

Mulheres em cargos de administração: algumas notas sobre a proposta de Directiva COM (2012) 614 final relativa à melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres no cargo de administrador não executivo das empresas cotadas em bolsa e a outras medidas conexas

DR.ª SOFIA LEITE BORGES*

*A composição de um conselho de administração envia sinais importantes sobre os valores de uma empresa. O compromisso da promoção da igualdade de oportunidades, que pode ter uma importância motivacional bem como em termos de reputação, acaba inevitavelmente por ficar comprometido se a composição do conselho de administração não seguir os mesmos princípios orientadores.***

DEREK HIGGS, “*The Higgs Report: Review of the role and effectiveness of non-executive directors*”

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Paridade nos cargos de administração. Breve descrição do panorama actual: 2.1. Evolução recente nos Estados-Membros; 2.2. A situação em Portugal. 3. As razões da disparidade. 4. Antecedentes comunitários. 5. Análise da proposta de Directiva: 5.1. Âmbito subjectivo de aplicação das regras a adoptar por força da transposição da Directiva (artigos 1.º, 2.º e 3.º); 5.2. Âmbito objectivo de aplicação das regras a adoptar por força da transposição da Directiva: 5.2.1. Regras aplicáveis à selecção e nomeação de administradores não executivos (artigos 4.º, 8.º e 9.º); 5.2.2. Regras aplicáveis em matéria de assunção de compromissos voluntários de promoção do equilíbrio entre géneros nos cargos de administração executiva (artigo 5.º, n.º 1); 5.2.3. Regras acessórias comuns: (i) deveres de informação e (ii) deveres de justificação (artigo 5.º, n.º 2 e 3); 5.2.4. Adopção, pelos Estados-Membros, de regras sancionatórias (artigo 6.º). 6. Síntese conclusiva.

* Advogada.

** Tradução nossa. No original, em inglês: *The composition of a board sends important signals about the values of the company. A commitment to equal opportunities which can be of motivational as well as reputational importance is inevitably undermined if the board itself does not follow the same guiding principles* – Department of Trade and Industry (2003), p. 39 ss., disponível em http://www.ecgi.org/codes/code.php?code_id=121.

1. Introdução***

I. O presente artigo visa tecer algumas considerações sobre a proposta de Directiva COM (2012) 614 final¹, adoptada pela Comissão Europeia, no passado dia 14 de Novembro de 2012, e que estabelece um conjunto de medidas destinadas a garantir uma representação mais equilibrada entre homens e mulheres no exercício dos cargos de administração executiva e não-executiva das empresas europeia cotadas em bolsa², com exclusão das micro, pequenas e médias empresas³, ainda que cotadas.

Decorrido cerca de um ano após a sua adopção pela Comissão Europeia, a proposta de Directiva aguarda, actualmente, aprovação pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho. O processo legislativo ordinário comunitário tem seguido o seu curso, pese embora com alguma morosidade, justificada, porventura, pela sensibilidade do tema.

Recentemente, a 9 de Julho de 2013, Viviane Reding, Vice-Presidente da Comissão Europeia, Comissária Europeia para a Justiça, os Direitos Fundamentais e a Cidadania e principal mentora desta iniciativa, manifestou publicamente a sua satisfação com a aprovação que a proposta de Directiva teve no Comité do Parlamento Europeu para o Emprego e os Assuntos Sociais⁴. A base legal da proposta

*** Este artigo é publicado ao abrigo da colaboração estabelecida entre a Revista de Direito das Sociedades e o Governance Lab, grupo de investigação jurídica dedicado ao governo das organizações (www.governancelab.org).

¹ COM (2012) 614 final, relativa à melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres no cargo de administrador não-executivo das empresas cotadas em bolsa e a outras medidas conexas.

² De acordo com a respectiva Exposição de Motivos “*A proposta centra-se nas empresas que estão cotadas em bolsa dada a sua importância económica e grande visibilidade. De um modo geral, estas empresas estabelecem as normas que se aplicam ao resto do sector privado. Além disso, tendem a ter conselhos de administração maiores e um estatuto jurídico semelhante em toda a UE, permitindo assim a necessária comparabilidade das situações.*”, COM (2012) 614 final, p. 6. As “empresas cotadas em bolsa” são definidas no Considerando 17 “*como as empresas constituídas num Estado-Membro, cujos valores mobiliários sejam admitidos à negociação num mercado regulamentado, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, ponto 14, da Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros*”, em um ou vários Estados-Membros”, COM (2012) 614 final, p. 20.

³ “*Na acepção que lhes é dada pela Recomendação 2003/361/CE da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas, mesmo que estas se encontrem cotadas em bolsa*”, refere o Considerando 18, COM (2012) 614 final, p. 21.

⁴ “*É bom constatar que uma câmara do poder legislativo europeu, nomeadamente o Parlamento Europeu, está a apoiar a proposta da Comissão para que haja mais mulheres nos conselhos de administração. (...) Os exemplos da Bélgica, França e Itália demonstram-no claramente: a intervenção regulatória limitada no tempo resulta. Só o facto de termos elaborado uma proposta de lei já pôs as coisas a mexer. As empresas começaram a adaptar-se mesmo antes de a lei ter entrado em vigor: cada vez vemos mais e mais empresas pela Europa a nomear mulheres para os seus conselhos de supervisão. O forte apoio do Parlamento Europeu ajudou a acelerar o progresso. (...) Continuarei a trabalhar por um progresso paralelo no Conselho.*”, cf. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-672_en.htm.

havia também já sido considerada adequada para lidar com o tema da igualdade de género, pelo Comité do Parlamento Europeu para os Assuntos Jurídicos, a 26 de Junho de 2013⁵.

A proposta de Directiva terá, agora, de ser adoptada pelo Parlamento Europeu e pelos Estados-Membros no Conselho, não estando, para já definida uma data para aprovação final do texto respectivo, o qual poderá vir ainda a sofrer algumas alterações de redacção, por sugestão do Parlamento Europeu e do Conselho.

Sem prejuízo de subsistir, atento o acima exposto, alguma indefinição quanto ao texto final da proposta de Directiva, importa conhecer e esclarecer, pela sua importância e impacto potencial no tecido empresarial português, os exactos termos actualmente previstos na mesma, objectivo que este artigo procura alcançar.

II. Num plano jurídico o tema da representação paritária nos cargos de administração insere-se, na sua macro-estrutura, no domínio constitucional mais amplo da prossecução do princípio da igualdade de género nos Estados-Membros e na União Europeia, inserindo-se também, na sua micro-estrutura, na questão do governo societário, em particular, em matéria de composição óptima e diversificada do órgão de administração e do seu impacto na gestão das empresas.

De acordo com os dados coligidos pela União Europeia em Outubro de 2012, em média, nas maiores empresas cotadas existentes nos 27 Estados-Membros da União Europeia, apenas 15,8% dos cargos de administração e apenas 16,8% dos cargos de administração não executiva, eram assegurados por mulheres⁶.

Entre 2003, ano em que a União Europeia começou a reunir estes dados de forma sistemática, e finais de 2012, o aumento médio, na União Europeia, do número de mulheres nos conselhos de administração das empresas cotadas em bolsa, públicas ou privadas, foi de 0,9 % ao ano⁷.

De acordo com os mesmos dados, o maior aumento percentual de mulheres em cargos de administração, ocorreu entre Outubro de 2011 e Outubro de 2012, cifrando-se num aumento de 2,2% nesse ano. Este aumento surgiu na sequência dos sinais políticos lançados pelas instâncias europeias no sentido de estarem a ponderar seriamente a adopção de medidas legislativas vinculativas supranacionais que permitissem assegurar a paridade nos cargos de administração. Determinante

⁵ O Comité do Parlamento Europeu para o Emprego e Assuntos Sociais decidiu, por uma esmagadora maioria apoiar a proposta da Comissão Europeia (37 votos a favor, 5 contra e 4 abstenções). cf. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-672_en.htm.

⁶ “*Women on boards – Factsheet 2, Gender Equality in the Member States*”, disponível em http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/factsheet-general-2_en.pdf.

⁷ “*Women on boards – Factsheet 2 – Gender equality in the Member States*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/factsheet-general-2_en.pdf.

no referido aumento percentual foi também a discussão pública da proposta de Directiva aqui em análise e a adopção, por alguns Estados-Membros⁸, de regras vinculativas em matéria de representação paritária nos cargos de administração.

Em Portugal⁹ as mulheres ocupam actualmente 7,4% dos cargos de administração das empresas cotadas que compõem o Índice PSI-20, percentagem que compara desfavoravelmente com os 15.8% da média europeia acima referida. Nas empresas do PSI-20 não existe nenhuma mulher que ocupe o cargo de presidente do órgão de administração, sendo que a média europeia para a ocupação deste tipo de cargos por mulheres é de 3.3%¹⁰.

III. Atento o panorama acima exposto, a proposta de Directiva contém regras que visam assegurar a adopção de medidas que conduzam a uma composição paritária dos órgãos de administração não executiva e executiva, nas empresas cotadas em bolsa¹¹.

No que respeita aos *administradores não executivos*, a proposta de Directiva pretende implementar um sistema de quotas obrigatórias, ao impor aos Estados-Membros o dever de legislarem no sentido da criação de medidas que permitam alcançar o objectivo de atingir pelo menos 40% de presença do “*sexo menos representado*” nos cargos de administração não executiva das empresas cotadas em bolsa, públicas ou privadas, até 2018 e 2020, respectivamente.

No que respeita aos cargos de *administração executiva*, a proposta de Directiva visa promover, relativamente às empresas cotadas, o equilíbrio entre homens e mulheres, através da imposição de medidas que conduzam à auto-regulação e à assunção de compromissos voluntários neste domínio e que tenham como objectivo a efectivação *do princípio da acção positiva*.

Os objectivos voluntariamente assumidos pelas empresas para os cargos de administração executiva, têm de ser obrigatoriamente prosseguidos, dentro dos mesmos horizontes temporais (2018 e 2020), pese embora enquanto obrigação de resultados e com latitude quanto aos meios utilizados pelas empresas. Neste

⁸ Caso da França, da Bélgica e da Itália.

⁹ “*National Factsheet – Gender Balance In Boards, Portugal, January 2013*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/womenonboards-factsheet-pt_en.pdf.

¹⁰ “*National Factsheet – Gender Balance In Boards, Portugal, January 2013*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/womenonboards-factsheet-pt_en.pdf.

¹¹ O artigo 10.º da proposta de Directiva prevê que esta seja uma medida legislativa temporária, a qual deixará de vigorar, de forma automática, no final de 2028. Considera a Comissão que, de acordo com o princípio da proporcionalidade, a directiva não deve encontrar-se em vigor por mais tempo do que o estritamente necessário à prossecução dos seus objectivos. Isto sem prejuízo do Considerando (29) da proposta estabelecer que “*a Comissão deverá avaliar, no seu reexame, se é necessário prorrogar a vigência da directiva para além dessa data*”.

contexto, a proposta de Directiva introduz o conceito de “*quota flexível*”, a ser definida e auto-imposta por cada uma das entidades visadas, com vista a assegurar o *princípio*, este sim vinculativo, da *igualdade e do equilíbrio entre géneros*.

