

*Modelos de governo das S.A.: a difícil compreensão do modelo germânico e os requisitos de fiscalização reforçada da Lei n.º 148/2015**

PROF. DOUTOR JOSÉ FERREIRA GOMES

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Enquadramento da discussão sobre o âmbito de aplicação subjetivo do artigo 3.º da Lei n.º 148/2015. 3. A questão prévia da natureza do CGS: órgão de fiscalização (global). 4. A transposição da Diretriz de Revisão de Contas no sistema alemão. 5. Delimitação do âmbito subjetivo de aplicação do artigo 3.º/2 e 3 da Lei 148/2015 nas SA de modelo germânico. 6. Excurso de iure condendo: a (in)conveniência da revisão do artigo 3.º/2 da Lei n.º 148/2015 para acautelar especificidades do modelo germânico. 7. Outros pontos de reflexão sobre o Direito das sociedades a partir deste case study.

1. Introdução

I. O chamado “modelo germânico” de governo das sociedades anónimas (SA) foi introduzido em 1986, na versão original do Código das Sociedades Comerciais (CSC)¹, numa receção do sistema alemão vertido na *Aktiengesetz* de 1965, mediado também pela lei francesa que primeiro o recebeu (a *Loi n.º*

* 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 Sobre os antecedentes, a preparação, o sistema, as fontes e as alterações do Código das Sociedades Comerciais, *vide*, por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, 1, 3.ª ed., 2011, 145-168.

66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales²) e pela Proposta de 5.^a Diretriz de Direito das sociedades, que acabou por nunca ser aprovada³.

Segundo Raul Ventura, pretendia-se então não só transpor esta Proposta de Diretriz que (segundo previsão do autor que se não confirmaria), mais dia menos dia, viria a ser aprovada, e «oferecer a investidores estrangeiros a possibilidade de constituírem em Portugal sociedades com estruturas a que estejam habituados nos seus países»⁴.

II. Já tivemos oportunidade de criticar⁵ a multiplicação de modelos e submodelos de governo da SA que então se iniciou e que se agravou com a reforma do CSC de 2006⁶. Não cumpre o seu propósito e introduz um nível de complexidade e de incerteza no sistema que prejudica a sua compreensão e vivência pelos diferentes agentes económicos.

Não cumpre o seu propósito porquanto o CSC continua a apresentar soluções desnecessariamente rígidas, com custos para as sociedades que os agentes económicos (legitimamente) não conseguem compreender, sem que daí resulte o nível de proteção dos sócios (e demais *stakeholders*) que o legislador do século XIX visou com a instituição de determinados mecanismos de autotutela.

² Cfr. *Sous-Section II. – Directoire et conseil de surveillance*, artigo 118.º ss. Quanto à influência desta lei, cfr., *v.g.*, RAUL VENTURA, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*, 1994, 10-11.

Note-se que a regulação do modelo germânico em França se afastava nalguns pontos decisivos do sistema original. Assim, por exemplo: (i) o *directoire*, cujos membros podiam ser destituídos sem justa causa, foi configurado como um órgão deliberativo interno, porquanto apenas o seu presidente tinha poderes para vincular a sociedade, salvo disposição em contrário dos estatutos (artigo 126); e (ii) o *conseil de surveillance* era mais fraco do que o seu congénere alemão, não tendo poderes para destituir os diretores (podendo apenas propor a sua destituição pela assembleia geral), nem para aprovar as contas anuais [artigos 121(1) e 157(3)]. Paralelamente, mantendo o esquema anteriormente vigente, dois representantes da comissão de trabalhadores podiam participar nas reuniões do *conseil de surveillance*, mas sem direito de voto. Cfr. artigo 3 da *ordonnance n.º 45-280, du 22 février 1945*, tal como alterada pelo artigo 6 da *Loi n.º 66-427, de 18 juin 1966*, J.O. 25-6-1966, p. 5267-5268.

³ O artigo 278.º/1 previa então que: «A administração e a fiscalização da sociedade podem ser estruturadas segundo uma de duas modalidades: a) Conselho de administração e conselho fiscal; b) Direção, conselho geral e revisor oficial de contas».

⁴ RAUL VENTURA, *Novos estudos*, cit., 12-13.

⁵ No nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, 2015, §§ 41 (514-519) e 43 (530-536), sobre a introdução do modelo germânico em 1986 e sua revisão em 2006, § 58 (658-668) sobre a introdução do modelo anglo-saxónico em 2006.

⁶ Não se acompanha, assim a visão positiva do legislador material da reforma de 2006. Cfr. COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS, *Governo das sociedades anónimas: Propostas de alteração do código das sociedades comerciais (processo de consulta pública n.º 1/2006)*, 2006, disponível em www.cmvm.pt, 12-13.

III. Simultaneamente, a multiplicação de modelos e submodelos introduz um insustentável nível de complexidade e de incerteza. A previsão de diferentes órgãos, com diferentes poderes e deveres, repercute-se naturalmente em diferentes equilíbrios interorgânicos.

Cada tipo societário – e, dentro do tipo SA, cada modelo de governo – é um microsistema que regula uma instituição destinada a gerir, em modo coletivo, interesses e perspetivas de um projeto empresarial potencialmente conflitantes. Aproxima-se, portanto, de um sistema político que, assegurando a representação e discussão de diferentes entendimentos do que é e deve ser esse projeto, visa eliminar – ou pelo menos minorar – situações patológicas.

IV. Ora, a multiplicação de variáveis condiciona a capacidade dos investidores para compreender as regras do correspondente jogo político, com repercussão nos custos de transação e, logo, nos custos de capital.

