma de 2006, impõe a observância de deveres de cuidado, verdadeiros poderes-deveres dos gerentes ou administradores baseados numa relação de confiança (fiducia) que se estabelece entre a sociedade e quem a gere, seja no círculo das suas relações internas, seja nas relações externas com terceiros, sejam eles credores, entidades administrativas, trabalhadores ou quaisquer outros interessados. O dever de cuidado –

⁶⁴ BARREIROS, FILIPE, *Responsabilidade civil dos administradores: Os deveres gerais e a corporate governance*, Coimbra Editora, 2010, p. 47.

⁶⁵ Disponível em www.dgsi.pt.

duty of care – está insito na atuação do “gestor criterioso e ordenado” e no grau de diligência que esse standard postula.”

Esta decisão de 2014 – passados, portanto, já alguns anos desde a reforma societária – associa os deveres de cuidado com a relação de confiança (*fiducia*) e encara-os como poderes-deveres. Para além disso, identifica o(s) dever(es) de cuidado com a diligência do gestor criterioso e ordenado. Ora, a relação de especial confiança entre o administrador e a sociedade espelha-se, sobretudo, na concretização dos deveres de lealdade, pois estes é que são os verdadeiros deveres fiduciários, traduzidos em específicas concretizações da especial relação administrador-sociedade e contribuindo diretamente para a sua preservação. Por seu turno, os deveres de cuidado reportam-se à atuação do administrador, devendo este demonstrar a disponibilidade e a competência técnica para tratar dos assuntos relativos à sociedade, de forma informada. A tónica deve, neste caso, ser colocada na atuação do administrador, como um modo de conduta deste, e não propriamente na relação deste para com a sociedade. Com efeito, a diligência do gestor criterioso e ordenado não deve deixar de ter em conta os deveres de cuidado que devem pautar a atuação do administrador. Porém, importa salientar que o administrador “deve ser diligente na execução de *todos* os seus deveres e não, apenas, nos de cuidado.”⁶⁶

Aliás, cumpre ainda salientar um aspeto, em jeito conclusivo sobre o breve excuroso relativo aos deveres dos administradores, que é o facto de o legislador, ao ter realizado esta distinção entre as duas alíneas do n.º 1 do art. 64.º, não ter sublinhado devidamente a obrigação que é, naturalmente, a mais importante no exercício das funções do administrador: a obrigação de administrar. Sob a epígrafe de deveres *fundamentais*, o legislador aparenta ter-se esquecido do dever natural do administrador, que é, como bem frisa CARNEIRO DA FRADA, “não um simples dever de *cuidado* (na sua atividade de administração), mas o dever de *cuidar* da sociedade, ou seja, o dever de tomar conta, de assumir o interesse social.”⁶⁷ Este dever supremo na atuação do administrador parece ter ficado relegado para um plano secundário, perdido no meio das várias novidades que o legislador decidiu inserir, não lhe sendo dado, na nossa opinião, o devido relevo. Com

⁶⁶ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais... ob. cit.*, p. 58.

⁶⁷ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *A business judgement rule no quadro... ob. cit.*, p. 68.

efeito, a própria alteração da epígrafe de *dever de diligência* para *deveres fundamentais* sugere isso mesmo, passando agora a serem realçados, não um dever (o da boa, ou diligente, administração), mas sim uma multiplicidade de situações jurídicas passivas.

Ademais, caso os administradores não observem os deveres de conduta que lhes são impostos, nos termos acima expostos, estarão sujeitos a duas consequências, no plano civil: ou a destituição⁶⁸, ou a responsabilidade civil.⁶⁹ Neste âmbito, convém destacar a *business judgement rule*, consagrada no art. 72.º, n.º 2 e que funciona, aparentemente, como uma causa de exclusão da responsabilidade. Esta é mais uma concretização importada, neste caso, do Direito norte-americano (também de matriz anglo-saxónica). Esta norma vem reconhecer que deve ser concedida uma margem de discricionariedade ao administrador, em virtude do contexto empresarial em que se insere a sua atuação. “A ponderação do mérito da decisão não deve ser realizada por referência aos resultados da decisão dada a existência do referido risco empresarial. O mérito da decisão deve ser aferido atendendo ao momento da tomada de decisão. (...) esta restrição da margem de ilicitude determina que, na prática, apenas sejam consideradas ilícitas as decisões irracionais ou absolutamente insustentáveis (e/ou com absoluta falta de informação no *iter* decisional.”⁷⁰ Determina, por isso, que existem certas circunstâncias que, a serem verificadas, eximem o administrador da responsabilidade a que de outra forma estaria sujeito, devido às consequências danosas que a sua conduta causou, designadamente a atuação em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial. Essas circunstâncias traduzem um método que permite ao julgador sindicar uma conduta que, normalmente, estaria fora da sua competência, exatamente por ser reconhecida ao administrador alguma discricionariedade na execução das suas tarefas. Esta foi a solução encontrada para permitir um equilíbrio entre o respeito pelas decisões técnicas do administrador no contexto empresarial, por um lado, e a garantia da proteção do interesse social, por outro. Assim, para que a *business judgement rule* possa efetivar-se, temos que estar perante uma decisão do

⁶⁸ Nos termos gerais do art. 403.º do C.S.C., isto é, podendo ser destituídos em qualquer momento por deliberação da assembleia geral. Mas, no caso de não existir justa causa, tendo direito a indemnização pelos danos sofridos, sem que esta possa exceder o montante das remunerações que presumivelmente receberia até ao final do período para que foi eleito.

⁶⁹ Nos termos dos arts. 72.º e ss. do C.S.C.

⁷⁰ NUNES, PEDRO CAETANO, *Responsabilidade civil dos administradores perante os acionistas*, Almedina, 2001, p. 93.

administrador em que lhe tivesse sido concedida uma margem de autonomia, e nunca perante prescrições de comportamento específicas, impostas pela lei ou pelos estatutos.

Chegamos, então, à conclusão que “a *business judgement rule* tem como referência essencial o dever de (boa) administração”⁷¹, sendo este dever uma verdadeira obrigação de meios, e não de resultado. A conduta do administrador deverá ser sindicada em conformidade com os deveres de cuidado e de lealdade e com a bitola de diligência do gestor criterioso e ordenado, nos termos que foram descritos. Não obstante, a *business judgement rule* constitui também um verdadeiro complemento à noção de ilicitude que deve ser considerada quando se formula um juízo sobre uma determinada conduta de um administrador. Se bem atentarmos no regime que foi construído pelo nosso legislador, caso o administrador consiga provar que atuou “em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal”⁷² e segundo critérios de racionalidade empresarial”, estará a sua conduta livre da sindicância judicial sobre o mérito da sua decisão, mesmo apesar de essa conduta ter conduzido a resultados danosos. Melhor dizendo, se este cumprir os requisitos enunciados, a sua conduta não terá violado os deveres de cuidado do art. 64.º, n.º 1, al. a), nem a bitola de diligência que o mesmo artigo consagra, logo não poderá ser considerada ilícita. Consequentemente, não poderá existir responsabilidade civil. Por isso, concordamos com DIOGO COSTA GONÇALVES, quando defende que “... o art. 72.º/2 não configura uma causa de exclusão da ilicitude, mas antes uma delimitação da ilicitude; *i.e.*: uma fonte normativa que concorre para a determinação do único e mesmo dever ser: a obrigação de uma gestão cuidada da sociedade, estruturalmente prevista para o art. 64.º/1, a).”⁷³

A ideia acima expressa aplica-se relativamente aos requisitos de “atuação informada” e “segundo critérios de racionalidade empresarial”. Já no que toca ao requisito da atuação “livre de qualquer interesse pessoal”, este estará especialmente relacionado com o dever de lealdade e não tanto com o dever de administração cuidada. A atuação livre de interesses pessoais está invariavelmente ligada à relação fiduciária que lhe está subjacente, e não propriamente relacionada com a atividade de administração em si. É, por isso, um reforço do dever de lealdade já consagrado no art. 64.º, n.º 1, al. b).

⁷¹ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *A business judgement rule no quadro... ob. cit.*, p. 81.

⁷² Como podemos constatar, a lealdade tem também um papel nesta sede, servindo de requisito para a aplicação da *business judgement rule*.

⁷³ GONÇALVES, DIOGO COSTA, *Pessoa Coletiva... ob. cit.*, p. 858.

Deste modo, não podemos concordar com a posição que defende a *business judgement rule* como causa de exclusão da culpa. Para isso suceder, a conduta do administrador deveria ter sido considerada ilícita em primeiro lugar, o que não se afigura possível considerando a posição por nós adotada. Do nosso ponto de vista, a *business judgement rule* vem introduzir mais dois elementos normativos que integram a obrigação de boa administração, contribuindo para a formação do juízo da ilicitude, ao mesmo tempo que reitera o dever de administração leal decorrente da relação *uberrimae fidei*. Para além disso, introduz alterações a nível da repartição do ónus da prova quando ocorrer a violação de deveres, ou seja, quando se verificar uma conduta ilícita, matéria que iremos desenvolver adiante.

Posto isto, concluímos que a obrigação de administrar deverá ser, necessariamente, uma **obrigação de diligente administração**⁷⁴, numa lógica de interpretação sistemática e coerente com os deveres de conduta que os administradores devem observar no âmbito da sua atividade no meio social. Não podemos nunca olvidar que a obrigação de administração “corresponde à prática de atos materiais e jurídicos referentes a posições jurídicas alheias”⁷⁵, tratando-se, por isso, de uma obrigação que está sempre funcionalmente vinculada à prossecução de interesses alheios. Por essa razão se exige uma lealdade “qualificada” e é classificada como uma relação *uberrimae fidei*, em virtude da especial intensidade da confiança existente entre administrador e sociedade. Desta forma, o administrador está obrigado a *cuidar* da sociedade, ou seja, a praticar uma administração *cuidada*, diligente, em conformidade com os valores e deveres do art. 64.º, n.º 1 e 72.º, n.º 2, de acordo com as considerações que foram expostas *supra*.

Assim, voltando ao objeto do presente estudo, importa compreender que o administrador não executivo é “o primeiro fiscalizador da atividade da empresa”⁷⁶, uma vez que o controlo que este exerce sobre os restantes administradores é absolutamente indispensável no sistema de organização social, sendo a primeira linha de reação contra eventuais atos dos administradores executivos que não concretizem os interesses e os fins da sociedade. Esta tarefa de fiscalização dos atos de gestão corrente é, ela própria,

⁷⁴ GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização ...*, *ob. cit.*, par. 330.

⁷⁵ GONÇALVES, DIOGO COSTA, *Pessoa Coletiva... ob. cit.*, p. 890.

⁷⁶ GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização ...*, *ob. cit.*, par. 329.

considerada uma “tarefa originária de gestão”⁷⁷, que é intrínseca à função de administrar e que não pode ser dissociada desta. Neste sentido, é curioso observar que o C.S.C. impõe, nas sociedades de maior dimensão, a composição plural do conselho de administração, isto é, a obrigatoriedade de o conselho de administração ser formado por mais do que um administrador⁷⁸, porém, permite a delegação da gestão corrente da sociedade num único administrador, atento o disposto no art. 407.º, n.º 3. A razão para esta exigência poderá ser explicada pela relevância da função de vigilância geral e de controlo da atuação dos administradores executivos no funcionamento do conselho de administração⁷⁹, que é competência dos administradores não executivos. Este poderá ser um indício de que o legislador atribui assaz importância a esta função, apesar de não expressar a sua intenção diretamente. Também o Livro Branco sobre *Corporate Governance* em Portugal⁸⁰, que se enquadra na designada *soft law*⁸¹ (que iremos desenvolver adiante), realiza duas recomendações às sociedades anónimas, especialmente às sociedades cotadas em bolsa, que vão no sentido que deixamos aqui expresso, designadamente as recomendações 20 e 22, que citamos:

“20) *Os administradores não executivos, além de conselheiros e decisores, assumam um papel de fiscalizadores, desafiadores e avaliadores dos administradores executivos, devendo ainda zelar pela aplicação dos princípios de sustentabilidade e responsabilidade social assumidos pela empresa.*

(...)

22) *Os administradores não executivos dediquem o tempo e o esforço necessários aos assuntos da empresa, de modo a assegurar um desempenho informado, eficiente e competente da sua missão.”*

⁷⁷ Segundo JOHANNES SEMLER (“Die interne Überwachung in der Holding” in MARCUS LETTER (ed.) – *Holding Handbuch: Recht, Management, Steuern*, 4.ª ed., Köln: Schmidt, 2004, p. 177-178. *apud* GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da Administração à fiscalização das sociedades...*, *ob. cit.* par. 333.

⁷⁸ Como estabelece o art. 390.º, n.º 2 do C.S.C.

⁷⁹ MAIA, PEDRO, *Studia Iuridica 62 - A função e o funcionamento...* *ob. cit.*, pp. 18 e 19.

⁸⁰ Silva, Artur Santos; Vitorino, António; Alves, Carlos Francisco; Cunha, Jorge Arriaga da; e Monteiro, Manuel Alves, “Livro Branco sobre *Corporate Governance* em Portugal”, Instituto Português de *Corporate Governance*, 2006, p. 147, disponível em:

http://www.cgov.pt/images/stories/livro_branco_de_corporate_governance.pdf

⁸¹ Importa frisar que a *soft law* está cada vez mais a ser utilizada no âmbito da *corporate governance*, ou seja, do governo da sociedade, constituindo, no fundo, diretivas que as sociedades comerciais devem seguir na sua atuação. Os Códigos de bom governo e as diretrizes de *soft law* surgem como um complemento à ordem jurídica vigente e visam emitir orientações ou recomendações para o funcionamento e prática diária das sociedades comerciais, assentando num sistema de *comply or explain*, ou seja, de cumprir ou justificar, devendo as empresas cumprir com as recomendações ou, então, justificar as situações em que não o fizeram.

Do nosso ponto de vista, a obrigação de diligente administração significa que a administração da sociedade deve ser exercida em consonância com os deveres consagrados no art. 64.º, n.º 1 do C.S.C. e tendo em conta a sua origem dogmática, nos moldes que foram expostos. No caso dos administradores não executivos, esta premissa deve ser aplicada às suas competências, significando que a obrigação de vigilância geral deverá também ela ser norteada por estes deveres. Assim, a obrigação de vigilância desdobrar-se-á em duas vertentes: de controlo e monitorização da atividade dos administradores executivos, por um lado; por outro lado, comportando também uma vertente ativa, isto é, de iniciativa, visando, a todo o tempo, o cumprimento pleno do interesse social a que os administradores estão inegavelmente adstritos. A obrigação de administrar representa um conceito-síntese, sendo decomponível em diversos deveres e correspondendo a uma posição jurídica compreensiva. Nesse sentido, comporta no seu seio não apenas deveres ou situações passivas, mas também elementos ativos, como o poder de obtenção de informação, como iremos analisar de seguida. Não podemos olvidar que “os poderes dos administradores são funcionais e ordenam-se ao cumprimento da obrigação de administrar.”⁸² Para além de que “o padrão da diligência de um gestor criterioso e ordenado exige que os administradores fiscalizem e intervenham sempre que a concretização das opções empresariais seja díspar do que foi decidido no conselho e não se adegue ao interesse social.”⁸³

1.1 PODER-DEVER DE OBTENÇÃO DE INFORMAÇÃO

Por conseguinte, tendo em conta o que temos vindo a expor, existe um aspeto que importa reter: para que os administradores não executivos possam evitar estar expostos ao regime de responsabilidade solidária passiva dos administradores, devem cumprir a obrigação de administração da sociedade, de forma diligente, o que implica o acompanhamento dos atos dos administradores executivos de forma atenta. Devem escrutiná-los sem, no entanto, neles se imiscuírem diretamente, o que significa que a informação deve chegar aos administradores não executivos numa base diária (se

⁸² FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *A business judgement rule no quadro... ob. cit.*, p. 67.

⁸³ RAMOS, ELISABETE GOMES, *Responsabilidade civil dos administradores e diretores... ob. cit.*, p. 117.

necessário for), sem que lhes possa ser colocado qualquer entrave ao acesso à informação. O conselho de administração e os administradores não executivos individualmente considerados têm verdadeiros “poderes de obtenção de informação e inspeção [que] estando funcionalmente vinculados à prossecução do interesse social, são, tecnicamente, poderes-deveres.”⁸⁴ Devem, conseqüentemente, ter acesso a toda a informação que seja relativa aos atos dos administradores executivos, nomeadamente a documentos e podendo questionar trabalhadores da empresa ou quaisquer órgãos sociais. Essencialmente, tendo o poder de realizar tudo o que estiver ao seu alcance para assegurar que o interesse social está a ser devidamente cumprido, incluindo também a possibilidade de os próprios administradores não executivos solicitarem aos executivos qualquer informação relativa às suas atividades, podendo interrogá-los sobre qualquer questão, desde que entendam que é indispensável para poderem desempenhar as suas funções de forma cabal.