IV. Nos termos da proposta de Directiva, os Estados-Membros estão ainda obrigados a fixar certos deveres acessórios de informação e de justificação, a cargo das empresas cotadas, estando também vinculados a legislar no sentido de fixar as sanções aplicáveis em caso de incumprimento das regras adoptadas nos ordenamentos jurídicos respectivos, por força da transposição da Directiva. As sanções poderão incluir coimas ou a nulidade ou anulação das nomeações feitas em violação das regras estabelecidas, entre outras hipóteses que os Estado-Membros venham a considerar apropriadas.

V. Uma vez em vigor, a Directiva deverá ser transposta pelos Estados-Membros no prazo de dois anos, devendo, nesse hiato temporal, ser aprovadas e publicadas, em cada jurisdição, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para assegurar a respectiva implementação.

2. Paridade nos cargos de administração. Breve descrição do panorama actual

I. De acordo com o disposto no estudo sobre o impacto da aplicação da Directiva¹², a percentagem de mulheres nos conselhos de administração apresenta grande variação entre Estados-Membros. Os dados avançados revelam que “*nalguns Estados-Membros, como a Finlândia, a Letónia e a Suécia, as mulheres ocupam um quarto dos lugares das administrações das maiores sociedades, enquanto noutros Estados-Membros, como Irlanda, Grécia, Estónia, Itália, Portugal, Luxemburgo, Hungria, Chipre e Malta, há menos de uma mulher por cada dez homens em cargos de administração. (...) Em quase um terço dos Estados-Membros (Malta, Estónia, Luxemburgo, Hungria, Lituânia, Bulgária e Eslováquia) mais de metade das maiores companhias não contam com qualquer mulher nas suas administrações*”¹³.

Esta disparidade resulta, em grande medida, da fragmentação e da divergência, ou mesmo da inexistência de regulamentação ao nível dos Estados-Membros, em matéria de igualdade de género nos conselhos de administração.

¹² “*Impact Assessment on Costs and Benefits of Improving the Gender Balance in the Boards of Companies Listed on Stock Exchanges*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/impact_assesment_quotas_en.pdf, p. 7.

¹³ Idem.

A Comissão Europeia¹⁴ considera que esta abordagem juridicamente fragmentada pode impedir o funcionamento do mercado único europeu, uma vez que as divergências registadas em matéria de equilíbrio entre homens e mulheres no direito das sociedades dos vários Estados-Membros e a disparidade (ou ausência) de sanções por inobservância das regras existentes, podem constituir entrave adicional à vida das empresas e ter um efeito dissuasor sobre os seus investimentos transfronteiriços.

2.1. *Evolução recente nos Estados-Membros*

I. Nos últimos anos, até por força da pressão exercida a nível comunitário, um número crescente de Estados-Membros tem vindo a adoptar políticas com vista ao incremento da inserção de mulheres em lugares empresariais de responsabilidade.

A introdução de medidas concretas desta natureza teve lugar, na maioria dos Estados-Membros, apenas em 2011, depois da Comissão Europeia ter anunciado que consideraria novas iniciativas de índole vinculativa para permitir o acesso paritário das mulheres aos lugares de tomada decisão económica, no âmbito da sua Estratégia Para a Igualdade Entre Homens e Mulheres 2010-2015¹⁵. No final de 2011, onze países do espaço comum haviam estabelecido quotas ou metas para assegurar a diversificação de género nos cargos de administração.

Actualmente vários Estados-Membros da União Europeia têm em vigor legislação tendentes a promover a paridade nos conselhos de administração das empresas. Assim, onze Estados-Membros (Bélgica, França, Itália, Países Baixos, Espanha, Portugal, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Áustria e Eslovénia) introduziram instrumentos jurídicos para promover a igualdade de géneros nos conselhos de administração das empresas. Em oito destes países, a legislação abrange as empresas públicas e as privadas. Outros 11 países da União Europeia, no entanto, optaram por não adoptar quaisquer medidas de auto-regulação, nem legislação sobre a matéria.

De acordo com os dados apresentados pela Comissão Europeia¹⁶, as políticas com maior impacto foram aquelas que optaram pela definição de quotas, assim como pela fixação de “*sanções mais pesadas, sistemas de monitorização mais transparentes e prazos mais curtos*”.

¹⁴ COM (2012) 614 final, Considerando (37), p. 25.

¹⁵ “*Women in Economic Decision Making in the EU: Progress Report*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/women-on-boards_en.pdf.

¹⁶ “*Women in economic decision making in the EU: Progress report*”, publicação da Comissão Europeia disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/women-on-boards_en.pdf; “*Women on boards – Factsheet 2: Gender equality in the Member States*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/factsheet-general-2_en.pdf.

II. França, Itália e Bélgica foram os três países que, em 2011, introduziram um modelo de quotas e sanções, seguindo o projecto implementado na Noruega em 2006, país que, três anos depois, atingiu a quota imposta de 40% de mulheres nos conselhos de administração¹⁷. França optou por fixar também uma quota de 40%, enquanto a Itália e a Bélgica aprovaram legislação no sentido de estabelecer como meta que um terço dos conselhos de administração das empresas cotadas e das empresas públicas, seja composto por mulheres. Em França, a medida aplica-se a toda e qualquer empresa com mais de 500 trabalhadores e com receitas acima dos 50 milhões de euros¹⁸.

Na Finlândia¹⁹, a lei prevê que as empresas públicas apresentem uma “*representação equitativa de homens e mulheres*”, sem no entanto quantificar percentagens. O código finlandês de governo das sociedades recomenda às empresas cotadas em bolsa, que as respectivas administrações sejam compostas por membros de ambos os sexos. Em Outubro de 2012, as mulheres representavam 28,6% dos membros dos conselhos de administração das maiores empresas finlandesas cotadas, sendo essa, de momento, a percentagem mais elevada da União Europeia.

III. Possuindo dados sobre o desenvolvimento percentual da presença feminina na administração de empresas dos países da União Europeia e ainda, adicionalmente, sobre a Noruega e a Islândia, entre 2003 e Outubro de 2012, a Comissão Europeia constata na sua publicação “*Women on boards – Factsheet 2: Gender equality in the Member States*”²⁰ que o grupo de países onde mais cresceu o número de mulheres em cargos de tomada de decisão económica, foi aquele composto pelos países que optaram pela implementação de quotas obrigatórias. Nesses países, o número de mulheres em cargos de administração nas sociedades avançou, em média, 16%, em face a uma subida média de 7% nos países que escolheram interferir apenas ao nível dos códigos de governo societário e a um aumento médio de apenas 1% nos países que não adoptaram qualquer legislação.

¹⁷ COM (2012) 614 final, p. 2, nota de rodapé n.º 5.

¹⁸ “*National Factsheet – Gender Balance In Boards, France, January 2013*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/womenonboards-factsheet-fr_en.pdf.

¹⁹ “*National Factsheet – Gender Balance In Boards, Finland, January 2013*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/womenonboards-factsheet-fi_en.pdf.

²⁰ “*Women on boards – factsheet 2 – Gender equality in the Member States*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/factsheet-general-2_en.pdf.

Apoiando-se nesta lógica de evolução da realidade empresarial e nos dados apresentados no estudo de impacto da proposta de Directiva²¹, que junta números da “*European Commission’s Database on Women and Men in Decision-making*”²² (Outubro de 2012) e da Standard & Poor’s, a proposta de Directiva previa que a França fosse o único Estado-Membro da União Europeia a atingir, em 2020, a percentagem de 40% de mulheres em cargos de administrador não executivo, caso um acto legislativo supra-estadual não fosse aprovado²³. Porém, analisando unicamente a perspectiva veiculada na “*European Commission’s Database on Women and Men in Decision-making*”, não só se estima que a França alcance esse objectivo ainda em 2017²⁴, como também se espera que a Finlândia chegue, já em 2018, a uma percentagem de 40% de mulheres nos conselhos de administração²⁵, sem que para tanto seja determinante a entrada em vigor da proposta de Directiva.

Sem uma intervenção supra nacional, a União Europeia antecipa que, ao actual ritmo de evolução, o objectivo de 40% de mulheres em cargos de administração não executiva na Europa, não estará alcançado nem mesmo em 2040²⁶.

²¹ “Only one Member State (France) will have achieved a 40% female representation in boards by 2020. Only 7 more Member States – Finland, Latvia, the Netherlands, Slovakia, Spain, Denmark and Sweden – are estimated to reach 40% before 2035. This would not be sufficient to bring about the “critical mass” of women on boards that the research referred to in section 2.1.5 shows is needed to generate positive effects on company performance. Based on this scenario, the EU as a whole is not expected to even achieve 40% of women on boards by 2040.”, Cf. “*Impact Assessment on Costs and Benefits of Improving the Gender Balance in the Boards of Companies Listed on Stock Exchanges*”, p. 23, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/impact_assesment_quotas_en.pdf.

²² Cf. “*Database: Women and Men in Decision Making*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/index_en.htm.

²³ COM (2012) 614 final, p. 10, segundo parágrafo.

²⁴ “*National Factsheet – Gender Balance In Boards, France, January 2013*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/womenonboards-factsheet-fr_en.pdf.

²⁵ “*National Factsheet – Gender Balance In Boards, Finland, January 2013*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/womenonboards-factsheet-fi_en.pdf.

²⁶ “Based on this scenario, the EU as a whole is not expected to even achieve 40% of women on boards by 2040.”, Cf. “*Impact Assessment on Costs and Benefits of Improving the Gender Balance in the Boards of Companies Listed on Stock Exchanges*”, p. 23, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/impact_assesment_quotas_en.pdf.

Cf. “*Database: Women and Men in Decision Making*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/index_en.htm.

2.2. A situação em Portugal

I. No mês de Outubro de 2012, em Portugal, apenas 7,4% dos cargos administração eram ocupados por mulheres, muito longe da média europeia de 15,8%²⁷. De acordo com os dados coligidos e apresentados na publicação “*European Commission’s Database on Women and Men in Decision-making*”²⁸ e que foram actualizados em 9 de Agosto de 2013, das 18 empresas portuguesas abrangidas pelo estudo, nenhuma tinha uma mulher no cargo de presidente do órgão de administração e, em termos percentuais, 93% dos cargos de administração não executiva e 90% dos cargos de administração executiva, eram, na data supramencionada, ocupados por homens.

O actual panorama português permanece, assim, muito aquém das metas recomendadas, ao longo dos últimos anos, pelas várias instituições da União Europeia²⁹.

II. No plano doméstico, a questão da igualdade entre homens e mulheres é regida, em primeira linha, pelo disposto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, que consagra a igualdade enquanto princípio estruturante do conceito de Estado de direito democrático e social³⁰, nas suas várias vertentes de garantia da igual dignidade social de todos os cidadãos, em geral e perante a lei, de proibição do arbítrio, de proibição das discriminações e de obrigação de diferenciação (ou discriminação positiva)³¹.

A matéria encontra-se igualmente prevista e regulada nos artigos 30.º a 32.º do Código do Trabalho³² e no Decreto-Lei n.º 426/88, de 18 de Novembro relativo à igualdade de oportunidade e tratamento na admissão e no exercício de funções públicas.

Mais recentemente e já por força do impulso comunitário em matéria de paridade, o Conselho de Ministros aprovou a Resolução n.º 19/2012, publicada a 8 de Março, instando, entre outras matérias, as empresas do sector privado cotadas em

²⁷ “*National Factsheet – Gender Balance In Boards, Portugal, January 2013*”, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/womenonboards-factsheet-pt_en.pdf

²⁸ Contendo informação sobre administradores executivos e não executivos, cf. http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/business-finance/executives-non-executives/index_en.htm.