Este cenário é particularmente grave para as sociedades que procuram captar investimento nos mercados internacionais e se vêm confrontadas com o desafio de explicar este sistema a investidores com pouco tempo e paciência para compreender as coordenadas essenciais de um mercado que é, afinal, tão pequeno para o esforço que tal representa⁷.

V. Tal multiplicação condiciona igualmente a capacidade das autoridades públicas de supervisão – que, de uma forma ou de outra, são chamadas a fiscalizar o governo de determinadas SA – para compreender o papel de cada órgão societário, valorar a conduta de cada um dos seus titulares e daí retirar as correspondentes consequências ao nível da supervisão e da ação sancionatória.

Condiciona, por fim, a capacidade dos tribunais para apreciar o mérito dos pedidos apresentados, prejudicando o tão necessário desenvolvimento jurisprudencial do direito societário.

VI. As dificuldades enunciadas são particularmente visíveis na transposição da CRD IV⁸ e da MiFID II⁹ no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (R.GIC), bem como na aplicação prática dos requisitos

⁷ Este é, por vezes, apresentado como um dos principais óbices à captação de investimento estrangeiro e ao desenvolvimento do mercado de capitais.

⁸ Diretriz 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26-jun.-2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, que altera a Diretriz 2002/87/CE e revoga as Diretrizes 2006/48/CE e 2006/49/CE. É conhecida como “Capital Requirements Directive IV” ou, simplesmente, CRD IV.

⁹ Diretriz 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15-mai.-2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (conhecida pelo acrónimo DMIF II ou, na versão inglesa, que preferimos, MiFID II).

de fiscalização reforçada previstos na Lei n.º 148/2015, de 9-set., às chamadas “entidades de interesse público” (EIP)¹⁰.

Neste último ponto, discutiu-se recentemente, em particular, a aplicabilidade do artigo 3.º/2 e 3 da Lei n.º 148/2015 ao conselho geral e de supervisão (CGS), nas sociedades anónimas cuja administração e fiscalização é estruturada de acordo com o modelo germânico [artigo 278.º/1, c) CSC]. Segundo um ponto de vista recentemente veiculado, as normas decorrentes destes preceitos não seriam suscetíveis de aplicação ao CGS, mas tão só à comissão para as matérias financeiras (CMF) constituída no seu seio.

É uma perspetiva que não podemos acompanhar, como desenvolvemos adiante. Antes, porém, apresentamos o enquadramento prévio que tal discussão reclama.

2. Enquadramento da discussão sobre o âmbito de aplicação subjetivo do artigo 3.º da Lei n.º 148/2015

I. Vejamos o que dispõe o referido artigo 3.º da Lei n.º 148/2015, com epígrafe “Fiscalização das entidades de interesse público”, em transposição do artigo 39.º/6 da Diretriz 2006/43/CE do Parlamento e do Conselho, de 17-mai.-2006, relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas, tal como alterada em 2014¹¹ (Diretriz de Revisão de Contas).

O n.º 1 mantém a exigência que antes resultava do artigo 3.º/1 do Decreto-Lei n.º 225/2008, de 20-nov. (DL 225/2008), de que as EIP adotem um dos modelos de governo das SA que asseguram a dissociação do revisor oficial de contas relativamente ao órgão de fiscalização global (conselho fiscal, comissão de auditoria ou conselho geral e de supervisão, consoante o modelo em causa).

O n.º 2¹² reproduz os requisitos de composição do órgão de fiscalização global que já antes constavam do CSC (desde a reforma de 2006)¹³ e do DL

¹⁰ Definidas no artigo 3.º do Regime Jurídico de Supervisão de Auditoria, aprovado por esta mesma Lei n.º 148/2015.

¹¹ Pela Diretriz 2014/56/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16-abr.-2014.

¹² Nos termos do qual, o órgão de fiscalização global das EIP está sujeito aos seguintes requisitos de composição:

- «a) Deve incluir pelo menos um membro que tenha habilitação académica adequada ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade;*
- b) Os seus membros devem ter, no seu conjunto, formação e experiência prévias para o sector em que opera a entidade; e*
- c) A maioria dos seus membros, incluindo o seu presidente, deve ser considerada independente, nos termos do n.º 5 do artigo 414.º do Código das Sociedades Comerciais.»*

225/2008¹⁴, salvo quanto (i) à clarificação de que os membros deste órgão devem ter, no seu conjunto, formação e experiência prévias relativas ao sector em que opera a sociedade, e (ii) à imposição de que o presidente deste órgão seja independente.

O n.º 3 desenvolve e densifica o quadro de deveres previsto no CSC desde a reforma de 2006¹⁵.

II. As novidades de 2015 resumem-me, portanto, à exigência de que o presidente do órgão de fiscalização global seja independente¹⁶ e ao desenvolvimento e densificação dos deveres de todos os seus membros.

Contra a extensão destas novidades ao CGS, no modelo germânico, houve quem sustentasse, em primeiro lugar, que a Diretriz de Revisão de Contas impõe a constituição de um “comité de auditoria” e que este, no “nosso” modelo germânico, corresponderia necessariamente à CMF. Portanto, as novas

¹³ Cfr. artigos 414.º/3, 4 e 6, 423.º-B/4-6, 434.º/4.

¹⁴ Cfr. artigo 3.º/2 e 3.