Neste sentido, PEDRO MAIA considera que o poder de inspeção e de informação que detêm os administradores não executivos é “um verdadeiro poder individual, exercível independentemente de deliberação do colégio. (...) o administrador, para desempenho das suas funções (...) há-de poder, livre e isoladamente, informar-se sobre a atividade da sociedade: (...) é da própria natureza e função do cargo de administrador que deflui a existência de um poder de informação.”⁸⁵ Ou seja, defendendo claramente que o poder de inspeção e de informação dos administradores não está dependente da existência de uma delegação e que esta nunca poderá pôr em causa os poderes que são concedidos a cada administrador individualmente considerado. Por fim, o autor formula uma conclusão que nos parece, de todo o modo, pertinente, ao afirmar que “a norma confere aos administradores não delegados um *poder* de vigilância – implicitamente inscrito no *dever* a que a sua letra expressamente alude – protege interesses da *minoría* dos administradores; na medida em que impõe um *dever* de vigilância a esses mesmos administradores, protege *interesses difusos*, seja de *terceiros*, seja da *sociedade*, seja dos próprios acionistas.”

Assim, não deixamos de estar de acordo com a posição do autor *supra* mencionado, no entanto, importa esclarecer um aspeto: todos os administradores, sejam executivos ou não, são detentores deste poder de vigilância, que implica que todos tenham acesso à

⁸⁴ GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização...*, *ob. cit.*, par. 400.

⁸⁵ MAIA, PEDRO, *Studia Iuridica 62 - A função e o funcionamento...* *ob. cit.*, p. 274.

informação necessária para cumprimento dos seus deveres. Este poder decorre diretamente dos deveres a que todos os administradores estão adstritos através do art. 64.º, n.º 1. Ocorrendo, contudo, uma delegação de poderes de gestão, os administradores não executivos têm, para além de um poder, uma verdadeira obrigação de vigilância, que compreende os poderes de inspeção e de informação, e que os protege não apenas a eles próprios, mas, sobretudo, à sociedade em si e aos terceiros que com ela se relacionam.

Convém, ainda, lembrar, tal como o faz ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO⁸⁶, que “o administrador delegado é o vigiado, pelo que não deve a vigilância esgotar-se na informação disponibilizada por este.” O administrador não executivo, enquanto primeiro garante do interesse social, no âmbito da sua obrigação de vigilância geral, pode e deve ir mais além se quiser apurar uma qualquer questão que entenda que possa pôr em risco os interesses da sociedade. Para tal, deve procurar conhecer todos os factos que possam ser relevantes, tendo por isso um verdadeiro poder de inspeção, que deve ser aliado à proatividade e iniciativa que devem também caracterizar a atuação dos administradores não executivos.⁸⁷ Aliás, devem aplicar-se analogicamente a estes administradores os poderes do conselho fiscal no âmbito da sua competência de fiscalização, nomeadamente os do arts. 420.º, n.º 3 e 421.º, n.º 1.⁸⁸

O administrador não executivo tem, por isso, um poder-dever de obtenção de informação e de inspeção da mesma, não podendo ser invocados quaisquer argumentos

⁸⁶ FIGUEIREDO, ISABEL MOUSINHO DE, *O administrador delegado: A delegação de poderes de gestão no Direito das sociedades*, O Direito, 137:3, 2005, p. 568.

⁸⁷ Neste sentido escreve também PEDRO MAIA, em nota de rodapé (n.º 324, in *Studia Iuridica* 62 - *A função e o funcionamento... ob. cit.*, p. 269), onde reforça exatamente esta ideia: “É nesta linha que a doutrina dominante em Itália (...) reconhece no poder de vigilância a cargo dos administradores não delegados um poder de *inspeção* e um poder de *informação*. Com o primeiro, o administrador deve poder ter acesso a quaisquer documentos ou coisas da sociedade; com o segundo, ele é admitido a obter informações dos próprios administradores delegados – donde a existência do respetivo dever a cargo destes de fornecerem todas as informações requeridas (...) e também dos trabalhadores da sociedade, quaisquer que eles sejam.”

⁸⁸ Os poderes de “proceder, conjunta ou separadamente e em qualquer momento do ano, a todos os atos de verificação e inspeção que considerem convenientes para o cumprimento das suas obrigações de fiscalização” (art. 420.º, n.º 3) e de “obter da administração a apresentação, para exame e verificação, dos livros, registos e documentos da sociedade, bem como verificar as existências de qualquer classe de valores, designadamente dinheiro, títulos e mercadorias; obter da administração ou de qualquer dos administradores informações ou esclarecimentos sobre o curso das operações ou atividades da sociedade ou sobre qualquer dos seus negócios; obter de terceiros que tenham realizado operações por conta da sociedade as informações de que careçam para o conveniente esclarecimento das operações” (art. 421.º, n.º 1).

de confidencialidade da informação, uma vez que não deve ser privilegiado o conhecimento de informação quanto a alguns administradores, face a outros. Deverá, por isso, ter-se esta questão em conta quando estivermos perante a chamada “informação sensível” e o regime que regula o acesso à mesma constante do art. 398.º, n.º 4 do C.S.C.

Após a recolha de informação, o administrador não executivo deverá analisá-la, de modo a aferir se aquele determinado rumo de ação seguido pelos administradores executivos não viola nenhuma norma jurídica, se é adequado e se cumpre de forma eficiente o interesse social, sopesando também os riscos que, no caso concreto, se poderão verificar. Na hipótese de o administrador não executivo considerar que determinado ato não obedece a esses pressupostos, deverá reagir, sob pena de ele próprio puder ser responsabilizado pelos danos causados por esse ato prejudicial à sociedade.

Estabelecendo um paralelo com a doutrina italiana, neste sentido escreve também LUIGI FERRAJOLI, considerando que o poder dos administradores não executivos de receber informação, e a dos executivos de a fornecer, são pressupostos da obrigação de agir e de administrar de forma informada e, por consequência, de evitar a responsabilidade solidária. Chegamos, portanto, à conclusão que a ideia de um conselho de administração com uma componente marcadamente ativa, composto por uma diversidade de competências no seu próprio seio teve também acolhimento no ordenamento jurídico italiano. No Direito italiano, tem-se vindo a entender que a obrigação de diligente administração, *maxime*, a obrigação de agir e tomar decisões de forma informada e consciente, tem um caráter individual, devendo cada administrador procurar obter toda a informação necessária para o cabal cumprimento das suas obrigações. No relatório que foi efetuado sobre a reforma do Direito italiano de 2003, esclarece-se que a diligência que este cargo impõe, no seu exercício, não significa que os administradores devam ser peritos em contabilidade ou em matérias financeiras, mas sim que atuem de forma informada e ponderada, com conhecimento dos riscos envolvidos em cada atuação e não de forma negligente.⁸⁹ O administrador não executivo deve estar munido de toda a informação de que carecer para, não só poder avaliar, de

⁸⁹ FERRAJOLI, LUIGI, *L'amministratore senza delega: profili di responsabilità civile e penale* in “Bilancio, vigilanza e controlli, n. sei 2014, pág. 39.

forma consciente, a estrutura administrativa, organizativa e contabilística da sociedade, podendo desta forma dar um parecer informado sobre o andamento geral da gestão, mas também para poder exprimir a sua oposição de forma fundamentada e, dessa forma, eximir-se da responsabilidade solidária.⁹⁰

Também a jurisprudência italiana tem perfilhado deste entendimento, considerando que a postura dos administradores não executivos perante a informação que lhes deve ser prestada pelos executivos não pode ser meramente passiva. Neste sentido, pode encontrar-se uma decisão do *Tribunale Ordinario di Prato* de 25 de setembro de 2012 (processo n.º 460/2012)⁹¹ em que, no seguimento da declaração de insolvência de uma sociedade anónima, foi determinada a penhora dos bens dos administradores envolvidos nos prejuízos causados à sociedade. A defesa de alguns administradores baseou-se na alegação de que a sua responsabilidade quanto às perdas deveria ser excluída pelo simples facto de serem administradores *privi di deleghe*, ou seja, não executivos. O Tribunal decidiu que o poder-dever de informação destes administradores comporta uma vertente ativa, de inspeção do que for necessário para apurar se a sociedade está, ou não, a ser prejudicada, pelo que estes administradores deviam ser responsabilizados. O Tribunal defendeu a posição de que esta era a única forma de se conceber a obrigação de administrar dos administradores não executivos, pois, caso assim não fosse, o método colegial do conselho seria uma autêntica fachada. Os administradores executivos acabariam por concentrar em si todos os poderes de decisão, pois não seriam alvo de uma vigilância séria e crítica.

Constatamos, então, que no Direito italiano existe uma consagração legislativa desta interpretação, estando tanto a doutrina como a jurisprudência em sintonia relativamente a esta questão. Cumpre também salientar que, no ordenamento jurídico italiano, admite-

⁹⁰ FERRAJOLI, LUIGI, *L'amministratore senza delega: profili di responsabilità civile e penale* in "Bilancio, vigilanza e controlli, n. sei 2014, pág. 40.

⁹¹ Esta decisão foi proferida pelo "Tribunale Ordinario di Prato", processo n.º 460/2012 (disponível em: <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7838.pdf>), em que se entendeu o seguinte: "*una diversa soluzione ermeneutica delle norme che definiscono i doveri e le responsabilità degli amministratori, distinguendo tra le responsabilità degli amministratori in base al conferimento o meno di una delega da parte del consiglio d'amministrazione, finirebbe per avallare delle pratiche nelle quali il metodo collegiale all'interno dell'organo amministrativo sia puramente di facciata, giustificando delle prassi nelle quali i componenti dell'organo collegiale si limitano ad avallare acriticamente l'operato dell'amministratore delegato nel quale sono, di fatto, concentrati tutti i poteri decisionali. (...) Un'appartenenza meramente formale all'organo amministrativo di una società non può infatti costituire una forma di esonero della responsabilità. L'accettazione dell'incarico di amministratore [...] ha comportato infatti l'assunzione di precisi doveri stabilite dalle norme già richiamate di cui agli artt. 2392 e 2381 cod.civ.*"

se, até, uma responsabilidade penal por omissão⁹², devido à posição de garantia que é entendida como inerente ao cargo de administrador. Esta responsabilidade implica a representação do evento danoso, por parte do administrador, e a omissão deliberada do dever de o impedir.

Voltando ao nosso ordenamento jurídico, consideramos também relevante sublinhar o papel do presidente da comissão executiva na transmissão da informação relativa à gestão corrente da sociedade aos administradores não executivos. No caso de ser criada uma comissão executiva, o presidente da mesma⁹³ deverá “*assegurar que seja prestada toda a informação aos demais membros do conselho de administração relativamente à atividade e às deliberações da comissão executiva*”, de acordo com o disposto no art. 407.º, n.º 6, al. a). Esta norma pretende salvaguardar a circulação da informação entre os membros do conselho de administração, garantindo uma comunicação eficaz entre a comissão executiva e os restantes membros do conselho, nomeadamente os administradores não executivos. SOVERAL MARTINS escreve, a este propósito, que “o dever em causa do presidente da comissão executiva deve ser cumprido *relativamente aos restantes membros do conselho* e não apenas ao conselho. Não basta que a informação seja feita chegar ao presidente do conselho de administração, por exemplo. Mas, se uma informação é solicitada por um dos restantes membros do conselho de administração, o presidente da comissão executiva deve assegurar que ela é prestada também aos restantes. (...) tal dever existe independentemente da solicitação de tais informações.”⁹⁴

Não obstante o C.S.C. expressar a importância de um fluxo de informação transparente entre os vários órgãos da sociedade, também no âmbito da *soft law* se realça este aspeto, sendo que todos os principais relatórios mencionam a importância da informação e da circulação da mesma de forma fluida e transparente entre os vários membros do conselho de administração e entre os vários órgãos sociais, nomeadamente o *Cadbury Report*, os princípios da OCDE, o *Higgs Report*, entre outros. A nível nacional, entendemos ser relevante destacar, por exemplo, o Código de Governo das

⁹² Com base no artigo 40.º, 2.º parágrafo do *Codice Penale*.

⁹³ No caso de ser feita uma delegação de poderes, deve ser obrigatoriamente designado um presidente da comissão executiva, de acordo com o disposto no n.º 5 do art. 407.º do C.S.C.

⁹⁴ SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, *Administradores Delegados...*, *ob. cit.*, p. 93.

Sociedades do ano de 2017⁹⁵ que estabelece como princípio que “*Os membros dos órgãos sociais, mormente os administradores, deverão criar as condições para que, na medida das responsabilidades de cada órgão, seja assegurada a tomada de medidas ponderadas e eficientes e, de igual modo, para que os vários órgãos da sociedade atuem de forma harmoniosa, articulada e com a informação adequada ao exercício das respetivas funções.*”⁹⁶ Para além disso, no ponto I.3.2., o mesmo Código recomenda que “*cada órgão e comissão da sociedade deve assegurar, atempada e adequadamente, o fluxo de informação, desde logo das respetivas convocatórias e atas, necessário ao exercício das competências legais e estatutárias de cada um dos restantes órgãos e comissões.*”

Também o Livro Branco sobre *Corporate Governance* em Portugal realiza três recomendações às sociedades (recomendações 24, 25 e 26), especificamente quanto ao papel dos administradores não executivos e o seu acesso à informação (Ponto 2.3.4), designadamente que:

“24) *Todos os administradores não executivos tenham a possibilidade de aceder aos recursos que se mostrem necessários para o exercício das suas funções.*

25) *Aos administradores não executivos seja facultada toda a informação por eles solicitada sobre o funcionamento da Comissão Executiva, incluindo as agendas e as atas das respetivas reuniões.*

26) *Exista um programa de introdução dos novos administradores não executivos às matérias técnicas e financeiras da empresa, assim como um programa de atualização permanente, visando garantir que os administradores não executivos estejam familiarizados com os assuntos da empresa e disponham de toda a formação e informação necessárias ao adequado desempenho da sua missão.*”⁹⁷

Como podemos verificar, é, por diversas vezes, salientada a importância de um fluxo de informação transparente entre os vários órgãos sociais, mas sobretudo no seio do conselho de administração, visando assegurar que os administradores não executivos obtêm a informação de que carecem para cumprir os seus deveres, nos termos que já

⁹⁵ Código de Governo das Sociedades, realizado pelo Instituto Português de Corporate Governance em 2017, disponível em http://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/codigo_pt_ebook.pdf.

⁹⁶ Ponto I.3.

⁹⁷ Silva, Artur Santos; Vitorino, António; Alves, Carlos Francisco; Cunha, Jorge Arriaga da; e Monteiro, Manuel Alves, “Livro Branco..., *ob.cit.*, p. 147.

foram expostos. Para além disso, pretende-se também garantir que estes administradores tenham as qualificações e os conhecimentos necessários ao cabal desempenho das suas funções, garantindo, desta forma, uma vigilância diligente.

1.2 INTENSIDADE DA OBRIGAÇÃO DE VIGILÂNCIA GERAL: NATUREZA SINTÉTICA OU ANALÍTICA

Tal como temos vindo a expor, a obrigação de vigilância a que os administradores estão vinculados está funcionalmente ligada ao interesse social, o que implica que os administradores não devam ter uma atitude meramente passiva, de observação do comportamento dos outros administradores, mas sim que tenham um olhar atento e que reajam perante atuações que considerem como lesivas do interesse social. Para isso, deverão analisar as situações e avaliar os riscos que cada atuação comporta, revelando-se, por isso, como essencial a informação relativa à gestão corrente que é obtida por cada administrador não executivo. A informação deve fluir entre os vários membros do conselho de administração, devendo existir iniciativa de todas as partes para que isso suceda de forma escorreita. Assim, os administradores executivos devem, não só disponibilizar aos não executivos a informação necessária para o cumprimento cabal da obrigação de vigilância, como também assegurar verdadeiramente que estes a obtêm. Caso isso não suceda, deverá o administrador não executivo procurar, ele próprio, a informação de que carece para poder cumprir a sua obrigação, podendo inspecionar o que entenda relevante e solicitar esclarecimentos sobre qualquer questão.