²⁹ Cf., neste artigo, infra, o ponto 4. Antecedentes comunitários.

³⁰ Artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa.

³¹ Sobre o tema, cf. J.J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 336 e ss.; JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 2011, Coimbra, Coimbra Editora.

³² Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

bolsa, no sentido de adoptarem medidas, designadamente de auto-regulação e de avaliação, que conduzam ao objectivo da presença paritária e plural de mulheres e de homens nos cargos de administração e de fiscalização das empresas.

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/2012, foi mais exigente quanto às entidades do sector empresarial do Estado, relativamente às quais determinou, com carácter obrigatório, a adopção de planos para a igualdade³³, tal como previstos na Resolução do Conselho de Ministros n.º 70/2008, de 22 de Abril.

Relativamente ao tema que nos ocupa, a Resolução consagrou, ainda, como objectivo, a presença plural de mulheres e de homens nas nomeações ou designações para cargos de administração e de fiscalização no sector empresarial do Estado, tendo ainda determinado que o Estado, enquanto accionista de empresas privadas, deve propor aos restantes accionistas a adopção de políticas de promoção da igualdade de género.

Os resultados obtidos em termos de representatividade das mulheres em postos de decisão económica, na sequência da entrada em vigor da Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/2012, estão actualmente a ser avaliados³⁴. Recentemente³⁵ a Secretária de Estado dos Assuntos Parlamentares e da Igualdade Teresa Morais, referiu publicamente que “*dadas as dificuldades em obter resultados palpáveis nesta matéria, encara-se com expectativa a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres no cargo de administrador não executivo das empresas cotadas em bolsa e a outras medidas conexas*”. Estas declarações sinalizam que o Governo mantém na sua agenda o tema do equilíbrio de géneros nos cargos de decisão económica em Portugal.

³³ No âmbito destes planos, cada empresa deve: a) Elaborar um diagnóstico prévio da situação de homens e mulheres, com base em indicadores para a igualdade; b) Conceber um plano para a igualdade ajustado à respectiva realidade empresarial; c) Implementar e acompanhar o plano para a igualdade; d) Avaliar ex post o impacto das medidas executadas; e) Reportar, semestralmente, ao membro do governo com tutela sobre a área da igualdade, o resultado das avaliações efectuadas.

³⁴ Encontra-se actualmente em curso uma segunda fase de levantamento de dados em cumprimento do processo de acompanhamento e de avaliação dos resultados alcançados com a execução da Resolução, cf. <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministro-da-presidencia-e-dos-assuntos-parlamentares/mantenha-se-atualizado/20130424-seapi-participacao-mulheres-economia.aspx>.

³⁵ A 24 de Abril de 2013.

3. As razões da disparidade

I. As razões por detrás da disparidade vigente em matéria de presença das mulheres nos cargos de administração, têm sido objecto de ampla especulação e análise³⁶. Pese embora não cabendo num artigo com a dimensão e o propósito deste a descrição aprofundada das várias explicações que têm vindo a ser avançadas nesta sede, cremos que poderá ter alguma utilidade a sua enunciação, ainda que de forma sucinta e breve.

As explicações mais recorrentes e populares para a sub-representação do género feminino nos cargos de administração, assentam em três ideias chave:

- (i) Mérito: as mulheres não são (genericamente) competentes ou capazes para o desempenho de funções de administração;
- (ii) Disponibilidade: as mulheres não estão (genericamente) interessadas nem disponíveis para o exercício de funções de gestão e administração; e
- (iii) “*Glass Ceiling*” ou “*Tecto de Vidro*”³⁷: as mulheres são (genericamente) competentes e estão (genericamente) disponíveis e interessadas, mas têm dificuldade em quebrar o chamado “*tecto de vidro*”, uma barreira invisível assente em estereótipos de índole histórica e cultural, que, sociologicamente, impede as mulheres de ascender aos cargos de gestão e de administração.

As duas primeiras explicações suscitam alguma perplexidade, considerando que as mulheres representam cerca de 60% dos licenciados na União Europeia e que a iniciativa “*Women on Board*”, lançada pelas escolas de gestão europeias,

³⁶ HERMINIA IBARRA, ROBIN ELY e DEBORAH KOLB, “*Women Rising: The Unseen Barriers*”, 2013, in Harvard Business Review, disponível em <http://hbr.org/2013/09/women-rising-the-unseen-barriers/>; TOMAS CHAMORRO-PREMUZIC, “*Why Do So Many Incompetent Man Become Leaders?*”, 2013, in Harvard Business Review, disponível em <http://blogs.hbr.org/2013/08/why-do-so-many-incompetent-men/>

³⁷ Esta foi a explicação que esteve na base da proposta de Directiva, a qual na respectiva exposição de motivos avança o seguinte: “(…) o *desequilíbrio entre os géneros nos conselhos de administração pode representar também uma oportunidade perdida pelas empresas, tanto em termos de governo das sociedades como de desempenho financeiro. O cerne do problema reside na persistência de vários obstáculos ao percurso de um número cada vez maior de mulheres altamente qualificadas, disponíveis para desempenhar um cargo nos conselhos de administração. A relutância em nomear mulheres para os conselhos de administração está muitas vezes enraizada nos estereótipos quanto aos géneros em matéria de recrutamento e de promoção, numa cultura empresarial dominada pelos homens e na falta de transparência nos processos de nomeação para os conselhos de administração. Estes aspectos, a que nos podemos referir genericamente como «tecto de vidro», comprometem a optimização do funcionamento do mercado de trabalho para os cargos de direcção na UE.*”. Negrito nosso, Cf. COM(2012) 614 final, p. 4.

identificou facilmente mais de 7 000 mulheres aptas para preencher um cargo em conselhos de administração, concluindo, adicionalmente que as mesmas eram altamente qualificadas, profissionalmente experientes e que estava dispostas a assumir funções dessa natureza³⁸.

Dados recentes indicam também que existe uma relação positiva entre o desempenho das empresas e uma maior presença das mulheres nos cargos de administração. O relatório do *Crédit Suisse Research Institute*, datado de Agosto de 2012³⁹ e que estudou o impacto da diversidade de género no mundo empresarial, procurando responder à questão fundamental de saber se a diversidade de género na gestão societária melhora o desempenho das empresas, acabou por concluir – ao testar o desempenho global de 2.360 empresas nos últimos seis anos – que “em média, teria sido preferível” [para os investidores] “investir em sociedades com mulheres nos conselhos de administração”, em vez de investir em sociedades em que tal não suceda. O mesmo estudo apurou ainda, neste contexto, que “as sociedades com uma ou mais mulheres no conselho de administração distribuíram, em média, mais rendimento aos acionistas, tiveram menos alavancagem e apresentaram melhor crescimento médio e múltiplos mais elevados em termos de preço/ valor, no decurso dos últimos seis anos.”⁴⁰.

³⁸ Sobre o tema cf. <http://www.edhec.com/html/Communication/womenonboard.html>.

³⁹ Credit Suisse Research Institute (Agosto 2012), “Gender Diversity and Corporate Performance”, p. 3, disponível em http://centres.insead.edu/women-at-insead/resources/documents/2012CreditSuisse_gender_diversity_and_corporate_performance.pdf.

⁴⁰ “Tem havido uma investigação considerável no que respeita ao impacto nos negócios da diversidade de género. Este relatório pretende responder a uma questão chave: a diversidade de género na gestão societária melhora o desempenho? Pese embora sendo difícil fornecer uma prova definitiva, ninguém poderá sustentar que os resultados deste relatório não são impressionantes. Ao testar o desempenho global de 2.360 empresas nos últimos seis anos, a nossa análise demonstra que, em média, teria sido preferível investir em sociedades com mulheres nos conselhos de administração, do que naqueles em que tal não sucede. Também apurámos que sociedades com uma ou mais mulheres no conselho de administração distribuíram, em média, mais rendimento aos acionistas, tiveram menos alavancagem, melhor crescimento médio e múltiplos mais elevados em termos de preço/ valor, no decurso dos últimos seis anos.”. No original em inglês: “There has been considerable research on the impact of gender diversity on business. This report addresses one key question: does gender diversity within corporate management improve performance? While it is difficult to demonstrate definitive proof, no one can argue that the results in this report are not striking. In testing the performance of 2,360 companies globally over the last six years, our analysis shows that it would on average have been better to have invested in corporates with women on their management boards than in those without. We also find that companies with one or more women on the board have delivered higher average returns on equity, lower gearing, better average growth and higher price/book value multiples over the course of the last six years.”, Credit Suisse Research Institute (Agosto 2012), “Gender Diversity and Corporate Performance”, p. 3, disponível em http://centres.insead.edu/women-at-insead/resources/documents/2012CreditSuisse_gender_diversity_and_corporate_performance.pdf.

II. A explicação do “*glass ceiling*“, que é, atento o acima exposto, a que oferece maior plausibilidade, surge normalmente associada a uma outra, oriunda de considerações de governo societário e que se prende com o processo de recrutamento de administradores nas empresas. De acordo com os dados avançados no Relatório Higgs⁴¹, o processo de recrutamento de administradores não executivos nas sociedades que integram o Índice FTSE no Reino Unido, era – em 2003, data do Relatório – por regra, extremamente informal, assentando, em percentagem muito elevada, em conhecimentos pessoais e amizade.

Segundo a informação disponibilizada no Relatório Higgs, metade dos administradores não executivos abrangidos pela análise haviam sido recrutados de acordo com os supra mencionados critérios de conhecimento pessoal e amizade. Apenas 4% tinham tido uma entrevista formal e apenas 1% tinha obtido a respectiva posição respondendo a um anúncio de emprego. Este estado de coisas foi objecto de crítica por poder conduzir a uma excessiva familiaridade e ausência de contra poder no seio dos órgãos de administração, aspecto que, mais tarde, veio, infelizmente, a ser confirmado no contexto da crise económica e financeira recente.

Tal como resulta ainda das conclusões do Relatório Higgs⁴², a utilização de contactos pessoais como fonte principal para o recrutamento de candidatos, favorece tendencialmente a contratação de pessoas com um “*background*” semelhante ao da pessoa ou pessoas incumbidas de liderar o processo de selecção e nomeação, o que conduz à homogeneidade dos órgãos de administração e à ausência de “*checks and balances*” apropriados no seio das empresas.

Do mesmo modo, perante o panorama actual, a exigência de experiência prévia nas funções, actua como um factor que tende a excluir as mulheres do acesso aos cargos de administração, ou seja, há uma tendência que se auto-perpétua no sentido da manutenção do *status quo*, o que, no panorama actual, significa a manutenção de uma situação de sub-representação das mulheres em funções de gestão e de administração.

As mesmas ideias surgem expressas e reforçadas, com carácter mais amplo e tendo em vista a realidade actual, no Considerando (13) da proposta Directiva⁴³,

⁴¹ E que são extrapoláveis à generalidade dos países da União Europeia, DEREK HIGGS, “*The Higgs Report: Review of the role and effectiveness of non-executive directors*”, Department of Trade and Industry (2003), p. 39 ss.

⁴² DEREK HIGGS, “*The Higgs Report: Review of the role and effectiveness of non-executive directors*”, Department of Trade and Industry (2003), pp. 42 e 43.