¹⁵ Prevê os seguintes deveres:

- «a) Informar o órgão de administração dos resultados da revisão legal das contas e explicar o modo como esta contribuiu para a integridade do processo de preparação e divulgação de informação financeira, bem como o papel que o órgão de fiscalização desempenhou nesse processo;
- b) Acompanhar o processo de preparação e divulgação de informação financeira e apresentar recomendações ou propostas para garantir a sua integridade;
- c) Fiscalizar a eficácia dos sistemas de controlo de qualidade interno e de gestão do risco e, se aplicável, de auditoria interna, no que respeita ao processo de preparação e divulgação de informação financeira, sem violar a sua independência;
- d) Acompanhar a revisão legal das contas anuais individuais e consolidadas, nomeadamente a sua execução, tendo em conta as eventuais constatações e conclusões da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), enquanto autoridade competente pela supervisão de auditoria, nos termos do n.º 6 do artigo 26.º do Regulamento (UE) n.º 537/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014;
- e) Verificar e acompanhar a independência do revisor oficial de contas ou da sociedade de revisores oficiais de contas nos termos legais, incluindo o artigo 6.º do Regulamento (UE) n.º 537/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, e, em especial, verificar a adequação e aprovar a prestação de outros serviços, para além dos serviços de auditoria, nos termos do artigo 5.º do referido regulamento; e
- f) Selecionar os revisores oficiais de contas ou sociedades de revisores oficiais de contas a propor à assembleia geral para eleição e recomendar justificadamente a preferência por um deles, nos termos do artigo 16.º do Regulamento (UE) n.º 537/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014.»

¹⁶ A referência ao dever dos membros deste órgão de terem, no seu conjunto, formação e experiência prévias relativas ao sector em que opera a sociedade não constitui uma novidade, mas tão-só uma clarificação do regime pretérito. Estamos perante um dever que já antes decorria das coordenadas gerais.

exigências seriam aplicáveis apenas a esta comissão e não ao CGS do qual emana¹⁷.

Em segundo lugar, o CGS, seja pela sua dimensão, seja pela sua (alegada) configuração como um órgão de “alta administração” (e não um “mero” órgão de fiscalização), não seria apto à fiscalização da revisão legal de contas. Nessa medida, o artigo 3.º da Lei 148/2015 encerraria uma contradição com as coordenadas do CSC, geradora de insegurança jurídica.

Em terceiro lugar, a imposição dos requisitos de composição do artigo 3.º/2 da Lei n.º 148/2015 ao CGS frustraria legítimos direitos e aspirações dos acionistas (das sociedades que adotaram o modelo germânico) de integrarem maioritariamente o CGS, com as regras de composição aplicáveis ao conselho de administração dos modelos tradicional e anglo-saxónico.

Em quarto lugar, admitindo-se a imputação ao CGS de funções de fiscalização da revisão legal de contas, teríamos uma sobreposição ou duplicação de competências. Perante este alegado “absurdo”, teria de tomar-se partido sobre qual dos órgãos é então responsável pelo exercício das mesmas. Assumida a imputação a um destes órgãos, teria de ser este a exercer tais competências, que assim não seriam exercidas pelo outro.

III. Sem prejuízo dos desenvolvimentos expostos adiante, estes argumentos podem ser sinteticamente enquadrados e refutados nos termos que se seguem.

Em primeiro lugar, o artigo 39.º/4 da Diretriz de Revisão de Contas inclui uma habilitação normativa muito abrangente, nos termos da qual¹⁸ os Estados-membros podem imputar as funções do “comité de auditoria” ao órgão de fiscalização e impor ao mesmo a constituição de uma comissão auxiliar. Quando essa seja a opção do legislador do Estado-membro, como sucedeu em Portugal ou na Alemanha, por exemplo, tanto um como outra devem cumprir os requisitos de composição previstos na Diretriz.

A articulação entre este órgão e a sua comissão não oferece dificuldades à luz do nosso sistema: acompanha os princípios gerais aplicáveis também, por exemplo, ao conselho de administração (CA_{adm}) e à comissão executiva

¹⁷ Só nas pequenas e médias EIP, e apenas nessas, poderiam as funções da comissão de auditoria ser exercidas pelo órgão de administração ou de fiscalização (e já não por uma comissão por estes constituída) (artigo 39.º/3 da Diretriz).

¹⁸ Tal como na versão original da Diretriz resultava do artigo 41.º/5:

«Os Estados-Membros podem autorizar ou decidir que as disposições dos n.ºs 1 a 4 não são aplicáveis às entidades de interesse público dotadas de órgãos que desempenhem funções equivalentes aos comités de auditoria, estabelecidos e a funcionar de acordo com as disposições em vigor no Estado-Membro em que a entidade a examinar está registada. Neste caso, a entidade em questão deve divulgar qual o órgão que desempenha estas funções e a sua composição».

(CExec) constituída no seu seio (artigo 407.º/3 CSC), como veremos adiante. A adequada articulação entre o órgão de fiscalização e a comissão auxiliar constituída no seu seio não determina qualquer “amputação” de competências da CMF, tal como a competência concorrente do CAdm não determina qualquer “amputação” dos poderes delegados na CExec quando a esta seja delegada a gestão corrente da sociedade (artigo 407.º/3 CSC). Estamos perante uma concreta modelação do espaço de atuação de cada órgão, em termos há muito conhecidos entre nós.

Perante a delegação de funções pelo CGS na CMF, a esta cabe o seu desenvolvimento *primário*. O CGS não deixa de participar no desempenho das mesmas; simplesmente, essa participação é de natureza *subsidiária*: o CGS pode e deve intervir sempre que a atuação dos seus membros ou da comissão (nos quais delegou poderes) não seja adequada ou suficiente. Trata-se do esquema geral aplicável igualmente na relação entre o CAdm e a CExec.