Esta é, em suma, a interpretação que fazemos sobre o conceito da obrigação de vigilância geral que o C.S.C. comete aos administradores não executivos. No entanto, como já observámos, este Código apenas refere, de forma singela, que os administradores são responsáveis pela vigilância geral da atuação do administrador ou administradores-delegados ou da comissão executiva, o que não deixa de ser uma formulação legislativa que, sem mais, pode dar azo a diversas interpretações. SOVERAL MARTINS, por exemplo, considera que “qualquer membro do conselho de administração tem o *dever de vigiar a atuação dos restantes membros* daquele órgão, mesmo que não haja delegação da gestão corrente.” Porém, afirma simultaneamente que

“se há *delegação da gestão corrente*, algo muda. Nesse caso, os membros do conselho de administração que não são delegados ou membros da comissão executiva passam a ter apenas um dever de *vigilância geral (...)* quanto à atuação daqueles em quem foi efetuada a delegação (...) e no que diz respeito às matérias delegadas.” Conclui, defendendo que “em princípio, os administradores que não são delegados ou membros da comissão executiva não têm de vigiar *cada um* dos atos que os administradores-delegados ou os membros da comissão praticam, mas sim a atividade. Outra solução seria contraproducente: obrigaria a uma fiscalização de cada ato e isso atrasaria a prática do mesmo. A gestão tornava-se mais pesada, o que não seria o resultado pretendido com a delegação. (...) um dever de vigilância que não era geral passou a ser geral. Nessa medida, não nos parece adequado dizer que a vigilância sai reforçada através da delegação.”⁹⁸

Neste sentido, também o autor CALVÃO DA SILVA entende que, fora da hipótese de provocação da intervenção do conselho, “os administradores não executivos ficam obrigados tão-somente à vigilância geral (e não de todo e qualquer ato concreto) da atuação do administrador ou administradores delegados ou da comissão executiva (art. 407.º, n.º 8) – a vigilância (mais) específica e analítica permanece no conselho fiscal (arts. 420.º e segs.).”⁹⁹

Do nosso ponto de vista, a obrigação de vigilância deve flexibilizar-se e adaptar-se a cada situação, não devendo realizar-se uma distinção estanque entre a vigilância geral, do andamento geral da gestão, ou de todo e cada um dos atos praticados pelos administradores executivos. Discordamos, por isso, da posição *supra* explanada. A vigilância que deve ser prosseguida pelos não executivos deverá variar consoante as circunstâncias concretas de cada caso, nomeadamente consoante determinados sinais que surjam como, por exemplo, qualquer circunstância anormal. Temos, também, que ter em conta que a intervenção prática dos administradores não executivos nas tarefas de gestão diária deve ser sempre reduzida ao mínimo possível até que a matéria em causa seja levada à apreciação do conselho em plenário. Contudo, não nos parece que a vigilância sobre todos os atos sobrecarregue necessariamente a gestão em si, uma vez que esta não será, à partida, constante, mas sim, idealmente organizada e assídua. Poderá, eventualmente, ter períodos de maior intensidade, tendo em conta a verificação

⁹⁸ SOVERAL MARTINS, ALEXANDRE, *Administradores Delegados...*, *ob. cit.*, pp. 81, 82, 83 e 87.

⁹⁹ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil dos...*, *ob. cit.*, p. 565.

de determinadas circunstâncias, porém, não será esse o ambiente que a sociedade pretende ter, devendo, acima de tudo, existir confiança e cooperação nas relações interorgânicas e, particularmente, nas relações entre os membros do conselho de administração. Assim, concordamos com JOSÉ FERREIRA GOMES quando afirma que “a intensificação da vigilância pode ser exigida não apenas pela identificação de riscos, mas ainda por uma *adequada construção de vigilância preventiva e pela concretização do dever de uma leal cooperação interorgânica e endoconsiliar*”¹⁰⁰. Cada conselho de administração deverá criar sistemas de prevenção de riscos, mas, sobretudo, de canais de informação, para que possa ser criada uma rede de comunicação estável e acessível, criando, desta forma, confiança e estabilidade nas relações interorgânicas e, em última análise, da sociedade perante terceiros e perante o mercado.

A interpretação do conceito de obrigação de vigilância deve, por isso, ser adequada à realidade e deve, sobretudo, ter em conta o elemento histórico, adaptando-se às circunstâncias e necessidades do presente, considerando os factos do passado. Deve, por isso, realizar-se uma interpretação atualista da norma, no sentido em que deixámos expresso.¹⁰¹

2. PROVOCAÇÃO DA INTERVENÇÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO QUANDO TIVER CONHECIMENTO DE ATOS OU OMISSÕES QUE PREJUDIQUEM A SOCIEDADE

Com efeito, não restam dúvidas que, independentemente de o administrador ser executivo ou não executivo, isto é, quer se dedique primordialmente a gerir a atividade corrente da sociedade, ou a vigiá-la, certo é que não deverá nunca perder de vista o interesse social. Tal como já frisámos, administrador e sociedade têm uma relação de natureza fiduciária, ou seja, baseada numa especial confiança que advém das funções que são desempenhadas pelo administrador no seio da sociedade. Deste modo, a

¹⁰⁰ GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização...*, *ob. cit.*, par. 504.

¹⁰¹ Sobre a interpretação atualista de normas, refere ANTÓNIO PINTO MONTEIRO que: “O que se pretende é transpor para a realidade presente o juízo de valor que presidiu à elaboração da norma, adaptando o seu significado à evolução – social e jurídica – entretanto operada, por forma a extrair da norma um novo sentido e ajustá-la assim à evolução histórica ocorrida. O que poderá eventualmente implicar uma mudança do sentido que lhe era originariamente atribuído, em face da realidade histórica vigente ao tempo da sua entrada em vigor.” in PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, 2003, pág. 25, nota 31.

obrigação de vigilância, consagrada no art. 407.º, n.º 8 do C.S.C., deverá sempre ser norteada pelo interesse social, desenvolvendo o conselho todas as iniciativas necessárias para alcançar esse desiderato, no fundo, “realizando tudo quanto for necessário para um efetivo e bem-sucedido desenvolvimento da empresa.”¹⁰² A obrigação de vigilância deverá, por isso, compreender a prática dos atos que sejam fundamentais para a promoção do fim ou interesse social.

JOSÉ FERREIRA GOMES sublinha a importância da iniciativa neste âmbito, de modo a distinguir esta competência da dos restantes órgãos que exercem funções de fiscalização ou controlo. Este autor refere que “a iniciativa na promoção do interesse social é o elemento central da distinção da conduta devida pelos administradores face àquela devida pelos fiscalizadores. Mesmo nos casos em que a obrigação de administração imputada aos administradores se traduz numa vigilância dos seus pares e das estruturas administrativas subordinadas ao conselho, a iniciativa não deixa de constituir elemento central do comportamento devido.”¹⁰³

Assim sendo, concordamos com a posição *supra* explanada, no sentido em que a obrigação de administrar a que os administradores não executivos estão vinculados não abrange somente a vigilância geral da atuação dos restantes administradores, mas contempla também, em si própria, uma componente verdadeiramente ativa, de iniciativa perante a atuação dos administradores executivos. O conselho de administração funciona como um todo e é, na verdade, um único órgão, devendo operar como tal. Daí resulta que também os administradores não executivos devem ter uma atitude proativa, intervindo ativamente quando considerem que as ações levadas a cabo pelos administradores executivos não são aptas a concretizar o interesse social. Desta ideia decorre ainda que os administradores não executivos também serão considerados responsáveis no caso de serem causados prejuízos à sociedade ou a terceiros, devido a atos ou omissões dos administradores executivos, desde que aqueles tenham tido conhecimento de tais atos ou omissões ou do propósito de os praticar e não tenham provocado a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas. Neste caso, pecarão por omissão, tornando-se evidente que a obrigação de administrar comporta um genuíno dever de agir. Na base desta conclusão encontram-se os deveres plasmados no

¹⁰² Segundo SEMLER (*Leitung und Überwachung...*, p. 9-10) *apud* GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização...*, *ob. cit.*, par. 325.

¹⁰³ GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização...*, *ob. cit.*, par. 326.

art. 64.º, n.º 1, que pautam verdadeiramente toda a conduta dos administradores no âmbito da sua atividade social. Deste modo, torna-se possível densificar a norma contida na parte final do preceito do art. 407.º, n.º 8, que impõe ao administrador um autêntico dever de atuação quando tiver conhecimento, nomeadamente no âmbito da sua competência de vigilância geral, de atos ou omissões de administradores executivos que possam lesar o interesse social. Este dever de atuação estende-se também ao conselho de administração no âmbito da competência concorrente que detém. Tal como os executivos, também o conselho, no seu pleno, deverá realizar todos os atos necessários à prossecução do interesse social, numa vertente realmente ativa, de iniciativa, e não apenas de evitar ou impedir atos prejudiciais à sociedade. Por isso, do nosso ponto de vista, a possibilidade da delegação da gestão corrente da sociedade não retira quaisquer deveres aos administradores que não se encontram abrangidos pela mesma.

Acompanhamos, por isso, a posição de JOSÉ FERREIRA GOMES quando refere que “a obrigação de administração é indeterminada, mas determinável no caso concreto...”¹⁰⁴, isto é, tal como já afirmámos, o conselho de administração e os administradores não executivos não deixam de poder intervir, de forma ativa, quando considerem que o interesse social não está a ser concretizado da forma mais adequada. A delegação trata-se, sobretudo, de uma questão de eficiência, visto que, se foi realizada uma delegação para que determinados administradores se ocupassem exclusivamente de determinadas matérias, logicamente que o conselho ou os administradores a quem não foram cometidas essas matérias não irão ocupar-se delas como se delas estivessem encarregados em primeira linha. Isso não seria, de todo, benéfico para a sociedade, pois levaria a uma duplicação de funções e, eventualmente, a divergências no modo de execução das tarefas, não resultando num funcionamento eficiente da administração da sociedade. Concluímos, então, que a obrigação de administração comporta também esta vertente, flexibilizando-se e adaptando-se consoante as necessidades da empresa, tendo em conta as atividades que foram levadas a cabo para supri-las e a forma como essas mesmas atividades foram desenvolvidas. A participação do conselho de administração e dos administradores não executivos nos assuntos delegados não lhe é vedada, mas passa a ter uma natureza subsidiária, no sentido em que estes não responderão em primeira linha, mas apenas quando considerem que é necessário, de acordo com o interesse

¹⁰⁴ GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização...*, *ob. cit.*, par. 358.

social. Por conseguinte, na nossa opinião, o conselho poderá e deverá intervir sempre que o entenda, não trazendo qualquer vantagem para a sociedade a interpretação segundo a qual, ao ser criada uma delegação ou uma comissão executiva, o conselho não poderá jamais imiscuir-se nas matérias da competência dos administradores executivos. Neste sentido, veja-se também ELISABETE GOMES RAMOS que, já em 2002, defendia que “a constituição do órgão delegado com competência concorrente com a do conselho de administração não exclui a responsabilidade imputável a administradores ou diretores não delegados, antes envolve uma alteração do estatuto destes, pois surge uma responsabilidade reside quer na violação do dever de vigilância, quer no incumprimento do dever de intervenção.”¹⁰⁵

CAPÍTULO II – A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES NÃO EXECUTIVOS

1. ENQUADRAMENTO E PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES NÃO EXECUTIVOS

Todos os administradores, sejam executivos ou não, encontram-se sujeitos ao regime de solidariedade passiva regulado pelos arts. 72.º e seguintes do C.S.C. Estes artigos estabelecem que a responsabilidade dos administradores é solidária e que respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados, devido a atos ou omissões praticadas com preterição dos seus deveres legais ou contratuais. O n.º 1 do art. 72.º estabelece ainda que o ónus da prova cabe aos administradores, devendo ser estes a demonstrar que procederam sem culpa. Podemos, portanto, afirmar que a culpa dos administradores é presumida quando ocorra a violação de um dever, ou seja, quando a conduta do administrador seja considerada ilícita.

Importa reter, nesta sede que, tal como já mencionámos, a obrigação do administrador é uma obrigação de meios, isto é, de garantir uma diligente administração, de *cuidar* do interesse social (aliás de acordo com os deveres de cuidado consagrados no art. 64.º, n.º 1), e não de resultados, pois o administrador não se vincula a obter resultados positivos aquando do fecho de contas. Assim sendo, cumpre salientar

¹⁰⁵ RAMOS, ELISABETE GOMES, *Responsabilidade civil dos administradores e diretores... ob. cit.*, p. 115.

dois aspetos que influenciam o juízo de responsabilidade civil. Em primeiro lugar, a *business judgement rule* que, como já fizemos referência, constitui um verdadeiro elemento constitutivo do juízo de ilicitude, mas que tem também relevância na repartição do ónus da prova. Em segundo lugar, o disposto nos n.ºs 3 e 4 do art. 72.º, que obriga os administradores a expressarem formalmente a sua oposição quando considerem que uma determinada deliberação pode vir a causar danos à sociedade ou não serve os melhores interesses desta. Apenas demonstrando de forma clara e fundamentada a sua oposição, poderão os administradores ser excluídos da responsabilidade solidária, como veremos de seguida.

Quanto à *business judgement rule*, importa destacar que esta norma também estabelece regras de repartição do ónus da prova. Ora, com esta previsão, a lei, na verdade, auxilia o lesado (neste caso, a sociedade), considerando a dificuldade de acesso à informação que este poderia utilizar para a demonstração da violação do dever de boa administração, uma vez que, como já se frisou, a existência de prejuízos não é só por si suficiente para considerar que houve violação de deveres por parte do administrador. Deste modo, a lei permite à sociedade que demonstre apenas a ocorrência de um dano cuja proveniência seja, muito provavelmente, relacionada com uma conduta desconforme com os deveres cometidos aos administradores, ou seja, admitindo uma mera prova indiciária¹⁰⁶. Admite, assim, uma verdadeira flexibilização da prova da violação dos deveres, bastando um indício de má administração para desencadear uma ação de responsabilidade civil. Caberá, então, ao administrador provar que agiu de acordo com os critérios constantes dos arts. 64.º, n.º 1 e 72.º, n.º 2, isto é, que cumpriu a sua obrigação de diligente administração, para que a sua conduta não seja considerada ilícita e não estar, desse modo, suscetível a responsabilidade civil. Cumpre salientar, novamente, que a norma do art. 72.º, n.º 2 só opera quando estivermos perante uma conduta que não seja de cumprimento estrito, ou seja, em que o administrador tenha uma margem de discricionariedade para escolher a forma como deverá cumprir as suas tarefas. Por isso, CARNEIRO DA FRADA defende – e, a nosso ver, bem – que a referida norma seja alvo de uma interpretação restritiva.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Neste sentido, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva...*, *ob. cit.*, p. 864.

¹⁰⁷ FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *A business judgement rule no quadro...* *ob. cit.*, p. 89.

Portanto, tendo em conta o que temos vindo a expor, constata-se que afinal não restam dúvidas que a *business judgement rule* introduz, em bom rigor, elementos normativos que contribuem para a formação do juízo de ilicitude, visto que esses elementos se reconduzem também ao dever de uma administração *cuidada*, não obstante se verificar que é de intervenção eventual, pois apenas será aplicável na hipótese de o administrador vir efetivamente a utilizar esta norma na sua defesa. Para além disso, facilita a responsabilização dos administradores, pois permite uma flexibilização da prova por parte do lesado, a quem basta apenas demonstrar um indício de má administração, não sendo necessário que apresente provas que permitam concluir pela violação de um dever. O legislador terá certamente pretendido compensar a dificuldade de acesso à informação e à recolha da mesma por parte dos eventuais lesados, que veem, desta forma, ser simplificado o desencadear de uma ação de responsabilidade civil contra um administrador. Como podemos então calcular, da perspectiva dos administradores, este regime de responsabilidade civil é bastante exigente. Na prática implica que, mesmo que um administrador não tenha tido qualquer tipo de intervenção no ato danoso, poderá, ainda assim, vir a responder pelo mesmo. Independentemente de ter contribuído diretamente para a produção desse ato e do conseqüente resultado. Basta simplesmente que não logre demonstrar que não violou os seus deveres ou que não se oponha à deliberação colegial do conselho, nos termos que iremos explicar de seguida.

O Código Civil é claro: um regime de solidariedade significa que qualquer dos devedores possa responder pela prestação e que, do outro ponto de vista, o credor possa exigir a qualquer dos devedores a prestação. Assim o consagram os arts. 512.º, n.º 1 e 519.º, n.º 1 do C.C. O regime de responsabilidade solidária adequa-se ao modo de funcionamento do conselho de administração, que deve funcionar como um todo, apesar de poder ter, no seu seio, diversos membros com competências totalmente diferentes. O facto de ter sido consagrado este tipo de responsabilidade vem reforçar a interpretação que defendemos, segundo a qual os administradores não executivos, embora não participem na gestão diária da sociedade não deixam de estar adstritos à obrigação de vigilância norteada pelo interesse social. Devem, por isso, ser proativos e procurar conhecer os atos que estão a ser desenvolvidos em prol da sociedade, sob pena de ficarem sujeitos ao regime de responsabilidade acima enunciado.