⁴³ De acordo com o enunciado no Considerando (13) da proposta de Directiva (COM (2012) 614 final), “*A actual falta de transparência dos procedimentos de selecção e dos critérios relativos às qualificações para aceder a lugares nos conselhos de administração na maioria dos Estados-Membros é um importante obstáculo a uma maior diversidade de género nos conselhos de administração, afectando negativamente tanto as carreiras*

onde o tema da falta de transparência nos procedimentos de selecção e na adopção de critérios relativos às qualificações para aceder a lugares nos conselhos de administração na maioria dos Estados-Membros, volta a ser apontado como um importante obstáculo a uma maior diversidade de género nos cargos de administração.

III. Não tendo a presunção de pressupor o que urge demonstrar, consideramos que a implementação de regras que assegurem processos de selecção e nomeação transparentes e inclusivos para o exercício de cargos de administração, permitirá, certamente, esclarecer qual das explicações acima avançadas para a menor presença das mulheres nos órgãos de administração tem um fundo de verdade. A definição de processos de recrutamento rigorosos e transparentes terá também a virtualidade de permitir ultrapassar os enviesamentos acima indicados em matéria de excessiva homogeneidade dos membros na composição dos órgãos de administração.

4. Antecedentes comunitários

I. O princípio da igualdade é um princípio estruturante da arquitectura fundacional da União Europeia. O artigo 2.º e o artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (“TUE”), esclarece, neste sentido, que a igualdade entre homens e mulheres constitui um dos valores fundadores e um dos objectivos fundamentais da União. O artigo 8.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), estabelece também que a União tem por objectivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres em todas as suas actividades.

O artigo 157.º, n.º 3, do TFUE constitui a norma habilitante para a adopção pela União Europeia de medidas que visem tornar efectivo o princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho.

A possibilidade de acolhimento de medidas de discriminação ou de acção positiva encontra-se, por seu turno, prevista no artigo 157.º, n.º 4, do TFUE e no artigo 23.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, estatuinto esta

dos candidatos a membros dos conselhos de administração, como a sua liberdade de circulação e as decisões dos investidores. Essa falta de transparência impede os potenciais candidatos a lugares nos conselhos de administração de concorrerem aos conselhos em que as suas qualificações seriam mais úteis e de contestarem as decisões de nomeação discriminatórias em razão do sexo, limitando assim a sua liberdade de circulação no mercado interno. Por outro lado, os investidores adoptam diferentes estratégias de investimento que exigem informação relacionada com os conhecimentos e as qualificações dos membros dos conselhos de administração. Uma maior transparência dos critérios de qualificação e do processo de selecção dos membros dos conselhos de administração permitiria aos investidores avaliar melhor a estratégia comercial da empresa e tomar decisões mais informadas.”.

última que seja garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios e que o princípio da igualdade não obste a que se mantenham ou adoptem medidas que prevejam regalias específicas a favor do “*sexo sub-representado*”⁴⁴.

II. Ao abrigo desta permissão genérica prevista no artigo 157.º, n.º 4 do TFUE, várias foram as iniciativas levadas a cabo pelas instâncias comunitárias, Conselho, Comissão e Parlamento, no sentido de incentivar e recomendar aos Estados-Membros e, em certos casos, directamente ao sector privado, a adopção de medidas de acção positiva tendentes a assegurar uma maior paridade no acesso aos lugares de decisão económica.

Em 1984, a Recomendação 84/635/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1984, relativa à promoção de acções positivas a favor das mulheres⁴⁵, exortava os Estados-Membros a adoptarem medidas tendentes a garantir que as acções positivas incidissem sobre a participação activa das mulheres nos órgãos de decisão. Doze anos depois, a Recomendação 96/694/CE do Conselho, de 6 de Dezembro de 1996, relativa à participação equilibrada das mulheres e dos homens nos processos de tomada de decisão⁴⁶, veio instar os Estados-Membros a recomendar ao sector privado que aumentasse a presença das mulheres em todos os níveis de tomada de decisão, nomeadamente através da adopção de planos de igualdade e de programas de acção positiva.

Mais recentemente, no Pacto Europeu Para a Igualdade Entre Homens e Mulheres (2011-2020), adoptado em 7 de Março de 2011, o Conselho referiu expressamente que as políticas de igualdade entre os géneros são essenciais para o crescimento, a prosperidade e a competitividade da economia e reafirmou o seu empenho em pôr termo às disparidades entre homens e mulheres. Tal como referido no Considerando (5) da proposta de Directiva, “*o Conselho apelou ainda*

⁴⁴ O Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu os critérios que devem ser satisfeitos para conciliar estas duas noções (de igualdade formal de tratamento e de acção positiva) a fim de introduzir uma igualdade de facto, sendo ambas as noções reconhecidos na Carta, bem como no artigo 157.º do TFUE e no artigo 3.º da Directiva 2006/54/CE. Esses critérios são os seguintes: (i) As medidas devem dizer respeito a um sector em que as mulheres se encontrem sub-representadas; (ii) Só pode ser dada prioridade às mulheres com qualificações equivalentes às dos candidatos masculinos; (3) Não pode ser atribuída uma prioridade automática e incondicional aos candidatos igualmente qualificados, devendo prever-se uma “cláusula de salvaguarda” que contemple a possibilidade de se conceder derrogações em casos justificados, que tenham em conta a situação concreta, nomeadamente a situação pessoal de cada candidato. Cf. Processo C-450/93, Kalanke (Coletânea 1995, p. I-3051), processo C-409/95, Marschall (Coletânea 1997, p. I-6363), processo C-158/97, Badeck (Coletânea 2000, p. I-1875), processo C-407/98, Abrahamsson (Coletânea 2000, p. I-5539).

⁴⁵ JO L 331 de 19.12.1984, 34.

⁴⁶ JO L 319 de 10.12.1996, 11.

*a uma acção urgente destinada a promover a igualdade da participação das mulheres e dos homens nos processos de decisão a todos os níveis e em todos os domínios, a fim de tirar pleno partido de todos os talentos disponíveis*⁴⁷.

III. Nos últimos anos, a Comissão Europeia apresentou também vários relatórios fazendo o ponto da situação em matéria de diversidade de género nas instâncias de tomada de decisão económica⁴⁸, tendo igualmente procurado, por diversas formas, incentivar as empresas cotadas em bolsa da União Europeia a aumentarem o número de mulheres presentes nos respectivos conselhos de administração, em particular recomendando medidas de auto regulação e a assunção de compromissos voluntários neste domínio⁴⁹.

Na sua Carta das Mulheres⁵⁰, de 5 de Março de 2010, a Comissão Europeia enfatizou que as mulheres ainda não têm acesso pleno à partilha de poder e à tomada de decisões na vida política e económica, tendo reafirmado o seu empenho em utilizar as suas competências para promover uma representação mais equitativa das mulheres e dos homens nos cargos de responsabilidade. Na estratégia da Comissão Para a Igualdade Entre Homens e Mulheres 2010-2015⁵¹, a melhoria do equilíbrio entre géneros no processo de tomada de decisão foi considerada uma das acções prioritárias da Comissão.

IV. Em Julho de 2011, o Parlamento Europeu, na sua resolução sobre as mulheres e a liderança empresarial⁵², lançou um repto às empresas para que atingissem, até 2015, o objectivo de 30% de mulheres nos cargos de administração, devendo aumentar esse número para 40% até 2020.

Admitindo que as medidas adoptadas voluntariamente pelas empresas e pelos Estados-Membros se viessem a revelar insuficientes, o Parlamento instou também a Comissão a apresentar, até 2012, legislação neste domínio, incluindo a imposição de quotas. O Parlamento reiterou o seu apelo à adopção de legislação supra nacional na Resolução de 13 de Março de 2012 sobre igualdade entre as mulheres e os homens na União Europeia em 2011⁵³.

⁴⁷ COM (2012) 614 final, Considerando (5), p. 17.

⁴⁸ Entre outros, o Relatório da Comissão “*Mais mulheres em cargos superiores*” (2010) e o Relatório intercalar “*As mulheres na tomada de decisão económica na EU*”, de 5.3.2012.

⁴⁹ “*Compromisso europeu pelas mulheres na administração das empresas*”, IP/11/242.

⁵⁰ COM(2010) 78 final.

⁵¹ COM(2010) 491 final.

⁵² 2010/2115 (INI).

⁵³ 2011/2244 (INI).

V. Resulta do panorama brevemente traçado no que respeita às principais iniciativas comunitárias em matéria de paridade, que os resultados pouco expressivos obtidos com os apelos à auto-regulação e os efeitos danosos criados pela fragmentação e/ou inexistência de medidas ao nível dos Estados-Membros, estiveram na base da constatação da necessidade de recurso à aprovação de instrumentos vinculativos supra nacionais que assegurassem o tratamento homogêneo da questão, com respeito pelo princípio da subsidiariedade.

O Considerando (12) da proposta de Directiva pormenoriza o que pode estar em jogo no presente momento: *“A fragmentação e a divergência, ou mesmo a inexistência de regulamentação a nível nacional em matéria de igualdade de género nos conselhos de administração, originam não só discrepâncias no número de mulheres entre os administradores não-executivos e ritmos diferentes de progresso registado pelos Estados-Membros, como criam também obstáculos no mercado interno, ao impor às empresas europeias requisitos divergentes em matéria de governo das sociedades. Essas divergências a nível das exigências legais e da auto regulação quanto à composição dos conselhos de administração podem dificultar as actividades das empresas cotadas que operam transfronteiras, nomeadamente no que respeita à criação de filiais ou aos processos de fusões e aquisições, assim como quanto aos candidatos a lugares nos conselhos de administração.”*⁵⁴.

De acordo com o entendimento da Comissão Europeia, a existência de uma larga maioria de conselhos de administração compostos única ou maioritariamente por membros do mesmo género estará a impedir um aproveitamento utilitário de recursos humanos mais qualificados, prejudicando a economia europeia como um todo⁵⁵.

A Comissão entende também que se encontra preenchido o princípio da proporcionalidade, uma vez que estamos perante uma proposta de Directiva de harmonização mínima, nos termos do respectivo artigo 7.º, e considerando também que as medidas vinculativas de natureza quantitativa estrita (quota de 40%) abrangem, em termos de âmbito objectivo de aplicação, apenas aos cargos de administração não executiva⁵⁶.

⁵⁴ COM (2012) 614 final, Considerando (72), p. 19.

⁵⁵ *“Impact Assessment on Costs and Benefits of Improving the Gender Balance in the Boards of Companies Listed on Stock Exchanges”*, p. 5, disponível em: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/womenonboards/impact_assesment_quotas_en.pdf.

⁵⁶ Quanto à observância do princípio da proporcionalidade, cf. a exposição de motivos da proposta de Directiva (COM (2012) 614 final), p. 11 e o respectivo Considerando (20), p. 21.

5. Análise da proposta de Directiva

I. A proposta de Directiva em apreciação é composta por 11 artigos, apenas 6 dos quais (os artigos 1.º a 6.º) directamente relacionados com o estabelecimento de medidas destinadas a garantir uma representação mais equilibrada entre homens e mulheres no acesso e exercício de cargos de administração nas empresas cotadas em bolsa. Os artigos 1.º a 6.º, acima referidos, contêm, assim, o substrato material dos comandos dirigidos aos Estados-Membros no sentido de legislarem sobre certas matérias destinadas a promover o princípio da igualdade, na sua vertente de acção positiva, assegurando uma maior participação das mulheres nos lugares de decisão económica.