A compatibilidade desta solução com o Direito europeu é confirmada pela transposição da Diretriz de Revisão de Contas no sistema alemão, no qual se baseia o nosso modelo germânico, como veremos adiante. Em suma, a opção do nosso legislador interno – independentemente das críticas que se lhe possam dirigir em termos de política legislativa – é perfeitamente lícita à luz do Direito da União Europeia.

IV. Em segundo lugar, como veremos adiante, atento o seu enquadramento histórico e sistemático, não é tecnicamente correta a qualificação do CGS como um órgão de “alta administração”. Estamos perante um órgão de “fiscalização (global)”. A questão é eminentemente terminológica, radicando no que se deve entender por “administração”, “alta administração” e “fiscalização (global)”, razão pela qual esta linha de argumentação não resiste a uma cuidadosa análise do correspondente regime jurídico.

Em todo o caso, independentemente das querelas terminológicas (“alta administração” v. “fiscalização”), nada obsta ao desempenho das suas funções de fiscalização do processo contabilístico e da revisão legal de contas, nos termos exigidos por lei, como sucede na Alemanha e em Portugal. Não existe nenhuma contradição entre a Lei n.º 148/2015 e o CSC¹⁹.

Há, é verdade, alguma insegurança jurídica que decorre, não de desarticulações entre os diplomas indicados, mas de um relativo desconhecimento do sistema alemão e das coordenadas da sua receção e evolução em Portugal pelos

¹⁹ Sem prejuízo de outros pontos que veremos a final, numa ponderação *de iure condendo*.

agentes económicos. Algumas coordenadas de *soft law*, menos precisas do ponto de vista técnico, têm aliás contribuído para este estado de coisas.

Não obstante o equívoco tantas vezes veiculado na nossa *praxis* empresarial, o CGS não é, afinal, muito diferente dos órgãos de fiscalização dos outros modelos de governo da SA. Isso mesmo será explicado com maior detalhe adiante no ponto dedicado à natureza do CGS.

V. Ainda quanto a esta linha de argumentação, a afirmação de que a dimensão típica do CGS obstará ao desenvolvimento das funções de fiscalização do processo contabilístico e da revisão legal de contas não convence, por várias razões.

Desde logo, o problema suscitado não é privativo destas funções. São várias as situações em que um órgão coletivo como o CGS se deve organizar internamente para assegurar o mais eficaz e eficiente cumprimento das suas funções, distribuindo tarefas ou constituindo comissões auxiliares²⁰. No caso das sociedades cotadas, o artigo 444.º/2 CSC impõe a constituição de uma destas comissões: a CMF.

Para além disso, a primeira função – a fiscalização do processo contabilístico – já cabia ao CGS desde a sua introdução no sistema português em 1986. Não houve nenhuma novidade sobre esta matéria aquando da reforma do CSC de 2006, nem na introdução e revisão do regime jurídico das EIP em 2008 e 2015.

Assim, a dúvida só poderia eventualmente colocar-se a propósito da função de fiscalização da revisão legal de contas. Não nos parece, porém, que haja dificuldades. Como em tantos outros casos, deve o CGS organizar-se internamente para assegurar o mais eficaz e eficiente desenvolvimento das suas funções. Novamente, no caso das sociedades cotadas, este dever é especificado no artigo 444.º/2 CSC, que impõe ao CGS a constituição de uma comissão auxiliar para o efeito: a CMF²¹.

VI. Em terceiro lugar, não pode afirmar-se a frustração de legítimos direitos e aspirações dos acionistas de verem reproduzidas num modelo de governo as soluções de outros modelos.

²⁰ Veja-se o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.º de margem 526 ss., 839 ss., 1480 ss.

²¹ Esta questão foi amplamente debatida no espaço alemão, tendo o legislador alemão optado por imputar esta função ao *Aufsichtsrat* (como um todo). A referência a uma comissão de auditoria (*Prüfungsausschuss*) “autónoma” surge apenas nos casos em que a empresa não disponha de um *Aufsichtsrat* com determinados requisitos de composição. Nos demais casos, aparece apenas e tão-só como uma comissão “auxiliar” do *Aufsichtsrat* recomendada, no esquema típico de *comply or explain*, pelo *Deutscher Corporate Governance Kodex* (DCGK). Este ponto será analisado detalhadamente adiante.

Por definição, cada modelo é um micro-sistema jurídico que regula a estrutura, a composição e o funcionamento dos diferentes órgãos sociais. Nesta medida, cada modelo encerra um equilíbrio interorgânico próprio, de acordo com o correspondente regime jurídico. Se assim não fosse, seria definitivamente inútil a multiplicação de modelos e submodelos.

Em suma, atento o regime jurídico aplicável, o CGS não pode, com rigor, ser equiparado ao conselho de administração dos modelos tradicional e anglo-saxónico, sem prejuízo da existência de alguns pontos de contacto.

VII. Em quarto lugar, a Lei n.º 148/2015 não alterou os pilares da articulação entre o CGS e a CMF que resultava quer do CSC, quer do (revogado) artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 225/2008, de 20-nov.: o órgão de fiscalização (global) sempre foi o CGS que, nas grandes SA e nas EIP, tem de constituir uma comissão auxiliar e nela delegar poderes para desempenhar (pelo menos) funções em matéria de fiscalização do processo contabilístico e da revisão legal de contas. A delegação de poderes modela, mas não afasta a competência concorrente do CGS.

Tal como no sistema alemão, a articulação entre os dois órgãos centra-se na conformação da obrigação de vigilância do CGS: tendo a CMF poderes decisórios delegados, o CGS deve fiscalizar e assegurar que esta exerce corretamente as suas funções, intervindo quando assim não suceda.