CALVÃO DA SILVA defende, porém, uma interpretação distinta, designadamente que os administradores não executivos estão sujeitos à responsabilidade do art. 81.º, n.º 2. Este autor considera que não se pode deixar de ter em conta o “duplo perfil (de órgão de gestão e de controlo)” que o conselho de administração assume no sistema monista e que o dever de vigilância geral a que os administradores não executivos estão adstritos “integra inequivocamente o perfil das funções de fiscalização”. Por esse motivo, “os administradores não executivos (só) serão responsáveis por incumprimento dos seus deveres (art. 407.º, n.º 8), nos termos aplicáveis dos artigos 72.º a 77.º, do art. 78.º e do art. 79.º, por força do art. 81.º e não por aplicação direta do art. 73.º (...) Não tendo participado nem tendo o dever de participar na deliberação colegial da comissão executiva, os administradores não executivos não são responsáveis (art. 72.º, n.º 3), com a delegação de poderes a excluí-los do âmbito da aplicação direta do art. 73.º. (...) Os administradores não executivos só respondem solidariamente com os administradores executivos pelos atos ou omissões destes quando o dano se não teria produzido se houvessem cumprido as suas obrigações de vigilância geral e de intervenção previstas no art. 407.º, n.º 8, sendo, portanto, uma responsabilidade própria por *culpa in vigilando* e não uma responsabilidade objetiva por facto de outrem (art. 81.º, n.º 2).”¹⁰⁸

Ora, sobre esta questão da responsabilidade dos administradores não executivos, rapidamente se verifica que o C.S.C. não é, de todo, claro. O art. 407.º, n.º 8 é relativamente parco e pouco explícito, o que abre portas a diversas interpretações, tal como já tivemos oportunidade de referir. Assim, não deixamos de reconhecer que a posição defendida por CALVÃO DA SILVA é partilhada por alguma doutrina portuguesa, atenta a natureza híbrida deste membro do conselho de administração. A grande diferença entre os dois regimes estará relacionada com o art. 81.º, n.º 2 do C.S.C. que determina que os membros de órgãos de fiscalização apenas serão responsáveis solidariamente com os administradores “quando o dano se não teria produzido se houvessem cumprido as suas funções de fiscalização.” O restante regime aplicável será essencialmente o mesmo, tendo em conta a remissão operada pelo art. 81.º, n.º 1, ou seja, os administradores não executivos responderiam conjuntamente com os restantes administradores, solidariamente, desde que se lograsse demonstrar que o dano não se

¹⁰⁸ SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil dos...*, ob. cit., pp. 566 a 570.

teria, de outra forma, produzido caso estes tivessem cumprido com as suas obrigações de vigilância geral e de provocação da intervenção do conselho. Esta norma altera substancialmente o raciocínio que deve ser feito para se poder chegar à conclusão que o administrador não executivo deve responder solidariamente com os restantes. É necessário demonstrar que a omissão das funções desse administrador constituiu uma real concausa para a verificação do evento danoso, o que, na prática, pode tornar-se mais complicado, até por uma questão de prova.

Do nosso ponto de vista, não seríamos coerentes se adotássemos esta posição, que não exclui a aplicação da responsabilidade solidária dos arts. 72.º e 73.º aos administradores não executivos, mas que o faz através da remissão operada pelo art. 81.º, aplicável aos membros dos órgãos de fiscalização, e não por aplicação direta dos artigos enunciados, com as consequências que também se podem retirar do n.º 2 do artigo mencionado. Temos vindo a defender que os administradores não executivos estão adstritos a uma obrigação de diligente administração, que implica o cumprimento da obrigação de vigilância da atividade dos administradores executivos de uma forma ativa, isto é, observando atentamente a execução das tarefas relacionadas com a gestão diária da sociedade, em conformidade com os deveres de cuidado e de lealdade que devem pautar a atuação dos administradores. O que não significa que os administradores não executivos se substituam aos executivos na realização das tarefas, nem que tenham de acompanhar todo e cada ato concreto desempenhado por estes. A obrigação de vigilância intensificar-se-á, ou não, consoante as necessidades diárias que surjam. Deste modo, se perfilhássemos desta interpretação, estaríamos, desde logo, a excluir a intervenção dos administradores não executivos ou do conselho de administração nos assuntos que foram cometidos aos administradores delegados ou integrantes da comissão executiva, o que não nos parece que seja uma opção sensata, tendo em conta a natureza híbrida que caracteriza o administrador não executivo. Tal como temos vindo a defender, a competência para a intervenção nos assuntos delegados não cessa de existir, nem diminuem os deveres e a responsabilidade dos administradores não executivos, como alguns autores retiram da leitura do art. 407.º, n.º 8. Estes passam sim a ter uma natureza subsidiária, reagindo apenas caso o considerem realmente necessário. Nestes termos, não podemos concordar com a posição que defende a

aplicação do art. 81.º aos administradores não executivos, pois consideramos que limita a sua natureza híbrida que os caracteriza, devendo estes conservar a sua vertente mista e, por isso, deverão responder nos mesmos termos que os restantes administradores.

É certo que existe quem possa considerar que este regime é demasiado oneroso para os administradores não executivos, que não participam na execução da gestão diária nem contribuem diretamente para a produção do evento danoso, mas que são responsabilizados da mesma forma que os administradores executivos. Apesar disso, entendemos que esta é a única forma de compatibilizar os interesses em jogo, nomeadamente, funcionando também como uma forma de pressão junto dos administradores não executivos para que estes acompanhem, efetivamente, as atividades desenvolvidas pelos executivos e não se transformem em meros “yes men” que se limitam a ratificar a atividade destes. Deve existir proatividade no desempenho da obrigação de vigilância, o que implica que os administradores não executivos possam empreender medidas ou sistemas de vigilância que os mantenham a par da real situação da empresa.

Portanto, este quadro de responsabilidade de que temos vindo a falar enquadra-se no âmbito do art. 72.º, da responsabilidade para com a sociedade, por atos ou omissões praticadas com preterição dos deveres legais ou contratuais a que os administradores estão adstritos enquanto membros de um órgão social, que atuam *para* o interesse social. A natureza fiduciária desta relação administrador-sociedade deve ser preservada, sob pena de se perder o sentido da mesma. O legislador atribui bastante importância a este vínculo, considerando-o de tal maneira vital que estabeleceu uma presunção de culpa relativamente ao administrador¹⁰⁹, recaindo, desta forma, sobre ele o ónus da prova. Com efeito, temos vindo a constatar que o Código atribui, ainda que de forma subtil, mais importância à obrigação de vigilância do que possa parecer numa primeira leitura. É certo que o conselho de administração é, primordialmente e por definição, um órgão de gestão. Contudo, tem-se vindo a entender que a obrigação de administração que é cometida ao conselho de administração e aos administradores que o compõem deve ser exercida de forma diligente, no cumprimento dos deveres consagrados no art. 64.º do C.S.C., que impõem cuidado e lealdade na atuação do administrador, com a diligência de um *gestor criterioso e ordenado*. Deste modo, também a obrigação de

¹⁰⁹ Tal como se encontra estipulado no art. 72.º, n.º 1 do C.S.C.

vigilância deve ser exercida de acordo com estes critérios e esta bitola. Nestes termos, os administradores não executivos devem observar atentamente toda a atuação dos executivos e intervir, dentro da medida do possível, no sentido de impedir a produção de atos danosos ou evitar as consequências dos seus efeitos. Para isso, devem procurar obter toda a informação necessária para poderem cumprir a sua obrigação de vigilância de forma competente. Ora, isso significa que não estão, nem devem estar, de forma alguma, dependentes dos administradores executivos para tomar conhecimento das ações empreendidas no âmbito da gestão da sociedade. Os administradores não executivos têm poderes de inspeção, podendo examinar documentos, questionar trabalhadores, administradores, assistir a reuniões, etc. Não é possível determinar, *a priori*, o tipo de informação que deviam obter. Certamente que existem matérias que, pela sua natureza, devem ser acompanhadas com mais atenção. Todavia, não se deve excluir, desde logo, a responsabilidade do administrador não executivo por esta via.

2. O DIREITO DE OPOSIÇÃO COMO REAÇÃO PERANTE ATOS DANOSOS E CAUSA DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Temos ainda que ter em conta o art. 72.º, n.º 4 que obriga o administrador a exercer o direito de oposição “conferido por lei”, quando estiver em condições de o exercer, para não ficar sujeito a este regime de solidariedade passiva. Mas, como deve ser exercido este direito de oposição, e em que circunstâncias? O Código das Sociedades Comerciais não realiza nenhuma referência expressa em qualquer outro artigo ao direito de oposição que aqui refere, pelo que é natural que surjam dúvidas quanto ao que o legislador terá querido transmitir ao utilizar esta expressão. Perante um ato que possa vir a prejudicar o interesse social, o administrador tem algumas opções que poderá tomar, não sendo estas alternativas entre si, ou seja, poderá o administrador decidir que deve adotar vários meios para impedir que o ato danoso se verifique e também, claro, para se eximir da responsabilidade a que de outra forma estaria sujeito.

Assim, em primeiro lugar, no caso de o ato já ter sido deliberado ou se couber no âmbito da competência discricionária dos administradores executivos, deverá o administrador provocar a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas, tal

como se indica na parte final do art. 407.º, n.º 8 do C.S.C. Alguns autores¹¹⁰ consideram, tendo em conta a norma contida no art. 410.º, n.º 1 do C.S.C., que basta uma tentativa de convocação do conselho por parte do administrador discordante para que este se exima da responsabilidade solidária por violação dos seus deveres. Como aquela norma estabelece que a convocação do conselho é efetuada mediante intervenção do presidente ou por dois administradores, um administrador sozinho não teria poderes para tal, bastando-lhe, assim, fazer a prova dessa tentativa de convocação. Ao invés, PEDRO MAIA e JOSÉ FERREIRA GOMES¹¹¹ interpretam o art. 407.º, n.º 8 do C.S.C. como sendo uma exceção à norma acima mencionada - e, a nosso ver, bem- pois, trata-se de uma competência específica dos administradores não executivos, que não deve seguir a regra geral de convocação do conselho. Aliás, a convocação do conselho que se encontra prevista na parte final do art. 407.º, n.º 8 do C.S.C. é ditada por circunstâncias que podem ser consideradas como anormais, em virtude de atos ou omissões de administradores que possam vir a prejudicar a sociedade, daí que o próprio legislador não tenha decidido utilizar a palavra “convocação”, mas sim “provocação”, dando a entender que é uma convocação extraordinária, em virtude de circunstâncias anómalas. Aliás, esta solução é a que melhor serve os interesses a que os administradores estão vinculados em virtude dos deveres consagrados no art. 64.º: podendo provocar diretamente a intervenção do conselho, mais rapidamente se desencadeia a sua análise e reação ao prejuízo e, dessa forma, melhor se servem os interesses da sociedade e de todos os *stakeholders* que devem ser tidos em conta.

Em segundo lugar, no caso de estarmos perante uma deliberação em curso do conselho de administração, deverá o administrador votar em sentido contrário ao que levar à aprovação de medidas que forem prejudiciais para a sociedade. Para poder excluir a responsabilidade solidária, deverá “fazer lavrar no prazo de cinco dias a sua declaração de voto [vencido], quer no respetivo livro de atas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, quer perante notário ou conservador”, tal como

¹¹⁰ Como ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *A responsabilidade dos membros do conselho de administração por atos ou omissões dos administradores delegados*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, pp. 377-378 e ELISABETE GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e diretores das sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 121.

¹¹¹ MAIA, PEDRO, *Função e funcionamento... ob. cit.*, pp. 271-272, nota 372 e GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização... ob. cit.*, par. 484.

estabelece o art. 72.º, n.º 3 do C.S.C. O voto vencido deverá ser fundamentado para poder ser considerado uma *oposição*, com uma exposição dos motivos e das circunstâncias que levavam a que a deliberação fosse no sentido que não fez vencimento, de modo a que os restantes administradores possam compreender e refletir quanto a outros rumos de ação que poderiam ter sido tomados. Assim, na nossa opinião, fará sentido identificar o direito de oposição que é referido no art. 72.º, n.º 4 do C.S.C. com, não só o n.º 3 do mesmo artigo, no sentido em que deverá o administrador votar vencido se entender que a deliberação não é favorável para a sociedade, mas, sobretudo, deverá ser entendido num sentido amplo, devendo opor-se da maneira que considerar conveniente consoante a situação, tendo sempre em vista o interesse social.

Contudo, nem toda a doutrina concretiza este direito de oposição do mesmo modo, pois existem também autores¹¹² que entendem que o direito de oposição é apenas relativo às deliberações nulas¹¹³ e anuláveis. Estes autores interpretam o direito de oposição no sentido em que os administradores não devem executar ou consentir que tais deliberações sejam executadas. Não sendo possível impedir a sua execução, devem então tentar minimizar os seus efeitos danosos, advertindo os outros administradores para esses factos.

Não podemos, no entanto, concordar com esta posição, que consideramos não atingir o verdadeiro alcance do direito de oposição. O direito de oposição poderá também comportar esta vertente, porém, consideramos que o seu conceito é mais amplo que isso. Deverá o administrador discordante, não apenas impedir deliberações nulas ou anuláveis, de um ponto de vista formal, mas deverá também analisar se as deliberações em causa poderão vir a lesar o interesse social de um ponto de vista material. Deverá analisar se as deliberações em causa são, ou não, adequadas e vantajosas segundo um critério de adequação económica. Se considerar que poderão vir a causar prejuízos à sociedade, deverá manifestar a sua opinião de forma fundamentada e clara. O art. 72.º, n.º 3, refere expressamente o voto de vencido como possibilidade de exclusão da responsabilidade através da tomada de posição em consciência e de forma cabal. Esta interpretação é também coerente com o princípio geral de responsabilidade que os

¹¹²ABREU, JORGE COUTINHO DE e RAMOS, ELISABETE GOMES, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Anotação ao art. 72.º, n.º 4.1., p. 849.

¹¹³ Em conformidade com o art. 412.º, n.º 4 do C.S.C.

administradores têm perante a sociedade, decorrente da natureza fiduciária desta relação.

Importa, ainda, realizar um esclarecimento a propósito do art. 72.º, n.º 3, que também exime da responsabilidade solidária os administradores que “nela [deliberação] não tenham participado (...)”. Tal como sublinham RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA¹¹⁴, para que a não participação na deliberação colegial possa efetivamente servir como causa de exclusão da responsabilidade do administrador, esta não poderá ser culposa, isto é, o administrador não terá participado na deliberação por algum motivo que não lhe seja imputável, como por motivo de doença por exemplo. No caso de se tratar de uma ausência culposa, no sentido em que o administrador faltou deliberadamente ou sem apresentar qualquer tipo de justificação, naturalmente que não deverá ser ilibado da responsabilidade solidária.

Deste modo, o direito de oposição poderá, na nossa perspetiva, ter um conteúdo diferente consoante as circunstâncias concretas de cada situação. Na hipótese de se tratar de um ato danoso praticado por um administrador executivo no âmbito da sua competência discricionária, o administrador não executivo poderá adverti-lo das consequências que poderão advir desse ato e manifestar a sua oposição fundamentada. Sendo certo, porém, que não poderá impedir diretamente a prática do ato, pois não existe qualquer hierarquia entre ambos, mas sim uma relação de paridade enquanto administradores. Se, ainda assim, se vir compelido a agir para impedir a verificação do ato e não for de todo possível provocar a intervenção do conselho em tempo útil, deverá reduzir a sua ação ao mínimo indispensável, com o único fim de evitar a produção de resultados danosos. Já no caso de se tratar de um ato danoso praticado por um trabalhador da sociedade, o administrador não só poderá, como deverá impedir diretamente a execução do ato, desde que não seja possível provocar a intervenção do conselho em tempo útil, dando, deste modo, cumprimento à obrigação de diligente administração a que se encontra adstrito e acautelando o interesse social.

O art. 407.º, n.º 8 consagra o dever de provocação de intervenção do conselho, mas temos que ter em conta as *démarches* que são necessárias para que o conselho se reúna e delibere sobre quais as medidas adequadas a tomar perante uma determinada situação.