Os restantes 5 artigos constantes da proposta de Directiva⁵⁷ têm natureza essencialmente adjectiva e incluem a indicação de que estamos perante uma Directiva de harmonização mínima⁵⁸, as regras e os prazos de transposição da Directiva, de reexame, de entrada em vigor, de caducidade e, por fim, a identificação dos Estados-Membros como destinatários dos comandos legais ínsitos na Directiva (artigos 7.º a 11.º da proposta de Directiva).

II. O regime previsto na proposta de Directiva constitui, como já foi referido, um acervo mínimo, o que significa que os Estados-Membros podem introduzir ou manter em vigor disposições mais favoráveis, ou seja, mais exigentes, com vista a garantir uma representação equilibrada entre homens e mulheres nas empresas com sede no seu território, desde que essas disposições não criem discriminações injustificadas nem prejudiquem o bom funcionamento do mercado interno (artigo 7.º).

⁵⁷ Artigos 7.º a 11.º, bem como o artigo 5.º, n.º 4 da proposta de Directiva (COM (2012) 614 final), que tem igualmente natureza adjectiva, valendo, relativamente a este, as considerações tecidas no texto deste artigo a propósito dos demais preceitos desta natureza. O artigo 5.º, n.º 4 da proposta de Directiva estabelece o seguinte: “Os Estados-Membros devem adoptar as medidas necessárias para garantir que o ou os órgãos designados nos termos do artigo 20.º da Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (reformulação), são igualmente competentes para promover, analisar, acompanhar e apoiar o equilíbrio entre os géneros nos conselhos de administração das empresas cotadas.”

⁵⁸ O artigo 7.º da proposta de Directiva (COM (2012) 614 final), permite aos Estados-Membros, numa base voluntária, irem para além dos requisitos mínimos fixados no plano comunitário: “Os Estados-Membros podem introduzir ou manter em vigor disposições mais favoráveis do que as previstas na presente directiva a fim de garantir uma representação mais equilibrada entre homens e mulheres nas empresas com sede no seu território, desde que essas disposições não criem discriminações injustificadas nem prejudiquem o bom funcionamento do mercado interno.”

III. Antes de entrarmos no estudo da proposta de Directiva, cumpre fazer duas advertências de índole metodológica.

A primeira para dar nota de que, atento o acima exposto, o presente artigo pretende proceder à descrição e à análise sumárias das regras de índole material vertidas nos artigos 1.º a 6.º da proposta de Directiva, sendo que os aspectos de natureza mais formal ou adjectiva, apenas serão mencionados se, e na medida em que, sejam necessários para a boa compreensão daquelas regras, incluindo nas situações em que possam implicar a não aplicação de regras de natureza substantiva, por qualquer razão⁵⁹.

A segunda advertência prende-se com o facto, já referido, do texto final da proposta de Directiva poder vir ainda a sofrer alterações por força da dialéctica legislativa estabelecida entre a Comissão, o Parlamento e o Conselho. Metodologicamente optámos, neste contexto, por abordar a questão do regime material constante da proposta de Directiva, atendendo aos preceitos que se encontram previstos nesta e nos seus exactos termos.

IV. A análise do regime substantivo vertido na proposta de Directiva será feita atendendo, sequencialmente, (a) ao âmbito subjectivo de aplicação das regras a adoptar por força da transposição da Directiva, constante dos artigos 1.º, 2.º e 3.º; (b) ao respectivo âmbito objectivo de aplicação (artigos 4.º, 5.º, 8.º e 9.º) e (c) ao regime sancionatório a adoptar em caso de incumprimento das referidas regras (artigo 6.º).

No que respeita ao âmbito objectivo de aplicação das regras a adoptar, pelos Estados-Membros, por força da transposição da Directiva (b), debruçar-nos-emos, sequencialmente, sobre:

- (i) As regras dirigidas às empresas cotadas em matéria de selecção e nomeação de *administradores não executivos* – regra geral (artigo 4.º, n.ºs 1 a 5) e excepções aplicáveis (artigo 4.º, n.ºs 6 e 7, artigo 8.º, n.º 3 e artigo 9.º, n.º 2);
- (ii) As regras dirigidas às empresas cotadas em matéria de assunção de compromissos voluntários de promoção do equilíbrio entre géneros nos cargos de *administração executiva* (artigo 5.º, n.º 1); e, por último;
- (iii) As regras acessórias comuns: a) deveres de informação (artigo 5.º, n.º 2) e b) deveres de justificação (artigo 5.º, n.º 3).

⁵⁹ Caso dos artigos 8.º, n.º 3 e 9.º, n.º 2 da proposta de Directiva (COM (2012) 614 final).

5.1. *Âmbito subjectivo de aplicação das regras a adoptar por força da transposição da Directiva (artigos 1.º, 2.º e 3.º)*

I. As regras a implementar pelos Estados-membros por força da transposição da Directiva, deverão ter como destinatárias as “empresas cotadas em bolsa”⁶⁰.

Esclarece o parágrafo (1) do artigo 2.º da proposta de Directiva⁶¹, que a expressão “empresa cotada em bolsa”, abrange qualquer empresa, pública ou privada, constituída num Estado-Membro e cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação num mercado regulamentado, na acepção do artigo 4.º, n.º 1, ponto 14, da Directiva 2004/39/CE⁶², em um ou em vários Estados-Membros.

O artigo 4.º, n.º 1, ponto 14, da Directiva 2004/39/CE define “mercado regulamentado” como “um sistema multilateral, operado e/ou gerido por um operador de mercado, que permite o encontro ou facilita o encontro de múltiplos interesses de compra e venda de instrumentos financeiros manifestados por terceiros – dentro desse sistema e de acordo com as suas regras não discricionárias – por forma a que tal resulte num contrato relativo a instrumentos financeiros admitidos à negociação de acordo com as suas regras e/ou sistemas e que esteja autorizado e funcione de forma regular e em conformidade com o disposto no Título III.”⁶³.

As empresas constituídas num Estado-Membro e com valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, estarão, assim, abrangidas pelo âmbito de aplicação subjectivo das regras de paridade nos cargos de administração a adoptar pelos Estados-membros em transposição da Directiva.

⁶⁰ O artigo 1.º (Objecto) da proposta de Directiva (COM (2012) 614 final), estabelece: “A presente directiva prevê medidas destinadas a garantir uma representação mais equilibrada dos géneros entre os administradores não-executivos das **empresas cotadas em bolsa**, estabelecendo medidas destinadas a assegurar progressos rápidos para se alcançar um equilíbrio entre homens e mulheres, e dando simultaneamente às empresas tempo suficiente para procederem às adaptações necessárias.”, negrito nosso.

⁶¹ A proposta de Directiva (COM (2012) 614 final), inclui, no artigo 2.º, a definição de várias das expressões utilizadas no seu texto e que são determinantes na definição do respectivo âmbito subjectivo e objectivo de aplicação. Estas definições visam, de acordo com o disposto na exposição de motivos da proposta de Directiva assegurar a coerência sistemática desta com os demais actos legislativos comunitários, visando também garantir uma aplicação uniforme da Directiva nos vários Estados-Membros.

⁶² Directiva 2004/39/CE relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Directivas 85/611/CEE e 93/6/CEE do Conselho e a Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 93/22/CEE do Conselho (“DMIF”).

⁶³ O artigo 199.º do Código dos Valores Mobiliários, por seu turno, estabelece que “1 – São mercados regulamentados os sistemas que, tendo sido autorizados como tal por qualquer Estado membro da União Europeia, são multilaterais e funcionam regularmente a fim de possibilitar o encontro de interesses relativos a instrumentos financeiros com vista à celebração de contratos sobre tais instrumentos.”.

Em Portugal, a lista dos mercados regulamentados⁶⁴, obrigatoriamente sujeitos a registo na CMVM⁶⁵, inclui o Mercado de Cotações Oficiais e o Mercado de Futuros e Opções⁶⁶, geridos ambos pela NYSE Euronext Lisbon, e o Mercado Especial de Dívida Pública (MEDIP), gerido pela MTS Portugal^{67 68}.

II. Como referido supra, as empresas destinatárias das regras a consagrar em matéria de diversidade nos órgãos de administração, poderão ser oriundas do sector privado ou do sector público.

O artigo 2.º, parágrafo (9) esclarece que a expressão “*empresa pública*”⁶⁹, abrange quaisquer empresas, em que os poderes públicos possam exercer, “*directa ou indirectamente, uma influência dominante, em razão da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinam*”, presumindo-se a existência de influência dominante na empresa “*quando os poderes públicos, directa ou indirectamente: possuem a maioria do capital subscrito da empresa ou dispõem da maioria dos votos correspondentes às participações emitidas pela empresa, ou podem designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direcção ou de supervisão da empresa*”.

III. Excluídas, nos termos do artigo 3.º da proposta de Directiva, ficam as micro, pequenas e médias empresas (“PME”)⁷⁰. Esta exclusão implica que não serão abrangidas pelas regras a adoptar pelos Estados-Membros⁷¹, as empresas, mesmo que cotadas em bolsa, que empreguem menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não exceda 50 milhões de Euro ou cujo balanço anual total não exceda 43 milhões de Euro⁷².

⁶⁴ Informação disponível em http://www.cmvm.pt/CMVM/SDI/Informacao%20Sobre%20Mercados/Pages/merc_regulamentados.aspx.

⁶⁵ Artigo 202.º, n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários.

⁶⁶ Euronext Lisbon – Sociedade Gestora de Mercados Regulamentados, S.A.

⁶⁷ MTS Portugal – Sociedade Gestora do Mercado Especial de Dívida Pública.

⁶⁸ A referida lista inclui também referência ao Mercado Regulamentado de Derivados do MIBEL (Mercado Ibérico de Electricidade), gerido pelo OMIP – Operador do Mercado Ibérico de Energia (polo português), mas não referimos supra porque se trata de um mercado onde não são transaccionados “valores mobiliários” [cf. artigos 1.º e 2.º, n.ºs 1, alíneas a), c), e) e f) do Código dos Valores Mobiliários].

⁶⁹ Quanto à mesma noção no direito português, cf. o Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro, que aprova o novo regime jurídico do sector público empresarial.

⁷⁰ Na acepção que é dada à expressão pela Recomendação 2003/361/CE da Comissão, de 6 de Maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas.

⁷¹ De acordo com a definição de “Pequena e média empresa” ou “PME” contida no artigo 2.º, n.º 8 da proposta de Directiva (COM (2012) 614 final).

⁷² Ou, tratando-se de uma PME com sede num Estado-Membro cuja moeda não seja o euro, os montantes equivalentes na moeda desse Estado-Membro.

5.2. *Âmbito objectivo de aplicação das regras a adoptar por força da transposição da Directiva*

5.2.1. *Regras aplicáveis à selecção e nomeação de administradores não executivos (artigos 4.º, 8.º e 9.º)*

I. Por força da proposta de Directiva, os Estados-Membros encontram-se adstritos a legislar no sentido da criação de certas regras dirigidas às empresas cotadas em matéria de selecção e de nomeação de administradores não executivos. Na economia da proposta de Directiva, estas regras compreendem um conjunto de directrizes vinculativas de índole geral (artigo 4.º, n.ºs 1 a 5) e que comportam a possibilidade de derrogação em determinadas circunstâncias (artigo 4.º, n.ºs 6 e 7, artigo 8.º, n.º 3 e artigo 9.º, n.º 2).

II. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1 da proposta de Directiva, os Estados-Membros devem assegurar que as empresas cotadas, em cujos conselhos de administração os membros do “*género sub-representado*” ocupem menos de 40% dos cargos de administradores não executivos, preencham esses cargos com base numa análise comparativa das qualificações de cada candidato, em função de critérios pré-estabelecidos, claros, neutros e inequívocos, de modo atingir a referida percentagem de 40%, até 1 de Janeiro de 2020 ou, no caso das empresas cotadas que sejam empresas públicas, até 1 de Janeiro de 2018.

Resulta do acima exposto, que as regras a adoptar pelos Estados-Membros em conformidade com o disposto no artigo 4.º, n.º 1, supra mencionado, têm como destinatárias, em termos de previsão, as empresas cotadas em cujos conselhos de administração os membros do “*género sub-representado*” ocupem menos de 40% dos cargos de administradores não-executivos.

III. A boa compreensão desta regra e do exacto alcance da sua previsão, obriga a atender ao sentido preciso que o legislador comunitário pretendeu atribuir às várias expressões-chave utilizadas na redacção daquela primeira parte do artigo 4.º da proposta de Directiva, em particular – e em primeira linha – à noção de “*administrador*”, de “*administrador não executivo*” e de “*conselho de administração*”, tal como surgem densificadas no artigo 2.º da proposta de Directiva. As várias definições contidas no preceito citado pretendem assegurar a coerência sistemática da proposta de Directiva com os demais actos legislativos comunitários, visando também garantir uma aplicação uniforme da Directiva nos vários Estados-Membros⁷³.

⁷³ COM(2012) 614 final, pp. 12 e 13.

Assim, ao abrigo do disposto no artigo 2.º, parágrafo (2) da proposta de Directiva, a expressão “*conselho de administração*”, abrange qualquer órgão de *administração*, de *direcção* ou de *supervisão* de uma empresa.

Nos termos do parágrafo (3) do mesmo preceito, a palavra “*administrador*”, compreende qualquer membro de um “*conselho de administração*”, incluindo, sendo esse o caso, o representante dos trabalhadores.

A expressão “*administrador não-executivo*”, por fim, aplica-se, nos termos do artigo 2.º, parágrafo (5) da proposta de Directiva, a “*qualquer membro de uma estrutura monista*” (entendida esta como um conselho único, que integra as funções de administração e de supervisão de uma empresa⁷⁴), “*que não seja administrador executivo*” (sendo que “*administrador executivo*” é qualquer membro de uma estrutura monista encarregado da gestão quotidiana da empresa, assim como qualquer membro do conselho de direcção a nível de um sistema dualista⁷⁵) “*e qualquer membro de um conselho de supervisão a nível de um sistema dualista*” (entendido este último como um sistema em que as funções de direcção e de supervisão de uma empresa são exercidas por conselhos distintos⁷⁶).

A noção operativa contida na proposta de Directiva, pese embora a sua relativa imprecisão terminológica, é necessariamente coincidente com a noção tradicional de “*administrador não executivo*” utilizada para efeitos de governo das sociedades, a qual abrange, em sentido amplo, quaisquer pessoas que, ocupando um cargo num órgão social, não se dediquem á gestão quotidiana da empresa, mas antes assegurem materialmente as funções de apreciação crítica do desempenho da gestão (executiva) e dos auditores (externos), dentro do paradigma de um governo societário assente no controlo da gestão por monitores activos e independentes⁷⁷.

Neste sentido, atente-se na seguinte passagem do Considerando (20) da proposta de Directiva, que dá nota do seguinte: “*Todos os sistemas de administração das*

⁷⁴ COM (2012) 614 final, artigo 2.º, parágrafo (6).

⁷⁵ COM (2012) 614 final, artigo 2.º, parágrafo (4).

⁷⁶ COM (2012) 614 final, artigo 2.º, parágrafo (7).

⁷⁷ O paradigma de governo societário assente na existência de administradores não executivos, teve a sua génese nos estados Unidos da América, com o Sarbanes Oxley Act de 2002, tendo como objectivo restaurar a credibilidade, a transparência e a fiabilidade do mercado nas empresas, após os escândalos financeiros da Enron e da Worldcom, através da criação de *checks and balances* societários internos, pela atribuição do papel de monitorização e supervisão da gestão (executiva) e dos auditores externos, a um grupo de pessoas qualificadas e proactivas, com elevada literacia financeira, expertise de contabilidade e auditoria e a necessária independência em face dos fiscalizados. Cf. João Calvão da Silva, “*Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*”, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, vol. I, Janeiro 2007, 2.

*empresas efectuam uma distinção entre administradores executivos, que estão envolvidos na gestão corrente da sociedade, e administradores não-executivos, que não participam na sua gestão quotidiana, mas desempenham funções de supervisão. Os objectivos quantitativos fixados na presente directiva aplicam-se apenas aos administradores não-executivos (...). Como os administradores não-executivos desempenham essencialmente tarefas de supervisão, é também mais fácil recrutar candidatos qualificados exteriores à empresa e, em grande medida, igualmente exteriores ao sector específico em que essa empresa opera (...)*⁷⁸.

IV. Extrapolando esta definição para a realidade portuguesa e atendendo aos modelos legais de organização das sociedades anónimas, previstos no artigo 278.º do Código das Sociedades Comerciais (“CSC”), cabem na definição de “*administrador não executivo*” para efeitos da proposta de Directiva:

- (i) No modelo tradicional, composto por conselho de administração e conselho fiscal, *os membros do conselho de administração não delegados ou não executivos* (artigo 407.º do CSC) e *os membros do conselho fiscal* (420.º do CSC);
- (ii) No modelo anglo-saxónico, composto por conselho de administração, com comissão de auditoria e revisor oficial de contas, *os membros da comissão de auditoria*⁷⁹ (artigos 423.º-B e 423.º-C do CSC);
- (iii) No modelo dualista, composto por conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas, *os membros do conselho geral e de supervisão*⁸⁰ (artigos 434.º e seguintes e 441.º, todos do CSC).

V. Em termos de estatuição, o artigo 4.º, n.º 1 da proposta de Directiva impõe que as regras a implementar pelos Estados-Membros obriguem expressamente a que os cargos de administração não executiva – no caso de empresas cotadas do sector privado, os cargos de administrador não delegado ou não executivo do conselho de administração, de membro do conselho fiscal, de

⁷⁸ COM (2012) 614 final, Considerando (20), p. 21.

⁷⁹ Os membros da comissão de auditoria são administradores não executivos, aos quais não podem ser cometidos encargos especiais em certas matérias de administração (artigo 407.º, n.ºs 1 e 2 CSC) nem delegados poderes de gestão corrente da sociedade (artigo 407.º, n.º 3 CSC). Os referidos membros não podem integrar a comissão executiva ou desempenhar de facto funções de gestão da empresa ou de sociedade que com esta se encontre em relação de domínio ou de grupo [artigo 414.º-A, n.º 1, alínea c), *ex vi* artigo 423.º-B, n.º 3, ambos do CSC].

⁸⁰ Nos termos do artigo 442, n.º 1, 1.ª parte do CSC, o conselho geral e de supervisão não tem poderes de gestão das actividades da sociedade.

membro da comissão de auditoria e de membro do conselho geral e de supervisão – sejam preenchidos:

- (i) Com base numa análise comparativa das qualificações de cada candidato; e
- (ii) Em função de critérios pré-estabelecidos, claros, neutros e inequívocos;

Tudo isto com o objectivo de assegurar que as empresas cotadas atingem a referida quota de pelo menos 40% do “*género sub-representado*”, até 1 de Janeiro de 2020 ou, no caso das empresas cotadas que sejam empresas públicas, até 1 de Janeiro de 2018.

As qualificações e critérios a tomar em consideração no processo de selecção de pessoas para o exercício de cargos de administração não executiva resultam, em grande medida, do disposto na lei⁸¹, atentos os requisitos de elegibilidade (idoneidade, independência e qualificação, entre outros) nessa sede previstos para o exercício deste tipo de funções, e que podem ainda variar por sector de actividade e atendendo ao carácter regulado, ou não, das actividades prosseguidas pelas empresas em causa.

O Considerando (26) da proposta de Directiva exemplifica alguns dos critérios que podem ser utilizados pelas empresas nos processos de selecção de administradores não executivos, nomeadamente: “*experiência profissional em cargos de gestão e/ou de supervisão, conhecimentos em determinados domínios importantes, como as finanças, o controlo ou a gestão de recursos humanos, competências de liderança e de comunicação e capacidade de trabalhar em rede*”.

Tal como esclarece o Considerando (27) da proposta de Directiva, as modalidades de recrutamento e de nomeação dos administradores variam consoante os Estados-Membros e as empresas em causa, podendo incluir uma pré-selecção dos candidatos a apresentar à assembleia de accionistas (através de uma comissão de nomeações), na nomeação directa dos administradores pelos accionistas ou na votação, na assembleia de sócios, sobre candidatos individuais ou listas de candidatos. Nestas circunstâncias, as exigências quanto à selecção dos candidatos devem ser preenchidas na fase adequada do processo de selecção, em conformidade com a legislação nacional e os estatutos da empresa em causa.

VI. Para além de terem de legislar no sentido de impor às empresas cotadas a obrigação de adoptarem procedimentos de selecção que obedeçam aos dois requisitos acima mencionados, os Estados-Membros devem ainda, nos termos do

⁸¹ Cf. MATTEO TONELLO, “*Corporate Director Selection and Recruitment: A Matrix*”, The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation, Junho 2013.

artigo 4.º, n.º 3, aprovar regras que garantam que, no recrutamento dos administradores não executivos, é dada prioridade ao “*candidato do sexo sub-representado*” quando este seja tão qualificado quanto o candidato do outro sexo (“*sobre-representado*”) em termos de aptidão, competências e desempenho profissional.

A regra da prioridade ou da preferência acima mencionada é excepcionada por uma cláusula de salvaguarda, que permite às empresas cotadas visadas escolherem, na referida situação de impasse, o candidato do “*género sobre-representado*”, desde que tal escolha seja feita com base numa avaliação objectiva que tenha em conta todos os critérios específicos dos candidatos e que, de acordo com um juízo valorativo sindicável, faça pender a decisão a favor deste candidato⁸².

A cláusula de salvaguarda prevista no artigo 4.º, n.º 3 da proposta de Directiva, foi introduzida para assegurar a conformidade dos objectivos nesta fixados, com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de acção positiva, a qual estabelece que não pode ser atribuída uma prioridade automática e incondicional a candidatos igualmente qualificados, devendo prever-se que tais regras de preferência possam, em casos justificados, ser derogadas, tomando em consideração a situação concreta em análise, nomeadamente a situação pessoal de cada candidato⁸³.

VII. Nos termos do artigo 4.º, n.º 2 da proposta de Directiva, o número de cargos de administrador não executivo necessários para satisfazer a quota de 40% deve ser o mais próximo possível desta cifra, sem todavia ultrapassar os 49%.

Tendo em conta a dimensão da maioria dos conselhos de administração, matematicamente, só será possível ficar ligeiramente abaixo ou acima da percentagem exacta de 40%, pelo que o Considerando (24) da proposta de Directiva indica que “*o número de cargos de administrador necessários para atingir esse objectivo deve ser aquele que, em valor relativo, é o mais próximo de 40%*”.