Neste contexto, deve concluir-se que a Lei n.º 148/2015 se limitou a densificar alguns conceitos pré-existentes, sem qualquer rutura sistemática, como teremos oportunidade de desenvolver adiante.

VIII. Apresentemos então o *iter* da nossa exposição subsequente.

Para possibilitar uma melhor compreensão dos problemas apresentados, começamos por esclarecer a questão prévia da natureza do CGS no nosso modelo germânico.

Analisamos depois a transposição da Diretriz de Revisão de Contas no sistema alemão, fonte do nosso sistema germânico e inegável ponto de referência para a compreensão do mesmo.

Por fim, com base nas coordenadas previamente fixadas, analisamos a transposição da Diretriz de Revisão de Contas em Portugal, em 2006, 2008 e 2015, e, em particular, a questão da aplicabilidade dos requisitos previstos no artigo 3.º/2 e 3 da Lei n.º 148/2015 ao CGS nas SA de modelo germânico.

Seguem-se as conclusões alcançadas na ponderação do regime constituído.

Acrescentamos depois algumas considerações *de iure condendo*, sobre a (in) conveniência da revisão do artigo 3.º/2 e 3 da Lei n.º 148/2015, no qua-

dro mais vasto de uma reforma do RJSA, para acautelar as especificidades do modelo germânico.

Terminamos com uns pontos de reflexão sobre o direito das sociedades a partir deste *case study*.

3. A questão prévia da natureza do CGS: órgão de fiscalização (global)

I. Como vimos, um dos argumentos usados para afastar a aptidão do CGS para fiscalizar a revisão legal de contas é que este é um órgão de “alta administração” e não um «*mero*» órgão de fiscalização, tomando como base de fundamentação a Recomendação da Comissão Europeia 2005/162/CE, de 15-fev.-2005, relativa ao papel dos administradores não executivos ou membros do conselho de supervisão de sociedades cotadas e aos comités do conselho de administração ou de supervisão²².

Contudo, uma tal recomendação não permite fundamentar uma tal afirmação²³. Para compreendermos o papel do CGS no *nosso* modelo germânico temos necessariamente de partir do *nosso* direito positivo, numa dimensão sistemática, para cuja compreensão muito contribui a análise histórico-dogmática.

II. Sem prejuízo das especificidades da lei francesa e da Proposta de 5.^a Diretriz, consideradas na introdução do modelo germânico entre nós, e das novidades introduzidas pela reforma do CSC de 2006, na base temos – necessariamente – o sistema alemão.

Assim, para compreendermos a história do *nosso* modelo germânico, temos de compreender a história do sistema alemão que está na sua origem. Esta aná-

²² Cfr. p. 5-6.

²³ A Comissão Europeia não teve qualquer pretensão de equiparação do órgão de fiscalização dos sistemas dualistas aos administradores não executivos. Simplesmente, a Comissão Europeia, perante o desafio tantas vezes enfrentado pela mesma e por outros “legisladores” (Comité de Basileia, Autoridade Bancária Europeia, etc.), de redação de normas que ganharão vida em sistemas tão diferentes entre si, identifica o mínimo denominador comum e faz a aproximação possível entre os institutos desses sistemas.

Trata-se de uma técnica de regulação *neutral*: o legislador europeu tem de encontrar forma de atingir a conformação de condutas pretendida sem manifestar preferência pelo sistema de um outro Estado-membro. Ao desafio de neutralidade do legislador europeu, corresponde o desafio dos legisladores nacionais de adaptação das regras assim criadas às especificidades dos seus sistemas jurídicos.

Sobre esta problemática, veja-se JOSÉ FERREIRA GOMES, *Misconceptions in the EU corporate governance discussion: international terminology and country-specific regulation*, 2017, 2-9, disponível em www.cmvm.pt.

lise histórico-sistemática é o mais seguro ponto de partida para a construção dogmática subsequente, própria de um sistema que se assume aberto a permanentes desenvolvimentos²⁴.

III. No sistema alemão, na sequência de uma rica e muito ponderada evolução histórica, a lei das sociedades anónimas (*Aktiengesetz* ou *AktG*) apresenta um modelo de governo assente no princípio jus-societário de dissociação das funções de administração e fiscalização (*aktienrechtliche Prinzip der Trennung von Leitung und Überwachung*), imputadas respetivamente ao *Vorstand* e ao *Aufsichtsrat*. O papel do *Abschlussprüfer* vem regulado no código comercial (*Handelsgesetzbuch*).

Ao *Vorstand* (órgão de administração) cabe a direção (*Leitung*) e representação (*Vertretung*) da sociedade [§§ 76(1) e 78(1) *AktG*]. São funções que decorrem diretamente da lei e que são desempenhadas sob sua responsabilidade, pelo que o *Vorstand* não está sujeito a instruções do *Aufsichtsrat* (órgão de fiscalização) ou da *Hauptversammlung* (assembleia geral) [§ 119(2) *AktG*].

A direção traduz a prática dos atos necessários à *promoção* do fim ou interesse social, tomando a *iniciativa* na condução da atividade social. Esta “iniciativa” assume-se assim como elemento central de caracterização da direção e sua distinção face à fiscalização.

Tal inclui tanto o planeamento estratégico, como todas as medidas de gestão corrente necessárias à sua implementação, sem prejuízo da delegação de poderes que seja compatível com o princípio da responsabilidade global (*Prinzip der Gesamtverantwortung*) e o princípio da direção global (*Prinzip der Gesamtleitung*)²⁵.

²⁴ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., 21–26.