¹¹⁴VENTURA, RAUL e BRITO CORREIA, *Da responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, in BMJ nº 192, *apud* GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização*, *ob. cit.*, par. 485.

Ora, tendo em conta que este é um órgão de funcionamento exclusivamente pluripessoal e colegial, tem, evidentemente, de ser convocado, o que poderá não ser compaginável com situações que careçam de soluções imediatas e urgentes, o que não poderá deixar de ser tido em conta na apreciação da responsabilidade dos administradores.

Posto isto, considerando tudo o que vem sendo exposto no presente estudo, entendemos que apenas se poderá interpretar a obrigação de vigilância, compreendida na obrigação de diligente administração, em conformidade com os deveres que os administradores são obrigados a cumprir e tendo sempre em linha de conta a responsabilidade solidária a que os mesmos estão sujeitos. A sua conduta deverá pautar-se pelo melhor interesse da sociedade, segundo critérios de racionalidade empresarial. Estes devem agir de forma proativa, tomando a iniciativa quando não for possível convocar o conselho para que este possa deliberar em tempo e de forma a impedir a verificação do ato prejudicial aos interesses da sociedade, sem prejuízo das limitações *supra* aludidas.

Caso o conselho não se reúna ou se, na perspetiva do administrador, este não tomar as medidas adequadas, o administrador poderá comunicar esses factos ao conselho fiscal, a quem compete, nomeadamente “fiscalizar a administração da sociedade”, “vigiar pela observância da lei e do contrato de sociedade” e “receber as comunicações de irregularidades apresentadas por acionistas, colaboradores ou outros”, nos termos das alíneas a), b) e j) do art. 420.º, n.º 1 do C.S.C. Para além disso, poderá também informar os acionistas das “irregularidades e inexatidões” verificadas, aplicando-se analogicamente o disposto no art. 422.º, n.º 1, al. e) que se encontra previsto para os membros do conselho fiscal, fiscal único ou revisor oficial de contas.¹¹⁵

Uma última nota relativa ao Direito italiano, em que também se consagrou a exclusão da responsabilidade solidária mediante a invocação expressa do direito de oposição. Mereceu acolhimento legislativo o entendimento acima exposto, no sentido de que os administradores não executivos devem fazer tudo quanto esteja ao seu alcance para impedir a verificação do ato danoso ou para evitar a produção dos seus efeitos, mal

¹¹⁵ GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização...*, *ob. cit.*, par. 495.

tenham obtido conhecimento da prática ou da intenção da prática desses atos, sob pena de também eles serem abrangidos pelo regime de solidariedade passiva.¹¹⁶

No caso de estarmos perante uma deliberação do conselho, também se determinou, no Direito italiano, que o administrador deverá demonstrar a sua oposição, de forma clara e formalizada, devendo reduzi-la a escrito no livro de atas e dando conhecimento ao presidente do conselho de administração.¹¹⁷

PARTE II – A NECESSIDADE DE INDEPENDÊNCIA NO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Aqui chegados, cabe, neste momento, analisar a necessidade que cada vez mais é reclamada pelas sociedades anónimas, particularmente pelas sociedades cotadas em bolsa¹¹⁸, da existência de membros independentes no seio dos diversos órgãos que compõem a sociedade, mas especialmente nos órgãos que detêm funções de controlo ou fiscalização. Esta tendência surge no âmbito da problemática da *corporate governance*, que é, na verdade, um conceito relativamente difícil de definir, uma vez que abrange matérias muito diferentes entre si. O conceito de *corporate governance* incorpora tanto matérias de natureza jurídica, como ética e económica, pois visa, no fundo, influenciar as sociedades a adotar boas práticas de governação, promovendo valores como a transparência, a integridade, a responsabilidade (*accountability*) dos administradores, dos acionistas e da sociedade em geral, por forma a estabelecer a confiança dos investidores e do mercado. O Livro Branco sobre *Corporate Governance* em Portugal¹¹⁹ define este conceito como sendo “o conjunto de estruturas de autoridade e fiscalização do exercício dessa autoridade, internas e externas, tendo por objetivo assegurar que a

¹¹⁶ Assim o estabelece o art. 2392, 2.º parágrafo do *Codice Civile*, que refere o seguinte: “In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell’articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.”

¹¹⁷ Assim o estabelece o art. 2392, 3.º parágrafo do *Codice Civile*: “La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.”

¹¹⁸ Pelo facto de “ser relativamente às empresas abertas ao investimento do público que a necessidade de encontrar mecanismos eficientes no estímulo, fiscalização e controlo das equipas de gestão se coloca com mais acuidade.” In Silva, Artur Santos; Vitorino, António; Alves, Carlos Francisco; Cunha, Jorge Arriaga da; e Monteiro, Manuel Alves, “Livro Branco... *ob. cit.*, p. 9.

¹¹⁹ Silva, Artur Santos; Vitorino, António; Alves, Carlos Francisco; Cunha, Jorge Arriaga da; e Monteiro, Manuel Alves, “Livro Branco..., *ob. cit.*, p. 12.

sociedade estabeleça e concretize, eficaz e eficientemente, atividades e relações contratuais consentâneas com os fins privados para que foi criada e é mantida e as responsabilidades sociais que estão subjacentes à sua existência.” Por seu turno, PAULO OLAVO CUNHA salienta que a *corporate governance* é caracterizada por “incluir regras que visam tornar transparente a administração da sociedade, definir a responsabilidade dos respetivos membros e assegurar que na mesma se refletem as diversas tendências acionistas.”¹²⁰ Por fim, consideramos também ser pertinente mencionar a definição do *Cadbury Report* que, apesar de simplista, é objetiva e direta, segundo a qual é o sistema através do qual as empresas são administradas e controladas.¹²¹ Neste sentido, assinalamos também COUTINHO DE ABREU, que entende a governação (ou governo) das sociedades como sendo “o complexo das regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais, deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração e ao controlo (ou fiscalização) das sociedades.”¹²²

A temática surgiu na sequência de grandes escândalos financeiros ocorridos tanto nos EUA, com as falências das empresas Enron e Worldcom, como na Europa, como foi o caso da empresa Parmalat, por exemplo¹²³. Devido a estes verdadeiros colapsos económicos que abalaram as respetivas economias, as pessoas começaram a perceber que era, de facto, crucial repensar as estruturas de fiscalização e controlo da atividade de gestão das sociedades anónimas, de modo a evitar e prevenir que esses escândalos financeiros ocorressem novamente.

Assim, é possível identificar, essencialmente, dois problemas a prevenir e que sucediam e sucedem, ainda hoje, em muitas empresas: a dispersão do capital e a existência de acionistas majoritários no conselho de administração. Quanto à dispersão do capital, o que muitas vezes acontece é que as sociedades cotadas em bolsa podem ter

¹²⁰ CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 6ª edição, 2016, p. 505.

¹²¹ *Report of the Committee on The Financial aspects of Corporate Governance*, London Stock Exchange, dezembro 1992, (também conhecido como *Cadbury Report*), ponto 2.5, disponível em: <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>

¹²² ABREU, JORGE COUTINHO DE, *Governação das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2ª edição, 2010, p. 5.

¹²³ COUTINHO DE ABREU (in *Governação das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2ª edição, 2010, p. 8.) identifica alguns dos problemas destas empresas, como sendo os seguintes: “práticas contabilísticas inflando receitas e lucros, fiscalização interno-orgânica ineficiente, controlo contabilístico externo deficiente (auditores não independentes, práticas permissivas de conflitos de interesses entre sociedade e administradores (v.g. concessão de vultuosos mútuos aos diretores, *stock options* integrando em larguíssima percentagem a remuneração dos administradores, executivos e não executivos) ...”.

milhares de acionistas, o que tem obviamente consequências nas decisões e no funcionamento da empresa em geral, visto que nenhum dos acionistas acaba por ter uma influência significativa nas decisões da assembleia geral. Tendo em conta que a sociedade é gerida pelos administradores executivos, acaba por existir uma total separação entre a propriedade e a gestão da empresa, havendo um grande hiato entre estas duas faces da mesma moeda, o que prejudica gravemente a empresa em si. Deste modo, ao existir um elevado nível de arbitrariedade ao nível da gestão, multiplicam-se as probabilidades de os administradores executivos prosseguirem interesses próprios em detrimento do interesse da sociedade, que se consubstancia, em última linha, no interesse dos acionistas. Concomitantemente, estes têm uma enorme dificuldade em tomar conhecimento da real situação da empresa, uma vez que quem detém esta informação é quem a gere, ou seja, são os administradores executivos, resultando, por isso, bem patente a assimetria de informação existente nestas situações. Para além disso, como o capital se encontra disperso, os acionistas não têm um método de controlo eficaz da gestão. Os danos originados por estas questões são os denominados *custos de agência*, que têm repercussões não apenas na empresa em si, prejudicando-a diretamente e aos seus acionistas, mas também, em última análise, em todos os que se relacionam com a mesma, ou seja, em todos os *stakeholders*, podendo, portanto, causar um impacto tanto na comunidade em que a empresa se insere, como, dependendo da dimensão da empresa, na própria economia no seu todo.

Já no que toca à existência dos acionistas majoritários no conselho de administração, é importante salientar que estes acionistas são os que têm mais poder de voto e, por isso, acabam por deter o controlo da mesa e das decisões do conselho. Normalmente, têm também influência, direta ou indireta, na gestão e, por isso, acabam por ter mais acesso à informação do que os restantes acionistas. Desta forma, podem utilizar estas vantagens a seu favor e, inevitavelmente, em detrimento dos restantes acionistas e da sociedade em si. Assim, “a utilização de estruturas piramidais, o cruzamento de participações, a existência de mais do que uma classe de ações (originando as chamadas *golden shares*), uma grande variedade de cláusulas estatutárias (tais como a limitação dos direitos de voto a uma dada participação do capital social)”¹²⁴

¹²⁴ Silva, Artur Santos; Vitorino, António; Alves, Carlos Francisco; Cunha, Jorge Arriaga da; e Monteiro, Manuel Alves, “Livro Branco..., *ob. cit.*, p. 16.

são algumas das ferramentas utilizadas por estes acionistas para garantir os seus benefícios.

Importa, assim, reter a seguinte ideia, nas palavras de COUTINHO DE ABREU: “Nas sociedades de propriedade acionária dispersa, eles [administradores independentes] são vistos como contrapeso e instrumento de controlo dos administradores executivos; nas sociedades com acionistas de controlo, intenta-se que eles contrapesem a influência destes acionistas na administração e tenham também (ou mais) em conta, portanto, os interesses dos sócios minoritários – a independência é aqui definível em relação quer aos executivos quer aos sócios dominantes.”¹²⁵ Esta ideia da função de “contrapeso” por parte dos administradores não executivos é o ponto fulcral da questão que ora se discute.

Porém, não convém perder de vista que esta questão não é, de todo, linear, sendo necessário um “jogo de cintura” para que todos os membros do conselho de administração se articulem devidamente para o melhor funcionamento da sociedade e, claro, sempre visando concretizar plenamente o interesse social nos termos já explanados. Neste contexto, consideramos pertinente salientar o expresso por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, que refere que “apesar de ser seguro que a maior independência corresponderá a uma maior capacidade de monitorização e a uma melhor defesa dos interesses dos acionistas, pode determinar uma pior relação com a comissão executiva, prejudicando a função de consultores que os administradores não executivos podem ser chamados a desempenhar, em virtude da redução da comunicação e partilha de informação: tudo dependerá, mais uma vez da concreta sociedade e da relevância que as componentes de aconselhamento e monitorização desempenhem. Por outro lado, o exercício das funções de fiscalização pelo administrador independente está subordinado ao conhecimento da atividade da sociedade, implicando um grau de relação e um prolongamento que tende a ser conseguido apenas com uma proximidade que não é amiga da independência.”¹²⁶ Deste modo, desde já é possível antever que a articulação no seio do próprio conselho de administração não, é de modo algum, fácil, sendo necessário encontrar um equilíbrio entre as várias funções existentes no conselho, no advento deste novo modelo de conselho de administração. Enquanto que, por um lado,

¹²⁵ ABREU, JORGE COUTINHO DE, *Governança das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2ª edição, 2010, p. 79.

¹²⁶ OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *Manual de governo das sociedades*, Almedina, 2017, p. 193.

os administradores não executivos devem exercer funções de fiscalização dos executivos e da atividade de gestão, por outro lado, devem obter a informação de que necessitam para cumprir cabalmente as suas obrigações, informação essa que está no poder, precisamente, dos administradores executivos. Revela-se, assim, necessário estabelecer regras e encontrar soluções (não necessariamente de fontes legais propriamente ditas, como iremos constatar) que permitam suprir as “fraquezas” do conselho de administração, na forma como é encarado e definido atualmente. Mas, iremos desenvolver esta específica questão adiante, apresentando as soluções que têm sido recomendadas.

Tendo em conta este enquadramento, torna-se simples de compreender a importância dos mecanismos de fiscalização e de controlo da gestão, tal como de mecanismos de tutela dos acionistas minoritários no âmbito das sociedades anónimas cotadas em bolsa, pois da eficácia destes mecanismos “depende a confiança dos investidores e, por consequência, o custo e a disponibilidade do capital, com os inerentes reflexos na possibilidade de concretização de determinados projetos de investimento e na dinâmica da atividade económica no seu todo.”¹²⁷ Neste sentido, foram encontradas algumas soluções para prevenir os problemas acima enunciados. Podemos enumerar alguns exemplos de normas que visam, justamente, alcançar esse desiderato, como as regras especiais de eleição e designação dos administradores, constantes dos arts. 391.º, n.º 2 e 392.º do C.S.C., em que ; a nomeação judicial a requerimento de minorias, de acordo com o disposto no art. 418.º; a garantia do direito à informação por parte de todos os acionistas, tutelado pelas normas contidas nos arts. 288.º a 292.º, incluindo o direito dos acionistas a quem tenha sido recusada informação ao abrigo dos artigos mencionados, requererem inquérito judicial à sociedade; o direito de invocar a anulabilidade de deliberações abusivas¹²⁸, designadamente previstas no art. 58.º, n.º 1, al. c), respondendo os acionistas que tenham formado maioria nestas deliberações solidariamente para com a sociedade ou para com os outros sócios pelos

¹²⁷ Silva, Artur Santos; Vitorino, António; Alves, Carlos Francisco; Cunha, Jorge Arriaga da; e Monteiro, Manuel Alves, “Livro Branco..., *ob. cit.*, p. 16.

¹²⁸ “*Apropriadas para satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir, através do exercício do direito de voto, vantagens especiais para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios ou simplesmente de prejudicar aquela ou estes, a menos que se prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos*”, na letra do art. 58.º, n.º 1, al. c).

prejuízos causados, e ainda a al. b) do mesmo artigo, cominando com anulabilidade as deliberações aprovadas com votos de acionistas com o propósito de obter vantagens especiais para si ou para terceiros ou simplesmente de prejudicar a sociedade ou de outros acionistas; e, em última análise, a responsabilidade civil e, porventura, criminal dos administradores que tenham violado os deveres legais ou contratuais a que estavam vinculados.

Porém, visamos no presente estudo salientar uma das soluções encontradas que foi, precisamente, a existência de membros dos órgãos sociais que fossem considerados como independentes, isto é, que fossem isentos de quaisquer tipos de influências que pudessem afetar a sua capacidade de análise e de resolução dos problemas que surgissem no contexto social. Devemos atentar, particularmente, na figura dos administradores não executivos independentes como uma das principais garantias de equilíbrio e isenção no seio da sociedade, como iremos desenvolver adiante.

De qualquer modo, verificamos que a lei impõe sempre exigências de independência nos diversos modelos de governação das sociedades anónimas. No caso do modelo monista estabelece que, quando for obrigatório a sociedade adotar o modelo que contempla a existência de um conselho fiscal,¹²⁹ este *“deve incluir pelo menos um membro que tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade e que seja independente”*, nos termos do disposto no art. 414.º, n.º 4. Para além disso, *“os restantes membros do conselho fiscal podem ser sociedades de advogados, sociedades de revisores oficiais de contas ou acionistas, mas neste último caso devem ser pessoas singulares com capacidade jurídica plena e devem ter as qualificações e a experiência profissional adequadas ao exercício das suas funções.”* Deste modo, constatamos que existe uma preocupação por parte do legislador em assegurar que as pessoas que desempenham, no fundo, funções

¹²⁹ É obrigatório, nos termos do art. 413.º, n.º 2, al. a), adotar a fiscalização por conselho fiscal e revisor oficial de contas (ou sociedade de revisores oficiais de contas) que não seja membro daquele órgão, no caso de sociedades que sejam emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e a sociedades que, não sendo totalmente dominadas por outra sociedade que adote este modelo, durante dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos seguintes limites:

- i) Total do balanço: (euro) 20 000 000;
- ii) Volume de negócios líquido: (euro) 40 000 000;
- iii) Número médio de empregados durante o período: 250.

de fiscalização sejam detentoras do conhecimento necessário para o exercício desta função.