Ao abrigo do artigo 4.º, n.º 2 da proposta de Directiva, as empresas cotadas não são obrigadas a nomear membros do “*sexo sub-representado*” para metade ou mais dos cargos de administrador não executivo, uma vez que tal levaria à discriminação do sexo inicialmente mais representado. Ou seja, se a percentagem mais

⁸² Nas palavras da proposta de Directiva (COM (2012) 614 final), artigo 4.º, n.º 3: “*a fim de atingir o objectivo fixado no n.º 1, os Estados-Membros devem garantir que, na selecção dos administradores não-executivos, é dada prioridade ao candidato do sexo sub-representado quando este seja tão qualificado quanto o candidato do outro sexo em termos de aptidão, competências e desempenho profissional, salvo se uma avaliação objectiva que tenha em conta todos os critérios específicos dos candidatos fizer pender a balança a favor do candidato do outro sexo*”.

⁸³ Cf. Processo C-450/93, Kalanke (Coletânea 1995, p. I-3051), processo C-409/95, Marschall (Coletânea 1997, p. I-6363), processo C-158/97, Badeck (Coletânea 2000, p. I-1875), processo C-407/98, Abrahamsson (Coletânea 2000, p. I-5539).

próxima de 40% for 50% ou mais, a empresa não tem o dever de integrar mais uma mulher só para a percentagem se aproximar dos 40%.

VIII. Com vista a garantir a transparência e a sindicabilidade do processo de selecção dos administradores não executivos, os Estados-Membros devem ainda assegurar, por transposição do disposto no artigo 4.º, n.º 4 da proposta de Directiva, que as empresas cotadas em bolsa são obrigadas a comunicar, a pedido de qualquer candidato preterido, os critérios relativos às qualificações que estiveram na base da selecção, bem como a avaliação comparativa objectiva desses critérios e, em caso de qualificação equivalente, os motivos que fizeram pender a balança a favor do candidato do outro sexo.

IX. Os Estados-Membros devem ainda adoptar as medidas necessárias, em conformidade com os respectivos sistemas judiciais nacionais, para garantir que, no caso de um candidato do “*sexo sub-representado*” preterido conseguir apresentar factos que permitam presumir que é tão qualificado quanto o candidato nomeado do outro sexo, incumbe à empresa cotada em causa provar que não houve violação da regra de preferência prevista no n.º 3 do artigo 4.º da proposta de Directiva.

Nestas circunstâncias, uma vez apresentados os factos que desencadeiem a presunção de equivalência de qualificação dos candidatos (designadamente com base nos dados fornecidos pela própria empresa ao abrigo do estipulado na primeira parte do artigo 4.º, n.º 4), o ónus da prova⁸⁴ da legalidade da escolha caberá à empresa, a qual terá de invocar e demonstrar, que entre os candidatos não havia equivalência de qualificações ou, havendo, que, alternativamente, se encontravam reunidos os pressupostos de accionamento da cláusula de salvaguarda prevista no artigo 4.º, n.º 3 da proposta de Directiva.

X. Pese embora sendo fixado o objectivo essencial dos 40% acima referido, aos Estados-Membros é deixada alguma margem de discricionariedade no sentido de poderem acolher medidas alternativas, já que podem prever, nas respectivas legislações nacionais, que as empresas cotadas em que os membros do “*sexo sub-representado*” representem menos de 10% dos trabalhadores, não sejam sujeitas ao objectivo dos 40% acima mencionado⁸⁵. Do mesmo modo, os Estados-Membros podem legislar no sentido de prever que o objectivo paritário de base a prosseguir com a transposição da Directiva, possa ser igualmente atingido quando uma empresa cotada demonstre que os membros do “*sexo sub-representado*” ocupam pelo menos

⁸⁴ Cf. artigos 341.º a 344.º do Código Civil.

⁸⁵ COM (2012) 614 final, artigo 4.º, n.º 6.

um terço do conjunto dos cargos de administração na empresa, independentemente de estarem em causa cargos executivos ou não-executivos⁸⁶.

XI. O artigo 8.º n.º 3 da proposta de Directiva, dirige-se aos Estados-Membros que, antes da entrada em vigor da Directiva, tenham implementado medidas que visem diminuir o desequilíbrio entre homens e mulheres nos cargos de administração das empresas cotadas.

Ao abrigo do disposto no preceito supra citado, caso os Estados-Membros consigam demonstrar que as medidas de nível nacional adoptadas “*permitem aos membros do sexo sub-representado ocupar pelo menos 40% dos cargos de administrador não-executivo das empresas cotadas até 1 de Janeiro de 2020 ou, no caso das empresas cotadas que sejam empresas públicas, até 1 de Janeiro de 2018*”, então “*poderão suspender a aplicação das exigências processuais em matéria de nomeação formuladas no artigo 4.º, n.º 1, 3, 4 e 5*”.

Nesta situação, fica suspensa a obrigação imposta aos Estado-Membros, por força da Directiva, de legislarem no sentido de obrigar as empresas cotadas a adoptarem procedimentos de selecção transparentes e neutrais, assentes em critérios de nomeação pré-estabelecidos, ficando igualmente suspensas, relativamente a estes Estados-Membros, as demais regras previstas no artigo 4.º da proposta de Directiva.

Contudo, se findo o prazo estabelecido se encontrarem empresas em incumprimento das metas da Directiva, as suas disposições ser-lhes-ão aplicáveis – estando os Estados-Membros respectivos obrigados a assegurar isto mesmo – conforme consagra o artigo 9.º, n.º 2, segunda parte: “*os Estados-Membros em causa devem garantir que as empresas cotadas que, tendo aplicado as medidas nacionais previstas no artigo 8.º, n.º 3, não tenham procedido à nomeação ou eleição de membros do sexo sub-representado para pelo menos 40% dos cargos de administrador não-executivo dos seus conselhos de administração até 1 de Janeiro de 2018, no caso das empresas públicas, ou até 1 de Janeiro de 2020 quando se trate das outras empresas, aplicam, a contar respectivamente, de uma ou outra data, as exigências processuais em matéria de nomeação formuladas no artigo 4.º, n.º 1, 3, 4 e 5*”.

A possibilidade de suspensão do dever de transpor as regras previstas na Directiva para os administradores não executivos, não deverá, todavia, funcionar como regra, já que, como é relatado na exposição de motivos da proposta de Directiva e tal como já foi referido no ponto 2.1. deste artigo (Evolução recente nos Estados-Membros), a manter-se o actual *status quo*, em 2020, “*apenas um dos Estados-Membros (a França) deverá ter uma representação de 40% de mulheres nos conselhos de administração das empresas, como resultado da legislação nacional que impõe*

⁸⁶ COM (2012) 614 final, artigo 4.º, n.º 7.

quotas nacionais obrigatórias”. Ainda que dados posteriores⁸⁷ concluam que também a Finlândia chegará a uma representação de 40% de mulheres em 2020, esse continua a não ser o caso da esmagadora maioria dos Estados-Membros, o que torna improvável o recurso à derrogação prevista nos artigos 8.º e 9.º, supra citados, da proposta de Directiva.

5.2.2. Regras aplicáveis em matéria de assunção de compromissos voluntários de promoção do equilíbrio entre géneros nos cargos de administração executiva (artigo 5.º, n.º 1)

I. A regra prevista na proposta de Directiva em matéria de paridade nos lugares de administração executiva, deixa maior latitude aos Estados-Membros e às empresas cotadas, quando comparada com o acervo de regras que visam os cargos da administração não executiva. A razão fundamental por detrás desta diferença prende-se com o facto de a União Europeia pretender “*reduzir ao mínimo as interferências na gestão quotidiana das empresas*”, em obediência aos princípios, já referidos, da subsidiariedade e da proporcionalidade⁸⁸.

Ainda assim, por força da transposição do artigo 5.º, n.º 1 da Directiva, os Estados-Membros ficam obrigados a adoptar regras que permitam assegurar que as empresas cotadas em bolsa assumem compromissos individuais quanto a uma representação equilibrada entre homens e mulheres nos cargos de administração executiva, compromissos estes a atingir até 1 de Janeiro de 2020, ou, no caso das empresas cotadas em bolsa que sejam empresas públicas, até 1 de Janeiro de 2018.

Recorde-se que, para efeitos da proposta de Directiva, a expressão “*administrador executivo*” abrange “*qualquer membro de uma estrutura monista encarregado da gestão quotidiana da empresa, assim como qualquer membro do conselho de direcção a nível de um sistema dualista*”⁸⁹.

⁸⁷ Country Specific Factsheets – Publicação da Comissão Europeia acedida em: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/gender-equality/news/121114_en.htm

⁸⁸ “*Todos os sistemas de administração das empresas efectuem uma distinção entre administradores executivos, que estão envolvidos na gestão corrente da sociedade, e administradores não-executivos, que não participam na sua gestão quotidiana, mas desempenham funções de supervisão. Os objectivos quantitativos fixados na presente directiva aplicam-se apenas aos administradores não-executivos, de modo a assegurar um bom equilíbrio entre a necessidade de aumentar a diversidade de género nos conselhos de administração e a necessidade de reduzir ao mínimo as interferências com a gestão quotidiana das empresas. Como os administradores não-executivos desempenham essencialmente tarefas de supervisão, é também mais fácil recrutar candidatos qualificados exteriores à empresa e, em grande medida, igualmente exteriores ao sector específico em que essa empresa opera – consideração particularmente pertinente nas áreas da economia em que os membros de um determinado sexo são especialmente sub-representados no mercado de trabalho.*”, Considerando (20), COM (2012) 614 final, 21.

⁸⁹ COM (2012) 614 final, artigo 2.º, parágrafo (4).

II. Apesar de não ser fixada a percentagem de cargos que devem ser ocupados pelo “*sexo sub-representado*” e de não serem avançadas directrizes no que respeita às regras procedimentais a seguir na selecção de candidatos, o Considerando (33) da proposta de Directiva indica que “*as empresas em causa devem ter por objectivo alcançar progressos tangíveis em relação à sua situação actual*”.

Ou seja, a ideia fundamental relativamente aos cargos de administração executiva assenta na adopção de medidas de acção positiva pelas empresas e que passam pela fixação de objectivos próprios e adaptados à respectiva realidade empresarial, com vista a assegurar a paridade – possível, adequada e ajustada à empresa e ao sector de actividade económica – entre homens e mulheres nos cargos que impliquem a gestão quotidiana da empresa.

As empresas visadas terão liberdade quanto à fixação de objectivos específicos, razão pela qual se fala, a este propósito, em “flexi-quota” ou “quota flexível”, mas, uma vez fixados estes, têm os mesmos de ser atingidos, em obediência a uma lógica de auto-vinculação. Não o sendo, a empresa terá de prestar contas, publicamente, sendo tal desvio aos objectivos fixados, sindicável e susceptível de sanção (cf. sobre estas matérias, o ponto seguinte 5.2.3.).

5.2.3. *Regras acessórias comuns: (i) deveres de informação e (ii) deveres de justificação (artigo 5.º, n.ºs 2 e 3)*

I. A proposta de Directiva estabelece, no artigo 5.º, n.º 2, que os Estados-Membros devem adoptar regras que imponham às empresas cotadas⁹⁰ o dever de comunicar anualmente, às autoridades nacionais competentes, informações sobre a representação dos géneros nos cargos de administração, distinguindo entre administradores executivos e não executivos. As empresas cotadas devem ainda prestar informações sobre as medidas adoptadas para atingir os objectivos fixados no artigo 4.º, n.º 1 (quota de 40% fixada para os cargos de administração não executiva), e no artigo 5.º, n.º 1 (compromissos individuais de auto-regulação no sentido de se atingir uma representatividade de género mais paritária ao nível dos cargos executivos de administração), ambos da proposta de Directiva. Os Estados-membros devem ainda adoptar regras que obriguem à publicação dessas informações, de forma adequada e acessível, no respectivo sítio da Internet da empresa.