²⁵ O princípio da responsabilidade global conhece dois vetores. Em primeiro lugar, os membros do conselho de administração são coletivamente responsáveis pelas decisões do mesmo (quer unânimes, quer maioritárias), independentemente de quaisquer divisões de tarefas ou delegações de poderes. Por isso, todos e cada um dos administradores, incluindo os não-delegados, são responsáveis pelo sucesso e pelo insucesso da instituição. Perante decisões ou omissões sobre questões fundamentais, não poderá um administrador exonerar-se afirmando tratar-se de matéria delegada a um seu colega. Estamos perante a imputação de um dever de mútua vigilância.

Em segundo lugar, de acordo com a sua concretização no princípio da direção global, um núcleo central de matérias – relativas ao planeamento estratégico, à organização e coordenação da atividade empresarial, ao preenchimento dos cargos de direção e a fiscalização das tarefas de gestão delegadas – não pode ser delegado pelo conselho de administração, nem posto em causa pela constituição de sociedades-filhas.

Vejam-se, como desenvolvimento, os nossos “Os princípios da responsabilidade e da direção global”, in AA.VV., *A governação dos bancos nos sistemas jurídicos lusófonos*, 2016, 89–122, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.ºs 347 ss.

IV. O código de governo das sociedades alemão (*Deutscher Corporate Governance Kodex*) explica estas funções no seu ponto 4.1, em especial nos subpontos 4.1.1 e 4.1.2:

«4.1.1 *The Management Board assumes full responsibility for managing the company in the best interests of the company, meaning that it considers the needs of the shareholders, the employees and other stakeholders, with the objective of sustainable value creation.*

4.1.2 *The Management Board develops the strategy for the company, agrees it with the Supervisory Board and ensures its implementation.»*

A formulação da estratégia a prosseguir pela sociedade é da competência exclusiva do *Vorstand*, sem prejuízo da sua colaboração com o *Aufsichtsrat*, nos termos expostos em seguida.

V. O *Aufsichtsrat* é, por excelência, o órgão responsável pela vigilância (*Überwachung*) da gestão (*Geschäftsführung*) da sociedade [§ 111(1) AktG].

Esta competência articula-se com as relativas (i) à designação e destituição dos membros do *Vorstand* [§ 84(1) AktG], (ii) à sujeição de determinados negócios ao seu consentimento [§ 111(4) AktG]²⁶ e (iii) à aprovação das contas [§§ 171 e 172 AktG], entre outras.

Através destas competências (ou da simples ameaça do seu exercício), o *Aufsichtsrat* pode exercer uma influência determinante sobre o *Vorstand*, sem paralelo nos nossos modelos tradicional (com conselho fiscal) e anglo-saxónico (com comissão de auditoria)²⁷.

Contrariamente ao verificado, *e.g.*, em Portugal, está hoje consolidada no sistema alemão a perspetiva de que a fiscalização da administração não compreende apenas uma apreciação retrospectiva e formal de eventos passados. A vigilância é não só formal, mas também de mérito; é não só retrospectiva, mas também prospetiva. Neste sentido, o *Aufsichtsrat* deve exercer influência sobre os eventos futuros, transmitindo ao *Vorstand* a sua visão sobre projetos mais importantes, num papel de aconselhamento consolidado na jurisprudência e na doutrina.

²⁶ Competência que entre nós foi afastada pela reforma de 2006. A reserva de consentimento depende hoje necessariamente de previsão estatutária.

²⁷ Este papel do *Aufsichtsrat* na sociedade por ações só pode ser verdadeiramente apreendido numa dimensão histórico-dogmática, nos termos da qual evoluiu de uma comissão de acionistas para uma plataforma de interligação da sociedade com parceiros financeiros e comerciais e, depois, nas maiores sociedades, também de ponderação dos interesses dos trabalhadores. O seu específico peso histórico-cultural na sociedade e no mercado alemão também não pode ser ignorado.

Em todo o caso, isto não se confunde com funções de administração. Esta questão foi intensamente discutida na Alemanha no início do séc. XX e, na sequência de longos trabalhos preparatórios, ficou definitivamente consolidada com a afirmação do princípio do líder (*Führerprinzip*) pelo *Aktiengesetz* de 1937²⁸.

VI. Independentemente da coloração historicamente determinada da terminologia, este princípio afirmou-se então como base de todo o direito das SA, com reflexos que se projetariam por toda a Europa continental.

Com a afirmação deste princípio, o *Vorstand* passou a ser o líder da sociedade. A assembleia geral deixou de ser o órgão supremo da sociedade, vendo os seus poderes limitados. Em particular, deixou de poder deliberar sobre matérias de gestão, salvo a pedido do *Vorstand*.

Paralelamente, foi clarificada a competência do *Aufsichtsrat* que passou a ser limitada à vigilância da administração, sendo vedada a possibilidade de este órgão dar instruções ao *Vorstand*, como era prática recorrente no séc. XIX²⁹.

VII. Para benefício dos investidores estrangeiros, a competência do *Aufsichtsrat* é também explicada pelo DCGK, no seu ponto 5.1, com destaque para os subpontos 5.1.1 e 5.1.2:

«5.1.1 *The task of the Supervisory Board is to regularly advise and supervise the Management Board in its management of the company. It must be involved in all decisions of fundamental importance to the company.*

5.1.2 *The Supervisory Board appoints and dismisses the members of the Management Board. (...)*»

VIII. Tanto a direção (*Leitung*) como a vigilância (*Überwachung*) constituem atividades empresariais, devendo o *Vorstand* e o *Aufsichtsrat* “colaborar” na determinação dos fins, do planeamento das operações e da sua concretização³⁰.

Ao *Vorstand* cabe a iniciativa para o efeito, tendo, como referido, competências exclusivas para aprovar a estratégia empresarial e as medidas de organização e de coordenação da empresa.