Também nos restantes modelos é visível essa preocupação, designadamente no modelo anglo-saxónico, sendo feitas as mesmas exigências relativamente à comissão de auditoria, que deve incluir, pelo menos, um membro que tenha curso superior adequado e que seja independente (art. 423.º-B, n. 4). É importante sublinhar que, no caso de se tratarem de sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, os membros independentes já deverão ser a maioria na comissão de auditoria (art. 423.º-B, n.º 5). Quanto ao modelo germânico, estas exigências são realizadas quanto ao conselho geral e de supervisão (art. 434.º, n.º 4) e quanto à comissão para as matérias financeiras constituída pelo conselho geral e de supervisão¹³⁰, conforme o disposto nos arts. 444.º, n.ºs 5 e 6. Finalmente, também é feita esta exigência quanto aos membros da mesa da assembleia geral, nos termos do disposto no art. 374.º-A, n.º 1.

Com efeito, resulta bem patente que a independência é um valor a assegurar nas sociedades anónimas, impondo assim o legislador que todos os órgãos de fiscalização tenham, pelo menos, um membro independente.

Assim, o C.S.C. define o que considera ser uma pessoa independente no art. 414.º, n.º 5 e complementa essa noção com um regime de incompatibilidades enumerado no art. 414.º-A¹³¹. Conforme o disposto neste artigo, caso se verifique

¹³⁰ É obrigatória a constituição de uma comissão para as matérias financeiras pelo conselho geral e de supervisão no caso das sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que cumpram os critérios referidos na alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º (art. 444.º, n.º 2).

¹³¹ Designadamente:

- a) Os beneficiários de vantagens particulares da própria sociedade;
- b) Os que exercem funções de administração na própria sociedade;
- c) Os membros dos órgãos de administração de sociedade que se encontrem em relação de domínio ou de grupo com a sociedade fiscalizada;
- d) O sócio de sociedade em nome coletivo que se encontre em relação de domínio com a sociedade fiscalizada;
- e) Os que, de modo direto ou indireto, prestem serviços ou estabeleçam relação comercial significativa com a sociedade fiscalizada ou sociedade que com esta se encontre em relação de domínio ou de grupo;
- f) Os que exerçam funções em empresa concorrente e que atuem em representação ou por conta desta ou que por qualquer outra forma estejam vinculados a interesses da empresa concorrente;
- g) Os cônjuges, parentes e afins na linha reta e até ao 3.º grau, inclusive, na linha colateral, de pessoas impedidas por força do disposto nas alíneas a), b), c), d) e f), bem como os cônjuges das pessoas abrangidas pelo disposto na alínea e);
- h) Os que exerçam funções de administração ou de fiscalização em cinco sociedades, excetuando as sociedades de advogados, as sociedades de revisores oficiais de contas e os revisores oficiais de contas, aplicando-se a estes o regime do artigo 76.º do Decreto-Lei n.º 487/99, de 16 de Novembro;

alguma destas circunstâncias, a pessoa em causa não poderá ser eleita ou designada como membro do conselho fiscal, como fiscal único ou revisor oficial de contas, aplicando-se também aos membros da comissão de auditoria, nos termos do art. 423.º-B, n.º 3, e aos membros do conselho geral e de supervisão, de acordo com a remissão operada pelo art. 434.º, n.º 4.¹³² A superveniência de alguma destas circunstâncias determina a caducidade da designação, de acordo com o n.º 2 do 414.º-A.

Deste modo, verificamos que a nossa legislação comercial consagrou vários critérios que permitem construir um verdadeiro conceito de independência. Fixou um critério substancial, ao definir que é uma pessoa “*que não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade nem se encontre em alguma circunstância susceptível de afetar a sua isenção de análise ou de decisão.*” Sobre a associação a grupos específicos de interesses na sociedade, cabe frisar que poderá entender-se como tal, em primeiro lugar, a associação a titulares de participações na sociedade (*shareholders*), os fornecedores de capital alheio, no qual se incluem os bancos e os obrigacionistas, os trabalhadores, a gestão, os fornecedores, a comunidade na forma do Estado e os clientes.¹³³

Para além disso, a lei portuguesa fixou critérios formais, cuja verificação impede a efetivação dessa qualidade, designadamente as alíneas do art. 414.º, n.º 5 e as incompatibilidades do 414.º-A. Quanto às incompatibilidades, importa salientar que estas normas “*devem ser interpretadas de modo estrito, sem alargamentos e nunca por analogia.*”¹³⁴ Quanto às referidas alíneas, a lei estabelece que a titularidade ou atuação em nome ou por conta destes titulares superior a 2% do capital social e a reeleição por mais de dois mandatos (de forma contínua ou intercalada) são circunstâncias que impedem a verificação da qualidade de independente, presumindo-se que existe uma ligação a interesses significativos na sociedade na primeira hipótese e, na segunda

i) Os revisores oficiais de contas em relação aos quais se verifiquem outras incompatibilidades previstas na respetiva legislação;

j) Os interditos, os inabilitados, os insolventes, os falidos e os condenados a pena que implique a inibição, ainda que temporária, do exercício de funções públicas.

¹³² Com exceção do disposto na alínea f) do n.º 1 do art. 414.º-A, salvo no que diz respeito à comissão prevista no n.º 2 do artigo 444.º

¹³³ SILVA, JOÃO GOMES DA, ANTAS, LUÍSA, COSTA, MARGARIDA SÁ e SILVEIRA, RUI, *Os Administradores Independentes das sociedades cotadas portuguesas*, I.P.C.G., 2007, p. 14.

¹³⁴ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Anotação ao art. 414.º-A, Almedina, 2009, p. 1007.

hipótese, por entender que a permanência prolongada nos órgãos da sociedade retira a isenção que é necessária, ao criar demasiada familiaridade entre os membros.

No entanto, não é apenas suficiente que se garanta a existência de administradores independentes, mas que essa qualidade de independência se mantenha. Para isso, são implementadas algumas garantias, que vão desde o regime de incompatibilidades ora enunciado até ao estabelecimento de regimes de remuneração fixa (para membros do conselho fiscal, comissão de auditoria e conselho geral e de supervisão, de acordo com os arts. 422.º-A, 423.º-D e 440.º, n.º 3 do C.S.C.) e da proibição de destituição sem justa causa (também para membros do conselho fiscal, comissão de auditoria e revisor oficial de contas, de acordo com o disposto nos arts. 419.º e 423.º-E).¹³⁵

Não obstante, consideramos ser essencial compreender o enquadramento através do qual a noção de independência chegou ao nosso C.S.C. em 2006, já que não existia qualquer tradição no direito português quanto a esta exigência.¹³⁶ Ora, como já referimos, a tendência de que temos vindo a falar verificou-se tanto nos EUA como na Europa. Nos EUA, a primeira consagração neste âmbito foi o *Sarbanes Oxley Act* de 2002 em que, tal como salienta CARLOS BLANCO DE MORAIS, foram consagrados “severos mecanismos de controlo interno e externo, reforçados por um instrumentário draconiano no domínio penal e contra-ordenacional, cuja aplicação é assistida por estruturas de fiscalização.”¹³⁷

Já na Europa, nomeadamente no Reino Unido, já se falava de independência no conselho de administração com o *Cadbury Report* em 1992. Este documento é de enorme relevância nesta matéria, sendo considerado como o precursor desta tendência. Assim, já nesta altura se afirmava a preocupação com o *reporting* financeiro e com a

¹³⁵ ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, *Os Administradores Independentes*, in “A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura”, págs. 153-172, Almedina, 2007, p. 171.

¹³⁶ Tal como explica GABRIELA FIGUEIREDO DIAS (in *A Fiscalização Societária Redesenhada...*, *ob. cit.*, p. 297), “a CMVM, em diversos documentos sobre governo das sociedades cotadas, veio gradualmente introduzindo alguma familiaridade com estes conceitos, num processo de aculturação progressiva dos agentes económicos e das sociedades comerciais em relação às exigências, internacionalmente reconhecidas, de uma dimensão de independência nos órgãos societários, que assegurem aos diversos *stakeholders* algumas garantias de autonomia do processo de decisão em relação aos interesses dos acionistas maioritários.”

¹³⁷ MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Introdução aos princípios de corporate governance aplicáveis às sociedades anónimas cotadas em bolsa*, in “Estudos em honra de Ruy de Albuquerque”, Vol. I, Coimbra Editora, 2006, p. 239.

accountability, isto é, com a transparência financeira e a responsabilidade, tendo em conta as repercussões que as falhas nessas matérias podem ter no que toca à sociedade em si e, particularmente, na economia no seu todo. No referido relatório, reitera-se a importância deste aspeto, quando se afirma o seguinte:

*“The country’s economy depends on the drive and efficiency of its companies (...) They must be free to drive their companies forward, but exercise that freedom within a framework of effective accountability. This is the essence of any system of good corporate governance.”*¹³⁸

Este relatório apresentava-se como um código de bom governo, no âmbito da chamada *soft law* que, como podemos constatar, já tinha as suas raízes por esta altura. Desta forma, todas as sociedades no Reino Unido eram obrigadas a declarar se estavam a cumprir todas as recomendações do código e, caso não estivessem a justificar o porquê do não cumprimento.¹³⁹ Esperava-se, assim, que as empresas fortalecessem o seu controlo sobre a gestão e viessem a responsabilizar de forma efetiva os infratores, fomentando, desta forma, a confiança dos investidores e da opinião pública.

Esta foi, regra geral, a via adotada na Europa, bem menos exigente do que o rumo escolhido pelos americanos. No continente europeu pretendeu-se, ao invés, persuadir as sociedades a praticarem as recomendações emitidas pelos códigos de bom governo, induzindo-as a adotarem essas orientações de forma voluntária, raramente sendo fixadas penalizações e decidindo-se, em vez disso, seguir a via de *comply or explain* (cumpre ou justifica). Entendeu-se que esta abordagem seria mais eficaz do que a integração destas normas nos códigos, ou seja, do que uma positivação propriamente dita, pois permite uma maior flexibilidade na implementação, ao mesmo tempo que induz pressão nas sociedades quanto à adoção das recomendações consagradas, almejando ser eficazes no seu funcionamento e competitivas em termos de mercado.¹⁴⁰ Os códigos de bom governo estabelecem, por isso, com a lei uma “relação de complementaridade harmoniosa”, constituindo, por isso, um complemento à ordem jurídica e, concomitantemente, um guia de bom governo societário.¹⁴¹ Não podemos deixar de ter em conta que a adoção, ou não, das recomendações dos códigos de bom

¹³⁸ Vide ponto 1.1 do *Cadbury Report*.

¹³⁹ Vide ponto 1.3 do *Cadbury Report*.

¹⁴⁰ Vide ponto 1.10 do *Cadbury Report*.

¹⁴¹ Código de Governo das Sociedades do I.P.C.G., pág.6.

governo constitui, em boa verdade, um forte indicador para os investidores sobre a segurança e a fiabilidade das empresas sobre as quais irão recair o seu investimento. Para além disso, as sociedades de notação de risco, que atualmente exercem uma grande influência junto do mercado de valores mobiliários, avaliam o desempenho das empresas também com base nestes indicadores. Por essa razão, conseguimos perceber a verdadeira importância destas orientações, que acabam por determinar o financiamento das sociedades na bolsa de valores mobiliários. A *soft law* acaba por ter também, inevitavelmente, influência sobre o Direito das sociedades comerciais, com o qual tem uma conexão intrínseca, tendendo a ser gradualmente incorporada nas normas legais dos respetivos códigos e “podendo constituir um fator indutor de reformas no direito das sociedades anónimas.”¹⁴²

Aqui chegados, tendo compreendido a importância dos mecanismos de controlo e fiscalização da gestão e tendo apreendido também o significado do rumo da *soft law* escolhido pela Europa, cabe, neste momento, analisar algumas das recomendações que têm sido emitidas. As recomendações da OCDE e dos vários relatórios elaborados têm incidido em três grandes domínios: os direitos dos acionistas e funcionamento das assembleias gerais; composição, funcionamento e responsabilidade dos membros do conselho de administração; e a composição e estrutura do sistema geral de controlo, onde se inclui o papel dos auditores.

Iremos focar-nos especialmente no que toca ao conselho de administração, uma vez que é essa a temática do presente estudo, designadamente nas recomendações que incidem sobre a independência no seio do conselho e a identificação dessa qualidade com os administradores não executivos. Importa ter em conta que o modelo de conselho de administração que incorpora membros independentes começou a surgir nos anos 80 do século XX, em que se começou a ponderar acerca do *monitoring board model*, “composto na sua maioria por administradores desligados de relações económicas com a sociedade e por isso qualificados como independentes”¹⁴³, por contraposição ao *managerial model* ou *advising board*, em que o conselho era tido como um órgão de

¹⁴² MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Introdução aos princípios de...*, *ob. cit.*, 2006, p. 248.

¹⁴³ CÂMARA, PAULO (Coord.), *Código de Governo das Sociedades Anotado, Governance Lab*, Almedina, 2012, ponto 2.1.2.7., parágrafo 27.

administração puro e simples,¹⁴⁴ “composto essencialmente por membros da gestão da sociedade e por *outsiders* próximos da sua gestão, como clientes ou fornecedores principais, advogados da sociedade ou os seus credores, que assistiam o CEO na condução da sociedade (...)”¹⁴⁵. Pretendia-se atingir o objetivo de uma fiscalização efetiva no seio do conselho e, para isso, os administradores não executivos deveriam ser independentes (da administração executiva), de forma a que fosse possível zelar pelo interesse da sociedade e, em última análise, dos acionistas de forma eficaz. Deste modo, “ao *board* [conselho de administração] não se pedia que cumprisse, apenas, uma *função negativa* – de impedir que os *managers* violassem a lei, os estatutos ou os seus deveres (de cuidado e de diligência) -, mas também que desempenhassem um papel *positivo*, quer no escrutínio da *qualidade* da atuação dos *managers*, quer, ainda, no *estímulo à máxima qualidade de desempenho*, no estímulo ao alinhamento de interesses dos *managers* com os dos acionistas.”¹⁴⁶ Recomendava-se, assim, um “conselho que fiscaliza a atividade societária em detrimento de um conselho que assista e aconselhe a gestão executiva, vigiando a sua atuação geral.”¹⁴⁷

Assim, existem diversas recomendações sobre *corporate governance*, que incidem, entre outras coisas, sobre o papel dos administradores não executivos no funcionamento da sociedade anónima. O *Cadbury Report*, elaborado em 1992, foi o documento que serviu como ponto de partida para que estes membros do conselho de administração começassem a ser encarados como órgãos de fiscalização e controlo da gestão, caracterizados especialmente por conferir ao conselho um cariz independente na formação do raciocínio e para a tomada de decisões dentro das suas competências. Alguns anos mais tarde, a OCDE emitiu os Princípios de *Corporate Governance* em 1998, não vinculativos, que visavam, acima de tudo, dar apoio aos governos relativamente à avaliação e à melhoria na implementação do enquadramento jurídico sobre as temáticas relacionadas com a *corporate governance*, mas também emitir orientações e sugestões para os investidores, sociedades e entidades que desempenhem um papel nestas matérias. Importa ainda mencionar que estes princípios foram

¹⁴⁴ MAIA, PEDRO, *Corporate Governance em Portugal*, in *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012, p. 52.

¹⁴⁵ CÂMARA, PAULO (Coord.), *Código de Governo das Sociedades Anotado, Governance Lab*, Almedina, 2012, ponto 2.1.2.7., parágrafo 27.

¹⁴⁶ MAIA, PEDRO, *Corporate Governance...*, *ob. cit.*, p. 53.