II. Nos termos do artigo 5.º, n.º 2 da proposta de Directiva, sempre que uma empresa cotada não atinja os objectivos fixados no artigo 4.º, n.º 1 (para 2018

⁹⁰ Imediatamente ou dois anos após a adopção da Directiva, aspecto que ainda se encontra em aberto na proposta de Directiva.

e 2020), ou sempre que não honre os compromissos individuais que assumiu, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º, as informações a prestar às autoridades nacionais ou a publicar no sítio da Internet da empresa – e com referência às supra mencionadas datas – devem indicar os motivos do incumprimento, assim como uma descrição das medidas que a empresa adoptou ou tenciona adoptar para honrar tais objectivos ou compromissos.

Caso sejam fixados objectivos mensuráveis intercalares, a necessidade de justificar incumprimentos e de indicar medidas correctivas, aplica-se também nas datas voluntariamente fixadas.

5.4. *Adopção, pelos Estados-Membros, de regras sancionatórias (artigo 6.º)*

I. Para assegurar a eficácia das normas nacionais que transponham a Directiva e como resposta às possíveis violações de tais disposições, sejam estas aplicáveis às empresas cotadas em matéria de administração executiva ou não executiva, prescreve o artigo 6 n.º 1 da proposta de Directiva que sejam fixadas, pelos Estados-membros, sanções “*eficazes, proporcionais e dissuasivas*”.

No n.º 2 do artigo 6.º da proposta de Directiva, elencam-se exemplos dessas sanções, designadamente a “*aplicação de coimas*” ou a “*nulidade ou anulação, decretada por um órgão jurisdicional, da nomeação ou da eleição de administradores não executivos que viole as disposições nacionais adoptadas nos termos do artigo 4.º, n.º 1º*”, ou seja, sempre que sejam violados os critérios de selecção transparentes e sem distinção de género e a ocupação de 40% dos cargos de administrador não executivo por membros do sexo menos representado.

O facto de as sanções serem aplicáveis tanto quando esteja em causa o cumprimento da quota de 40% fixada para os cargos de administração não executiva, como quando esteja em causa o cumprimento das regras legais que impõem a fixação de metas flexíveis auto-impostas pelas empresas para os cargos de administração executiva, reforça o carácter injuntivo das medidas propostas e a adoptar e a sua incidência inexorável no acesso paritário aos cargos de administração.

6. Síntese conclusiva

I. A proposta de Directiva COM (2012) 614 final, foi adoptada pela Comissão Europeia, no passado dia 14 de Novembro de 2012, aguardando, actualmente, aprovação pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho.

II. No que respeita aos *administradores não executivos*, a proposta de Directiva pretende implementar um sistema de quotas obrigatórias, ao impor aos

Estados-Membros o dever de legislarem no sentido da criação de medidas que permitam alcançar o objectivo de atingir pelo menos 40% de presença do “*sexo menos representado*” nos cargos de administração não-executiva das empresas cotadas em bolsa, públicas ou privadas, até 2018 e 2020, respectivamente.

III. No que respeita aos cargos de *administração executiva*, a proposta de Directiva visa promover, relativamente às empresas cotadas, o equilíbrio entre homens e mulheres, através da imposição de medidas que conduzam à auto-regulação e à assunção de compromissos voluntários, pelas empresas, neste domínio. Os objectivos voluntariamente assumidos têm de ser obrigatoriamente prosseguidos, dentro dos mesmos horizontes temporais (2018 e 2020), pese embora enquanto obrigação de resultados e com latitude quanto aos meios utilizados pelas empresas.

IV. A proposta de Directiva pretende instituir uma harmonização mínima nos Estados-Membros, relativamente ao tema da paridade nos cargos de administração. Isto significa que os Estados-Membros podem introduzir ou manter em vigor disposições mais favoráveis, ou seja, mais exigentes, com vista a garantir uma representação equilibrada entre homens e mulheres nas empresas com sede no seu território, desde que essas disposições não criem discriminações injustificadas nem prejudiquem o bom funcionamento do mercado interno (artigo 7.º).

V. Uma vez em vigor, a Directiva deverá ser transposta pelos Estados-Membros no prazo de dois anos, devendo, nesse hiato temporal, ser aprovadas e publicadas, em cada jurisdição, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para assegurar a respectiva implementação.

VI. As medidas previstas na proposta de Directiva fundam-se no princípio estruturante da igualdade na sua vertente de acção positiva (igualdade material), sendo que o essencial do regime material de paridade previsto na proposta de Directiva, está compreendido nos respectivos artigos 1.º a 6.º.

VII. Em termos de âmbito subjectivo de aplicação, as regras a adoptar pelos Estados-Membros em transposição da proposta de Directiva, devem aplicar-se às “*empresas cotadas em bolsa*”, “*públicas*” ou privadas e com excepção das “*PME*”, tudo nos termos dos artigos 1.º e 2.º, parágrafos (1) e (9) e 3.º, da proposta de Directiva.

VIII. Atendendo aos modelos legais de organização das sociedades anónimas, previstos no artigo 278.º CSC, cabem na definição de “*administrador não executivo*”, tal como prevista na proposta de Directiva:

- (i) No modelo tradicional, composto por conselho de administração e conselho fiscal, *os membros do conselho de administração não delegados ou não executivos* (artigo 407.º do CSC) e *os membros do conselho fiscal* (420.º do CSC).
- (ii) No modelo anglo-saxónico, composto por conselho de administração, com comissão de auditoria e revisor oficial de contas, *os membros da comissão de auditoria* (artigos 423.º-B e 423.º-C do CSC)
- (iii) No modelo dualista, composto por conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas, *os membros do conselho geral e de supervisão* (artigos 434.º e seguintes e 441.º, todos do CSC).

IX. As empresas cotadas que não disponham de 40% dos cargos de *administração não executiva* ocupados por mulheres, aquando da transposição das regras da proposta de Directiva, ficarão obrigadas a implementar processos de selecção com base numa análise comparativa das qualificações de cada candidato, em função de critérios pré-estabelecidos, claros, neutros e inequívocos, de modo atingir a referida percentagem de 40%, até 1 de Janeiro de 2020 ou, no caso das empresas cotadas que sejam empresas públicas, até 1 de Janeiro de 2018.

X. No recrutamento dos *administradores não executivos* deverá ainda ser dada prioridade ao “*candidato do sexo sub-representado*” quando este seja tão qualificado quanto o outro candidato, em termos de aptidão, competências e desempenho profissional. A regra da prioridade ou da preferência acima mencionada é excepcionada por uma cláusula de salvaguarda, que permite às empresas cotadas visadas escolherem, na referida situação de impasse, o candidato do “*género sobre-representado*”, desde que tal escolha seja feita com base numa avaliação objectiva que tenha em conta todos os critérios específicos dos candidatos e que, de acordo com um juízo valorativo sindicável, faça pender a balança a favor deste candidato.

XI. Com vista a garantir a transparência e a sindicabilidade do processo de selecção dos *administradores não executivos*, os Estados-Membros devem ainda assegurar, por transposição do disposto no artigo 4.º, n.º 4 da proposta de Directiva, que as empresas cotadas em bolsa são obrigadas a comunicar, a pedido de qualquer candidato preterido, os critérios relativos às qualificações que estiveram na base da selecção, bem como a avaliação comparativa objectiva desses critérios e, em caso de qualificação equivalente, os motivos que fizeram pender a balança a favor do candidato do outro sexo.

XII. Ainda no que respeita aos cargos de *administração não executiva*, os Estados-Membros devem ainda adoptar as medidas necessárias, em conformidade com os respectivos sistemas judiciais nacionais, para garantir que, no caso de um candidato do “*sexo sub-representado*” preterido conseguir apresentar factos que permitam presumir que é tão qualificado quanto o candidato nomeado do outro sexo, incumbe à empresa cotada em causa provar que não houve violação da regra de preferência prevista no n.º 3 do artigo 4.º da proposta de Directiva.

XIII. Os Estados-Membros podem prever, nas respectivas legislações nacionais, que as empresas cotadas em que os membros do “*sexo sub-representado*” representem menos de 10% dos trabalhadores, não sejam sujeitas ao objectivo dos 40% acima mencionado (artigo 4.º, n.º 6 da proposta de Directiva). Os Estados-Membros podem ainda legislar no sentido de prever que o objectivo paritário de base a prosseguir com a transposição da Directiva, possa ser igualmente atingido quando uma empresa cotada demonstre que os membros do “*sexo sub-representado*” ocupam pelo menos um terço do conjunto dos cargos de administração, independentemente de se tratar de cargos executivos ou não-executivos (artigo 4.º, n.º 7 da proposta de Directiva).

XIV. Ao abrigo do disposto no artigo 8.º n.º 3 da proposta de Directiva, caso os Estados-Membros consigam demonstrar que as medidas de nível nacional adoptadas permitem aos membros do “*sexo sub-representado*” ocupar pelo menos 40% dos cargos de *administrador não executivo* das empresas cotadas até 1 de Janeiro de 2020 ou, no caso das empresas cotadas que sejam empresas públicas, até 1 de Janeiro de 2018, então fica suspensa a obrigação de legislarem no sentido de obrigar a empresas cotadas a adoptarem procedimentos de selecção transparentes e neutrais, assentes em critérios de nomeação pré-estabelecido, ficando igualmente suspensas as demais regras previstas no artigo 4.º da proposta de Directiva.

XV. No que respeita aos cargos de *administração executiva*, por força da transposição do artigo 5.º, n.º 1 da Directiva, os Estados-Membros ficam obrigados a adoptar regras que permitam assegurar que as empresas cotadas em bolsa assumem compromissos individuais quanto a uma representação equilibrada entre homens e mulheres nos cargos de administração executiva, compromissos estes a atingir até 1 de Janeiro de 2020, ou, no caso das empresas cotadas em bolsa que sejam empresas públicas, até 1 de Janeiro de 2018.

XVI. Os Estados-Membros devem adoptar regras que imponham às empresas cotadas o dever de comunicar anualmente informações às autoridades nacionais competentes sobre a representação dos géneros nos cargos de administração,

distinguindo entre *administradores executivos e não executivos*, bem como sobre as medidas adoptadas para atingir os objectivos fixados no artigo 4.º, n.º 1 (quota de 40%), e no artigo 5.º, n.º 1 (compromissos individuais de auto-regulação). Os Estados-membros devem ainda adoptar regras que obriguem à publicação dessas informações, de forma adequada e acessível, no respectivo sítio da Internet das empresas em causa.

XVII. A violação, pelas empresas cotadas, das normas nacionais que transpõem a Directiva, em matéria de *administração executiva ou não executiva*, dará azo à aplicação de sanções. Estas poderão incluir a aplicação de coimas ou a nulidade ou anulação das nomeações feitas em violação das regras estabelecidas (neste último caso, no que respeita aos cargos da administração não executiva), entre outras hipóteses que os Estado-Membros venham a considerar apropriadas.