Ao *Aufsichtsrat* cabe pronunciar-se sobre as opções do *Vorstand*, num sentido também prospetivo: deve exercer influência sobre os eventos futuros, transmitindo ao *Vorstand* a sua visão sobre os projetos mais importantes.

²⁸ Veja-se, com desenvolvimento, o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.º 1253 ss..

²⁹ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.º 1462 ss..

³⁰ JOHANNES SEMLER, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, 2.ª ed., 1996, 58.

É neste sentido que o § 120(2) AktG dispõe que o *Vorstand* e o *Aufsichtsrat* “administram” (*verwalten*) conjuntamente a sociedade³¹. Apesar de a tradução para português ser “administração”, a lei alemã é clara, como sublinham unanimemente a doutrina e os tribunais, no sentido de o *Aufsichtsrat* não ter competências de gestão³².

Neste sentido, pode ler-se no § 111(4) que «[n]ão podem ser atribuídas responsabilidades de gestão ao Aufsichtsrat». Em Portugal, esta norma foi reproduzida no artigo 442.º/1 CSC, segundo o qual o «[o] conselho geral e de supervisão não tem poderes de gestão das actividades da sociedade»³³.

IX. O sentido do termo alemão “*verwalten*” é, portanto, de “colaboração”, tal como sublinhado pelo DCGK nos pontos 3.1 a 3.5:

«3. Cooperation between Management Board and Supervisory Board

3.1 *The Management Board and Supervisory Board cooperate closely to the benefit of the company.*

3.2 *The Management Board coordinates the company’s strategic approach with the Supervisory Board and discusses the current state of strategy implementation with the Supervisory Board at regular intervals.*

3.3 *The Articles of Association or – if applicable also in the case of individual transactions – the Supervisory Board stipulate that transactions of fundamental importance are subject to approval by the Supervisory Board. They include decisions or measures that fundamentally change the company’s net assets, financial status or results of operations.*

3.4 *The Management Board is responsible for keeping the Supervisory Board informed. Nevertheless, the Supervisory Board must itself ensure that it obtains sufficient information. The Supervisory Board shall therefore specify the Management Board’s information and reporting duties in greater detail.*

The Management Board informs the Supervisory Board regularly, without delay and comprehensively about all issues that are relevant to the company regarding strategy, planning, business development, the risk situation, risk management and compliance. The Management Board addresses departures in the current business development from its existing projections and targets, indicating the reasons for any such departures.

³¹ V.g.: PETER HOMMELHOFF, “Der aktienrechtliche Organstreit. Vorüberlegungen zu den Organkompetenzen und ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 143, 1979, 288-316 (289).

³² JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.ºs 1288, 1372-1373.

³³ Sobre esta norma, veja-se novamente o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.ºs 1462 ss..

The Management Board's reports to the Supervisory Board are, as a rule, to be submitted in text form. Wherever possible, documents required for decisions are sent to the members of the Supervisory Board in good time before the meeting.

3.5 Good corporate governance requires an open dialogue between the Management Board and Supervisory Board as well as between the members of these individual Boards. Comprehensive observance of confidentiality is of paramount importance in this regard.

All Board members ensure that the employees used by them in support functions comply with the obligation of confidentiality in the same way».

X. A imposição desta colaboração interorgânica ganha um palco especial no regime da “reserva de consentimento” (*Zustimmungsvorbehalt*) do *Aufsichtsrat* para a prática de determinados atos, seja por estipulação estatutária, seja por deliberação do próprio *Aufsichtsrat*³⁴ [§ 111(4)2 AktG].

Esta solução é enquadrada no sistema alemão como uma forma de *fiscalização preventiva* da administração³⁵.

Estando sujeito à intervenção prévia do *Aufsichtsrat*, o *Vorstand* vê-se forçado a fundamentar as suas opções e iniciativas, de forma a assegurar o consentimento daquele, potenciando o cuidado e a atenção colocados no processo.

Por seu turno, o *Aufsichtsrat* tem a oportunidade de verificar *ex ante* a licitude, a regularidade, a economicidade e a adequação das medidas propostas³⁶, incluindo, em particular, a solidez do *iter* decisional do *Vorstand* e a gestão dos riscos associados, face às concretas circunstâncias da empresa.

XI. Não se trata de substituir a iniciativa e as opções do *Vorstand* pelas do *Aufsichtsrat*: a iniciativa é sempre do primeiro, mas as suas opções terão de ser suficientemente sólidas para granjearem o apoio do segundo. Não estamos, portanto, perante “poderes de gestão”, caracterizados pela *iniciativa* na promoção do interesse social. Este é o elemento central da distinção da conduta devida pelos administradores face àquela devida pelos fiscalizadores.

Por outras palavras, o poder do *Aufsichtsrat* é um mero *poder de veto*; não se traduz na possibilidade (*de iure*) de impor alternativas da sua preferência.

Em suma, estamos perante funções de fiscalização, entendidas no seu sentido atual e não numa perspetiva anacrónica e ultrapassada de funções menores,

³⁴ Esta última variante foi afastada entre nós, incompreensivelmente, pela reforma do CSC de 2006.

³⁵ Neste sentido, veja-se a decisão do BGH no caso *ARAG/Garmenbeck*, BGH 21-abr.-1997, BGHZ 135, 244, 254-255. Veja-se ainda, para maiores desenvolvimentos, o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.º 1462 ss.

³⁶ Estes são os critérios que presidem à avaliação da administração pelo *Aufsichtsrat*, nos termos consolidados na jurisprudência alemã. Para maiores desenvolvimentos, veja-se o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.º 1432 ss..

de controlo meramente formal e retrospectivo, sem participação na conformação dos destinos da sociedade.