¹⁴⁷ CÂMARA, PAULO (Coord.), *Código de Governo das Sociedades Anotado, Governance Lab*, Almedina, 2012, ponto 2.1.2.7., parágrafo 34.

atualizados em 2004, tendo sido integralmente revistos. Contudo, quanto a esta questão específica das responsabilidades do conselho de administração e do papel dos administradores não executivos na formação de um juízo independente pelo conselho, as recomendações da OCDE não sofreram grandes alterações, mantendo-se no essencial as mesmas orientações. Ainda no plano internacional, devemos dar destaque ao *Combined Code on Corporate Governance*, também elaborado em 1998 que teve como objetivo combinar os princípios e as orientações de bom governo que se encontravam espelhadas no *Cadbury Report* e no *Greenbury Report* (que se focava, particularmente, na questão da remuneração dos administradores). Finalmente, de bastante importância temos o *Winter Report* (2002) e o *Higgs Report*, consagrado em 2003, que se foca essencialmente no papel e na efetividade dos administradores não executivos. Também a União Europeia emitiu uma recomendação da Comissão, a 15 de fevereiro de 2005, relativa ao “papel dos administradores não executivos ou membros do conselho de supervisão das sociedades cotadas e aos comités do conselho de administração ou de supervisão”, que merece algum relevo nesta matéria.

A nível nacional devemos, particularmente, ter em conta o Livro Branco sobre *Corporate Governance* elaborado pelo Instituto Português de *Corporate Governance* em 2006, os Códigos de Governo das Sociedades também publicados pelo I.P.C.G., especialmente o de 2017, e o estudo elaborado em 2007 sobre “Os Administradores Independentes das Sociedades Cotadas” do mesmo Instituto, não olvidando as Recomendações da CMVM sobre o governo das sociedades cotadas e os Regulamentos da CMVM, merecendo destaque o Regulamento n.º 7/2001 (alterado pelos Regulamentos CMVM n.º 11/2003, 10/2005 e 3/2006) e o Regulamento n.º 4/2013 que realizam recomendações especificamente quanto a estes membros do conselho.

Podemos resumir as recomendações efetuadas por estes instrumentos principais em alguns pontos, que se seguem:

1. Em primeiro lugar, quanto às **competências dos administradores não executivos**, recomenda-se que estes sejam responsáveis pelo controlo do desempenho do conselho, mais especificamente no que toca à gestão da sociedade e, por isso, da atividade desenvolvida pelos executivos, tendo em vista alcançar um retorno adequado

para os acionistas; e que tomem a liderança em áreas onde haja maior potencialidade de surgirem conflitos de interesses, prevenindo-os e, dessa forma, garantindo um equilíbrio entre a satisfação dos diversos interesses existentes no seio da sociedade. Tenciona-se, desta forma, restabelecer a confiança nos mercados financeiros (pontos 4.5 e 4.6 do capítulo relativo ao conselho de administração do *CR*, ponto D do capítulo V dos Princípios de *CG* e Considerando 3 da Recomendação da Comissão Europeia de 15/02/2005).

Nos Princípios de *CG* refere-se ainda que o conselho deverá desempenhar certas funções-chave, como a apreciação e orientação da estratégia da sociedade, dos principais planos de ação, da política de risco, orçamentos anuais e planos de negócio, devendo ainda determinar objetivos de desempenho e controlar a sua implementação. Para além disso, deverá assegurar a integridade da contabilidade da empresa, dos sistemas de *reporting* financeiro, desenvolvendo sistemas adequados de controlo e estando responsável pela garantia da transparência da empresa. Importa aqui realçar que, tanto a função de controlo como a função de criação de riqueza para a sociedade (através da definição da estratégia, planos de ação, objetivos de desempenho, etc.) são complementares, não devendo uma sobrepor-se à outra. (ponto V.D dos Princípios de *CG*, ponto 1.12, capítulo 6 do *Higgs Report* e III.6 do Código de Governo das Sociedades).

2. Para o cumprimento eficaz da função de vigilância da atividade de gestão, recomenda-se que **o presidente do conselho de administração não seja, simultaneamente, presidente da comissão executiva**, ou seja, que estes cargos sejam exercidos por pessoas diferentes, garantindo desta forma um equilíbrio apropriado de poder e uma maior capacidade do conselho de tomar decisões de forma independente, pois distingue a liderança do conselho da gestão da atividade da sociedade.

O *Higgs Report* distingue claramente entre as duas funções, descrevendo a função do presidente do conselho como sendo a de liderar o conselho na definição dos valores e dos objetivos da empresa, mantendo ao mesmo tempo uma relação de confiança entre os administradores executivos e não executivos. Por seu turno, o presidente da comissão executiva gere a atividade da sociedade, mediante delegação do conselho, e implementa as políticas e estratégias necessárias para o cumprimento do seu

objetivo principal, sempre sob a alçada do conselho. Por esse motivo, este relatório impõe às sociedades cotadas do Reino Unido que divulguem uma justificação pública no caso de cumulem as duas funções na mesma pessoa. Aliás, a separação entre estes dois cargos constitui uma das características mais distintivas do regime de *corporate governance* do Reino Unido, sendo que cerca de 90% das empresas cotadas na bolsa britânica adotam esta recomendação.

No caso de ocorrer a cumulação de ambas as funções, vários dos documentos mencionados recomendam que os membros do conselho escolham um administrador não executivo sénior, que possa coordenar a ação destes administradores e a quem estes possam reportar o resultado do seu desempenho sem receio de um possível conflito de interesses. O *Higgs Report* chega a considerar que o administrador sénior independente deve sempre existir, mesmo que as funções de presidente do conselho e da comissão executiva não sejam cumuladas. O Código de Governo das Sociedades indica como funções deste administrador sénior a atuação como interlocutor do presidente do conselho de administração, garantir as condições necessárias para o desempenho das funções destes administradores e coordená-los na avaliação do desempenho dos administradores executivos (pontos 4.5 e 4.9 do referido capítulo do *CR*, ponto V.E dos Princípios de *CG*, ponto A.2 do *Combined Code on CG*, ponto 3.2 da Recomendação da C.E. e pontos 5.2, 5.3 e 7.1 do *Higgs Report*, III.1 do Cód. Governo das Sociedades).

3. Ademais, é realçada a importância de **os administradores não executivos contribuírem com um julgamento independente e objetivo para as decisões do conselho em matérias relevantes**, nomeadamente de estratégia, desempenho, recursos da sociedade e *standards* de conduta, por forma a que o conselho concretize as suas responsabilidades de forma eficiente. Este júízo independente deverá existir especialmente em áreas em que os conflitos de interesses entre os executivos e a sociedade tenham maior probabilidade de suceder, como a remuneração dos executivos, questões relacionadas com a nomeação de administradores e com o *reporting* financeiro e auditoria. Por esse motivo, deverá existir um número considerável destes administradores no plenário do conselho, que deve ser de forma a que as suas posições tenham um peso significativo nas decisões. O conselho deverá procurar obter um equilíbrio entre executivos e não executivos, de maneira a que nenhuma pessoa ou grupos de pessoas seja capaz de dominar o processo de tomada de decisões do conselho.

Tenciona-se que a presença de administradores independentes seja um meio para proteger os acionistas e outros interessados. O Código de Governo das Sociedades recomenda que o número de administradores não executivos seja sempre superior ao dos executivos e que a sociedade inclua um número não inferior a um terço de administradores não executivos que cumpram os requisitos de independência (III.3 do referido Código). Contudo, a maioria dos instrumentos referidos recomendam que a maioria dos não executivos no conselho seja independente. A este propósito, refere-se no Código de Governo das Sociedades Anotado (no contexto do Código de Governo das Sociedades em vigor na altura da sua elaboração, que se situa no ano de 2012) que, apesar das recomendações que podem ser emitidas pelos instrumentos contendo números concretos de administradores não executivos independentes que devem constar do conselho de administração, “o número concreto de administradores não executivos deve ser aferido por cada sociedade: será aquele que garanta uma efetiva capacidade de fiscalização (ou de supervisão, fiscalização e avaliação) da atividade dos executivos. (...) estes [administradores não executivos] devem incluir um *número adequado* de administradores independentes, e essa *adequação* deve ser encontrada em função da dimensão da sociedade e da sua estrutura acionista.”¹⁴⁸

Para além disso, recomenda-se que se distinga entre os membros executivos e não executivos do conselho, identificando, no caso dos não executivos, quais os administradores que são também independentes.

Recomenda-se também que exista um mínimo de três administradores não executivos nas comissões eventualmente a ser constituídas nas áreas de maior potencialidade de conflitos de interesses, sendo que um deverá ser o presidente do conselho de administração (desde que não seja presidente da comissão executiva). Pelo menos, dois desses três administradores deverão ser independentes. Interessa que exista um número suficiente de administradores não executivos que sejam capazes de exercer um juízo independente, garantindo aos investidores e acionistas que os seus interesses estão a ser defendidos (pontos 4.11 e 4.12 do referido capítulo do *CR*, ponto V.E dos Princípios de *CG*, ponto A.3 do *Combined Code on CG*, Considerandos 7, 8 e 9, pontos 3.1, 4 e 5 e 1.1 do Anexo I da Recomendação da C.E. e capítulo 9 do *Higgs Report*).

¹⁴⁸CÂMARA, PAULO (Coord.), *Código de Governo das Sociedades Anotado*, *Governance Lab*, Almedina, 2012, ponto 2.1.2.2.

4. Acerca do **conceito de independência**, este é definido como sendo a não vinculação a qualquer negócio ou relação que possa interferir materialmente com a formação de um juízo livre de interesses; Segundo a Recomendação da C.E., é considerada como a ausência de ligações estreitas com a direção, com os acionistas que detêm participações de controlo ou com a própria sociedade, que possam originar um conflito de interesses suscetível de prejudicar a sua capacidade de apreciação, ressaltando, contudo, que “a determinação do que constitui a independência deve incumbir principalmente ao próprio conselho de administração”. Para além disso, a Recomendação da C.E. aconselha os Estados-membros a tomar em consideração as orientações constantes do Anexo II, que determinam alguns critérios de apreciação da independência dos administradores, sendo, porém, certo que a apreciação da independência de um determinado administrador deve-se basear “mais na substância do que na forma”¹⁴⁹ (ponto 4.12 do referido capítulo do *CR*, Considerando 18 e ponto 13.1, 13.2 e Anexo II da Recomendação da C.E., Capítulo 9 do *Higgs Report*).

¹⁴⁹ Os critérios constantes do Anexo II são os seguintes:

- a) *O administrador não executivo não deve ser **administrador executivo** nem membro da comissão executiva da sociedade ou de uma sociedade ligada nem ter exercido esse cargo **nos últimos cinco anos**;*
- b) *Não deve ser **empregado** da sociedade ou de uma sociedade ligada, nem ter sido empregado da sociedade **nos três últimos anos**, exceto quando o administrador não executivo não pertencer aos quadros superiores e tiver sido eleito para o conselho de administração no contexto de um sistema de representação dos trabalhadores reconhecido pela legislação e que preveja uma proteção adequada contra o despedimento abusivo e outras formas de tratamento injusto;*
- c) *Não deve receber nem ter recebido uma **remuneração suplementar significativa** da sociedade ou de uma sociedade ligada **para além da remuneração recebida enquanto administrador não executivo**. Tal remuneração suplementar cobre em especial qualquer participação num regime de opções sobre ações ou qualquer sistema de remuneração relacionado com o desempenho; não abrange as prestações fixas de remuneração no âmbito de um plano de pensões de reforma (incluindo os pagamentos diferidos) por serviços prestados anteriormente à sociedade (desde que tais prestações não estejam subordinadas, de qualquer forma, à prossecução dos referidos serviços);*
- d) *Não deve ser nem representar de qualquer forma o(s) acionista(s) com uma participação de controlo;*
- e) *Não deve ter nem ter tido **durante o último ano** uma **relação comercial significativa** com a sociedade ou com uma sociedade ligada quer directamente quer enquanto sócio, acionista, administrador ou quadro superior de uma entidade que tenha uma tal relação. Por relações comerciais entende-se a situação de um fornecedor importante de bens ou serviços (incluindo serviços financeiros, jurídicos, de consultoria ou de aconselhamento) ou de um cliente importante, bem como de organizações que recebem contribuições significativas da sociedade ou do seu grupo;*
- f) *Não deve ser nem ter sido **nos últimos três anos sócio ou empregado do auditor externo**, atual ou passado, da sociedade ou de uma sociedade ligada;*
- g) *Não deve ser administrador executivo nem membro da comissão executiva de uma outra sociedade em que um administrador executivo ou membro da comissão executiva seja administrador não executivo e não deve ter outras relações significativas com administradores*

5. De forma a manter a sua independência, os administradores não executivos não deverão permanecer no conselho durante demasiado tempo. Devem, por isso, ser **nomeados** por mandatos específicos. Deve também ser assegurado que as pessoas nomeadas tenham as qualidades necessárias, a experiência adequada e a disponibilidade suficiente para o desempenho das suas funções. O *Higgs Report*, por exemplo, recomenda que estes tenham, essencialmente, quatro qualidades: integridade e padrões éticos elevados, um julgamento sã, a capacidade e a vontade de desafiar e inquirir e fortes competências interpessoais (ponto 6.9 a 6.12).

Estes administradores devem ser nomeados com imparcialidade e cuidado, devendo existir um processo de seleção formal, em que participe o conselho em plenário. Para isso, poderá ser constituída uma comissão de nomeações (pontos 4.15, 4.16 e 4.17 do referido capítulo do *CR*, ponto V.D, n.º 2 dos Princípios de *CG*, ponto A.5 e A.6 do *Combined Code on CG*, Considerando 15 e 16 e pontos 11.1 e 12.1 da Recomendação da C.E.).

6. Destaca-se ainda a **remuneração** destes administradores como sendo um aspeto importante a ponderar, designadamente devendo existir um equilíbrio entre o valor da sua contribuição efetiva para a sociedade, não devendo, porém, comprometer a tão desejada independência. A remuneração deverá refletir o tempo que estes efetivamente dedicam aos assuntos da empresa. Para além de que não deverá esta remuneração incluir nenhuma componente cujo valor dependa do desempenho da sociedade. Caso exista

executivos ou membros da comissão executiva da sociedade devido às funções exercidas noutras sociedades ou entidades;

- h) Não deve ter integrado o conselho de administração como administrador não executivo durante **mais de três mandatos** (ou, alternativamente, mais de doze anos, quando a legislação nacional prevê mandatos normais de duração muito reduzida);*
- i) **Não deve ser membro da família próxima de um administrador executivo** ou de um membro da comissão executiva, nem de pessoas nas situações referidas nas alíneas a) a h);*

2. O administrador independente compromete-se a:

- a) manter, em todas as circunstâncias, a sua **independência de análise, de decisão e acção**;*
- b) não procurar nem aceitar quaisquer vantagens indevidas que possam ser consideradas como comprometendo a sua independência;*
- e c) **expressar claramente a sua oposição no caso de considerar que uma decisão do conselho de administração ou de supervisão pode prejudicar a sociedade**. Quando o conselho de administração tiver tomado decisões relativamente às quais um administrador não executivo independente manifestar sérias reservas, este deve tirar todas as consequências adequadas. Em caso de demissão, deve fundamentar as suas razões numa carta enviada ao conselho de administração e, se for caso disso, a quaisquer entidades relevantes externas à sociedade. (negrito nosso).*

uma comissão de remunerações, esta deverá ser composta maioritariamente por administradores não executivos, que devem invariavelmente participar nas decisões relativas a esta questão (ponto 4.13 do referido capítulo do *CR*, ponto V.D, n.º 3 dos Princípios de *CG* e ponto B.2.1 e B.2.2 do *Combined Code on CG*, V.3.5 e V.3 do Código de Governo das Sociedades).

7. Os administradores não executivos desempenharão também um papel fundamental nas **comissões que poderão vir a ser criadas**, como a comissão de nomeação, a comissão de remunerações e a comissão de auditoria (no modelo anglo-saxónico). Os não executivos deverão constituir a maioria dos membros destas comissões, onde existe uma maior potencialidade de conflitos de interesses (pontos 4.30, 4.35, al. b) e 4.42 do referido capítulo do *CR*, Considerando 11, 13 e 14 e ponto 2, 3 e 4 do Anexo I da Recomendação da C.E.).

8. Para além disso, não deverá ser vedado aos administradores não executivos o **acesso à informação** que seja necessária para o cumprimento dos seus deveres, pois disso depende a eficácia do seu desempenho. Estes deverão receber informação clara, precisa, relevante e atempada. O presidente do conselho de administração deverá assegurar-se que os administradores não executivos recebem a informação que seja relevante e adequada às suas necessidades, atempadamente, e que estes contribuam efetivamente enquanto membros do conselho de administração. Estes administradores devem também certificar-se de que detêm a informação que é necessária para formular juízos sãos e completos. Caso contrário, não deverão hesitar em procurar obter esclarecimentos quanto às suas questões (ponto 4.8 e 4.14 do referido capítulo do *CR*, pontos V.A, V.B, V.C dos Princípios de *CG* e ponto A.4 do *Combined Code on CG* e Capítulo 11 do *Higgs Report*, 1.3 do Código de Governo das Sociedades).

9. A atuação de forma informada, com a devida diligência e cuidado deve pautar a sua conduta, sempre no melhor interesse da sociedade e dos acionistas e devendo tratá-los de forma equitativa (ponto V.F dos Princípios de *CG*, Capítulo 14 do *Higgs Report*, I.1 do Código de Governo das Sociedades).

Deste modo, conseguimos compreender que existe, desde os anos 80 até aos dias de hoje, uma determinada tendência que está presente em todos os relatórios que mencionámos e que visa, sobretudo, garantir a transparência dos resultados e métodos da empresa face aos terceiros com quem esta se relaciona e a integridade dos procedimentos internos, nomeadamente de decisões do conselho de administração que se traduzem, em bom rigor, nas decisões da sociedade. Assim, como temos vindo a constatar, uma das formas de garantir esses objetivos é, justamente, através da presença de uma maioria de administradores não executivos independentes no conselho de administração que são mais aptos para contribuir com um julgamento isento e mais adequados para ficarem responsáveis por áreas em que existe uma maior probabilidade de ocorrerem conflitos de interesses, tal como pelas áreas em que seja necessária uma visão mais objetiva, de alguém “de fora”, como são as matérias relevantes para a orientação estratégica da sociedade. Contudo, e tal como salienta PAULA COSTA E SILVA, “um administrador, seja ele qualificado como independente ou não, que não se determine pelo interesse social quanto atua ao abrigo do seu estatuto próprio, viola o dever de diligência previsto no art. 64.º do C.S.C. O administrador que atua de modo a obstaculizar a maximização da prossecução do interesse social é um mau administrador, seja ele independente ou dependente.”¹⁵⁰

Revela-se essencial dotar as decisões do conselho destas características¹⁵¹, o que reafirmará a segurança da sociedade, não só a nível interno, prevenindo a eventual influência dos acionistas maioritários e ainda do ponto de vista dos acionistas face aos

¹⁵⁰ SILVA, PAULA COSTA E, *O Administrador Independente*, in “Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, Vol. III”, Coimbra Editora, 2006, págs. 547-555, p. 553.

¹⁵¹ Importa, contudo, sublinhar o que refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA (in *Manual de governo das sociedades*, *ob. cit.*, pp. 193 e 194), salientando que a ideia dos administradores independentes como solução para o problema da fiscalização da gestão, decorrente dos chamados “custos de agência”, não é, de todo o modo, eficaz nos países em que o capital não se encontra disperso, mas sim concentrado. Isto porque, refere, citando PAULA COSTA E SILVA (in *O administrador independente, Direito dos valores mobiliários*, vol. VI, Coimbra, 2006, 417-425), que deve-se ter em conta “(i) a concentração na assembleia geral dos poderes de nomeação dos administradores e de fixação da sua remuneração e a existência de um órgão responsável pela fiscalização societária, que faz com que a intervenção dos administradores independentes nas três áreas habitualmente apontadas como o núcleo central da sua intervenção não tenha a utilidade que tem noutros sistemas jurídicos; (ii) o art. 64.º constitui, por seu lado, um instrumento importante de limitação dos poderes dos administradores, e embora não logre prevenir a violação dos deveres aí elencados, a verdade é que os administradores independentes não têm poderes para prevenir a tomada de deliberações pela administração contrárias ao interesse social ou para inviabilizar a execução de deliberações já tomadas; (iii) finalmente, o órgão de fiscalização tem amplos poderes de controlo e um regime de incompatibilidades importante para assegurar a efetividade do controlo da sociedade.”

administradores executivos, mas também a nível externo, construindo a confiança que a sociedade carece de obter no mercado, para atrair investidores e fazer passar não apenas uma imagem, mas uma realidade de estabilidade e prosperidade.

CONCLUSÃO

Aqui chegados, cumpre finalmente realizar uma reflexão acerca de tudo aquilo que foi exposto no presente estudo, que esperamos contribuir para um esclarecimento do que é o atual paradigma das sociedades anónimas, mas especialmente das sociedades cotadas em bolsa. Esta temática é de suma relevância, uma vez que, como já foi por diversas vezes comprovado, estas sociedades podem ter um efeito económico realmente nocivo, não só na comunidade e no país em que se encontram sediadas, mas a um nível global, tendo em conta a dimensão que estas podem atingir e a facilidade com que hoje se realizam trocas de capitais e serviços.

Assim, começámos por demonstrar que, apesar de o C.S.C. não dedicar muita atenção aos administradores não executivos, a realidade destas sociedades é bem diferente, porquanto estes existem efetivamente nos modelos de governação monista e anglo-saxónico. No modelo anglo-saxónico, integram a comissão de auditoria, enquanto que, no modelo monista, não pertencerão a mais nenhum órgão autónomo a não ser o tradicional conselho de administração. Ora, estes administradores são, de facto, uma figura interessante, com uma caracterização híbrida, que surgiu para fazer face às dificuldades que se revelaram e para tornar possível o alcançar dos objetivos que se estabeleceram de modo a evitar as falências das grandes sociedades e as suas consequências nas economias. Chegou-se, assim, à conclusão que era absolutamente imperativo garantir a transparência e a integridade da empresa, ao mesmo tempo que se assegurava a efetividade da responsabilização dos infratores.

Desta forma, considerámos que era, de facto, imprescindível, em primeiro lugar, compreender verdadeiramente a função destes administradores na mecânica da sociedade anónima, para, posteriormente, entender por que razão lhes serve tão bem a veste de independente. Deste modo, analisámos a principal componente da obrigação de administração do administrador não executivo, que é a obrigação de vigilância. Do nosso ponto de vista, é importante vincar que esta deve ser interpretada em consonância

com os deveres a que estão adstritos os administradores consagrados no art. 64.º, n.º 1 do C.S.C., o que, na verdade, significa que deve ser considerada como uma obrigação de diligente administração. No que respeita à obrigação de vigilância, implica que estes administradores cumpram esta sua função de fiscalização não apenas de forma passiva, ou seja, meramente observando a execução da gestão diária da sociedade de uma forma geral, monitorizando as atuações e comportamentos mais relevantes, mas que tenham uma atitude pró-ativa, tomando a iniciativa no cumprimento cabal do interesse social, que abarca tanto os interesses coletivos dos acionistas, como os interesses dos terceiros que se relacionam com a sociedade, sejam os dos investidores, clientes, credores, fornecedores, trabalhadores e, em última análise, o Estado e o mercado. O que terá como consequência que estes administradores devam ter todo o acesso que desejarem à informação da sociedade que eles considerem ser relevante para o cumprimento da sua obrigação, traduzindo-se em verdadeiros poderes ao seu dispor, nomeadamente de inspecionar e realizar o que for necessário para obter a informação que entendem carecer. Aliás, tratam-se, em bom rigor, de poderes-deveres, pois não podemos olvidar que estamos perante uma relação fiduciária, decorrente da especial confiança (“qualificada”) que deve obrigatoriamente existir na relação administrador-sociedade. O administrador é sempre, quer seja executivo ou não, quem tem por única razão de atuação a sociedade em si. O administrador é, por definição, quem deve cuidar e zelar pelo interesse social em primeira linha, pois essa obrigação é inerente à sua função. Portanto, esta interpretação leva-nos a concluir que a delegação de poderes de gestão que ocorre nas sociedades anónimas com um modelo monista não retira quaisquer deveres aos “administradores não abrangidos pela delegação”. Ao invés, o que sucede é que os deveres de participação nos assuntos delegados, relativos à gestão corrente da sociedade, passam a ter uma natureza subsidiária, isto é, o administrador não executivo apenas intervirá nessas matérias caso considere que o interesse social está a ser posto em causa, situação em que o seu próprio dever de diligente administração o obriga a intervir, impedindo a realização do ato danoso, caso não seja possível em tempo útil provocar a intervenção do conselho, para que este delibere sobre as medidas adequadas a tomar para evitar males maiores. Nesse caso, o administrador poderá ele próprio tomar medidas, mas deverá posteriormente apresentar a situação ao conselho, que reafirmará, ou não, a validade e eficácia da medida tomada, devendo ratificá-la se assim o entender.

Devemos relembrar que tanto os administradores executivos, como os não executivos não deixam de ser administradores, isto é, encontram-se sempre numa relação de paridade, devendo ser o conselho no seu pleno, que é quem detém a competência originária sobre todas as matérias sob sua tutela, a determinar a assunção das medidas destinadas a prevenir ou impedir a produção de atos danosos para o interesse social.

Dito isto, importa ainda sublinhar a posição que tomámos quanto à consequente responsabilidade destes administradores. Entendemos dever-lhes ser aplicável o regime de responsabilidade dos administradores em geral, não existindo particularidades, nomeadamente por exercerem também funções de fiscalização. Assim, o enquadramento do regime de responsabilidade destes administradores deverá pautar-se pelos arts. 64.º, n.º 1 e 72.º e seguintes do C.S.C. Deste modo, os administradores não executivos são obrigados a reagir caso se deparem com atos que possam vir a causar danos à sociedade, sob pena de eles próprios virem a ser responsabilizados no caso de serem efetivamente causados prejuízos à empresa. Devem expressar a sua oposição de forma fundamentada e realizar todos os atos necessários à prevenção da produção do ato danoso, tendo a liberdade de tomar a iniciativa dentro dos moldes que foram expostos.

Nestes termos, e tendo em conta os grandes escândalos que ocorreram nos últimos 40 anos de falências de grandes empresas devido aos problemas relacionados com os denominados custos de agência e com a separação entre a propriedade e a gestão, tornou-se necessário encontrar uma solução mais eficaz de vigilância dos que estavam responsáveis pela gestão da sociedade, encontrando também métodos que permitissem assegurar a transparência da mesma. Os administradores não executivos foram, assim, um dos grandes enfoques do movimento de *corporate governance*, que incidiu, entre outras coisas, sobre o modelo existente do conselho de administração e o seu funcionamento, introduzindo, cada vez mais, os administradores não executivos na equação, de forma a colmatar o problema da fiscalização da gestão. Estes administradores foram, então, sendo vistos como uma das principais soluções, pois contribuía com uma garantia de um julgamento independente no seio do conselho de administração. A independência veio sendo definida como a ausência de relações materiais que pudessem vir a influenciar o julgamento isento e objetivo dos administradores, sendo concretizado este conceito, tanto por fórmulas substantivas, como por critérios formais, indicativos de uma relação potencialmente geradora de

conflitos de interesses. É importante, ainda, salientar que a tendência associada ao movimento de *corporate governance*, principalmente na Europa, teve uma abordagem diferente da que vinha sendo adotada anteriormente, designadamente através da introdução da *soft law* que, ao contrário da eficácia vinculativa dos Códigos e do tradicional efeito da positivação, visou adotar uma abordagem de *comply or explain*, sendo elaborados relatórios que emitem recomendações que as sociedades devem seguir, consubstanciando-se essas recomendações em códigos de bom governo. Desta forma, as sociedades devem cumprir as recomendações, ou justificar por que razão não o fazem, nomeadamente através dos princípios que esses mesmos relatórios também emitem. Permite-se, deste modo, uma maior flexibilidade para as empresas que não são obrigadas a cumprir uma determinada norma, desde que fundamentem com base nas suas circunstâncias específicas, preferindo-se claramente a substância em vez da forma.

Contudo, a importância da função dos administradores não executivos neste contexto, corroborada pela unanimidade dos principais relatórios nestas matérias, que abordam impreterivelmente esta questão, e a tendência que insiste em existir de recomendar a existência destes administradores no seio do conselho de administração leva-nos a ponderar se, eventualmente, seriam trazidas vantagens ao consagrar, através de uma formulação legislativa, a presença dos administradores não executivos no conselho de administração. Porém, apesar de nos parecer que é um aspeto que tem relevância para tal, subsistem dúvidas acerca da eficácia prática de tal solução, continuando a ser preferível esta abordagem voluntária, que não deixa de induzir nas sociedades a pressão necessária para a adoção destas recomendações, sempre tendo como objetivo último o bom governo das sociedades.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, JORGE COUTINHO DE e RAMOS, ELISABETE GOMES, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Vol. I, Anotação ao art. 72.º, n.º 4.1., Almedina, 2017.

ABREU, JORGE COUTINHO DE, *Governança das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2ª edição, 2010.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, *Os Administradores Independentes*, in “A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura”, págs. 153-172, Almedina, 2007.

BARREIROS, FILIPE, *Responsabilidade civil dos administradores: Os deveres gerais e a corporate governance*, Coimbra Editora, 2010.

CÂMARA, PAULO (Coord.), *Código de Governo das Sociedades Anotado, Governance Lab*, Almedina, 2012.

CÂMARA, PAULO (Coord.), *A Governação de Sociedades Anónimas nos sistemas jurídicos lusófonos, Governance Lab*, Almedina, 2014.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Anotação aos arts. 64.º e 414.º-A, Almedina, 2009.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades* in Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura - A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, págs. 19-60, Almedina, 2007.

CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 6ª edição, 2016.

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *A Fiscalização Societária Redesenhada: Independência, Exclusão da responsabilidade e Caução obrigatória dos fiscalizadores*, in “Reformas do Código das Sociedades”, n.º 3, Colóquios do IDET, Almedina, 2007.

FERRAJOLI, LUIGI, *L'amministratore senza delega: profili di responsabilità civile e penale* in “Bilancio, vigilanza e controlli”, n. sei 2014.

FIGUEIREDO, ISABEL MOUSINHO DE, *O administrador delegado (A delegação de poderes de gestão no Direito das Sociedades)*, in “O Direito”, ano 137 – III, Almedina, 2005.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores* in “A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura”, págs. 61-102, Almedina, 2007.

GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da administração à fiscalização de Sociedades*, Teses de Doutoramento, Almedina, 2017.

GONÇALVES, DIOGO COSTA, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Teses de Doutoramento, Almedina, 2016.

MAIA, PEDRO, *Studia Iuridica 62 - A função e o funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, Coimbra Editora, 2002.

MAIA, PEDRO, *Corporate Governance em Portugal*, in “Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil”, Almedina, 2012.

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Administradores Delegados e Comissões executivas - Algumas Considerações*, in Cadernos do IDET, n.º 7, 2ª edição, 2011.

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Delegação de poderes de gestão*, Anotação ao art. 407.º, in “Código das Sociedades Comerciais em Comentário”, Vol. VI, (Coord: COUTINHO DE ABREU), Almedina, 2013.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Introdução aos princípios de corporate governance aplicáveis às sociedades anónimas cotadas em bolsa*, in “Estudos em honra de Ruy de Albuquerque”, Vol. I, Coimbra Editora, 2006.

NUNES, PEDRO CAETANO, *Responsabilidade civil dos administradores perante os acionistas*, Almedina, 2001.

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *Manual de governo das sociedades*, Almedina, 2017.

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *Manual de grupos de sociedades*, Almedina, 2016.

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, *Responsabilidade civil dos administradores: Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra Editora, 1.ª edição, 2015.

RAMOS, ELISABETE GOMES, *Responsabilidade civil dos administradores e diretores das sociedades anónimas perante os credores sociais*, in Boletim da

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, “Studia Juridica 67”, Coimbra Editora, 2002.

SEMLER, JOHANNES “Die interne Überwachung in der Holding” in MARCUS LETTER (ed.) – Holding Handbuch: Recht, Management, Steuern, 4.^a ed., Köln: Schmidt, 2004, *apud* GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Da Administração à fiscalização das sociedades...*, *ob. Cit.*

SILVA, ARTUR SANTOS; VITORINO, ANTÓNIO; ALVES, CARLOS FRANCISCO; CUNHA, JORGE ARRIAGA DA; E MONTEIRO, MANUEL ALVES, *Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*, Instituto Português de Corporate Governance, 2006, disponível em:

http://www.cgov.pt/images/stories/livro_branco_de_corporate_governance.pdf

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão*, in “O Direito”, Ano 139 - III, 2007.

SILVA, JOÃO GOMES DA, ANTAS, LUÍSA, COSTA, MARGARIDA SÁ e SILVEIRA, RUI, *Os Administradores Independentes das sociedades cotadas portuguesas*, I.P.C.G., 2007.

SILVA, PAULA COSTA E, *O Administrador Independente*, in “Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco, Vol. III”, Coimbra Editora, 2006, págs. 547-555.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Business judgement rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, in “Direito das Sociedades em revista”, ano 1 (2009), vol. 2.

VENTURA, RAUL e BRITO CORREIA, *Da responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, in “Boletim do Ministério da Justiça” n.º 192, 1970.