XII. Em Portugal, os poderes do CGS de designação e destituição dos administradores podem ser afastados pelos estatutos da sociedade [artigos 425.º/1 e 441.º/1, a) CSC], como sucede frequentemente na *praxis*.

Para além disso, contrariamente ao verificado no sistema alemão, não só não existe um *dever* de o CGS fixar um elenco de atos cuja prática depende do seu consentimento prévio, como foi eliminado o *poder* para o fazer pela reforma do CSC em 2006. O consentimento prévio depende agora necessariamente de previsão estatutária.

Na ausência destes poderes, pouco ou nada distingue as funções do CGS das do conselho fiscal, no modelo tradicional, ou da comissão de auditoria, no modelo anglo-saxónico. Contraponham-se, nesse sentido, os artigos 420.º, 423.º-F e 441.º CSC, relativos às competências destes órgãos.

XIII. Em todo o caso, independentemente de quaisquer querelas terminológicas, certo é que nem a fiscalização da administração devida pelo CGS, nem a colaboração interorgânica imposta pela lei e pelos estatutos, de maneira alguma limita a aptidão do CGS para a fiscalização do processo contabilístico e da revisão legal de contas, em articulação com a CME, nos termos desenvolvidos adiante. A expressa cumulação destas funções é, aliás, clara no sistema alemão, como veremos de seguida.

4. A transposição da Diretriz de Revisão de Contas no sistema alemão

I. No sistema alemão³⁷, não é obrigatória a constituição de uma comissão de auditoria (*Prüfungsausschuss*), podendo as funções imputadas pela Diretriz de Revisão de Contas ao “comité de auditoria” ser desempenhadas pelo órgão de

³⁷ Neste sistema, identificam-se duas fontes normativas para a questão ora em apreço: a lei das sociedades anónimas (*Aktiengesetz* ou, simplesmente, AktG), que contém regras especiais para as SA, e o código comercial (*Handelsgesetzbuch* ou, simplesmente, HGB), que inclui regras gerais aplicáveis a todos os tipos de sociedades comerciais e outras empresas.

Nos termos gerais, as regras especiais derrogam as regras gerais, pelo que a regulação primária desta matéria pode ser encontrada nos §§ 100(5), 107(3)2 e (4), 124(3)2, 171(1)2 e 3 AktG.

O § 324 HGB, tendo o seu âmbito de aplicação recortado pelas regras do AktG, tem um papel residual e um alcance limitado. O seu conteúdo só é compreensível em articulação com o regime jus-societário. KLAUS J. HOPT e HANNO MERKT, in ADOLF BAUMBACH e KLAUS J. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 37 ed., 2016, n.º 1.

fiscalização (*Aufsichtsrat*³⁸, consoante os casos)³⁹. Quando assim seja, funciona este como fórum de discussão com o revisor de contas sobre todos os assuntos considerados relevantes na revisão das contas da sociedade⁴⁰.

Este espaço de liberdade e de autodeterminação das empresas alemãs, fundado nas regras gerais de direito comercial e societário, é delimitado pelos §§ 324, 340k(5) e 341k(4) HGB que só exigem a constituição de uma comissão de auditoria nas EIP⁴¹ que não tenham um órgão de fiscalização que cumpra os requisitos do § 100(5) AktG⁴². Os requisitos são: (i) pelo menos um dos seus membros deve ter conhecimentos em contabilidade ou revisão de contas, e (ii) todos os seus membros devem estar familiarizados com o sector em que a sociedade opera.

³⁸ Ou pelo *Verwaltungsrat* que não se confunde com o *Vorstand* das sociedades anónimas, sendo um órgão específico de instituições como caixas de aforros (*Sparkasse*).

³⁹ Veja-se, com enquadramento histórico-sistemático e desenvolvimentos, THOMAS BLÖINK e RETO MORITZ WOODTLI, “Reform der Abschlussprüfung: Die Umsetzung der prüfungsbezogenen Vorgaben im RegE eines Abschlussprüfungsreformgesetzes (AReG)“, *Der Konzern* (2016), 75–87 (82–83).

⁴⁰ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.º 588 ss. A doutrina alemã refere-se também a “parceiro de discussão institucionalizado do revisor” (*institutionalisierter Gesprächspartner des Abschlussprüfers*). JENS KOCH, in UWE HÜFFER e JENS KOCH, *Aktiengesetz*, 12.ª ed., 2016, § 107, n.º 22.

⁴¹ A lei alemã não define “entidades de interesse público” (EIP), optando, em termos de técnica legislativa, por se referir diretamente a:

- (i) “Empresas orientadas para o mercado de capitais” (*kapitalmarktorientierte Unternehmen*), tal como definidas pelo 264d HGB;
- (ii) “Instituições de crédito CRR”, tal como definidas pelo § 1(3d)1 *Kreditwesengesetz* (KWG), com exceção das previstas no § 2(1)1 e 2 KWG; e
- (iii) “Empresas de seguros”, tal como definidas pelo artigo 2(1) da Diretriz do Conselho 91/674/CEE de 19 de dezembro de 1991, relativa às contas anuais e às contas consolidadas das empresas de seguros.

Não obstante, para facilitar a exposição, referir-nos-emos a estas empresas como EIP.

É de sublinhar o facto de o legislador alemão, contrariamente ao nosso, não ter ampliado o leque de EIP resultante da Diretriz de Revisão de Contas.

⁴² No qual se pode ler:

«Em sociedades orientadas ao mercado de capitais, tal como definidas no § 264d HGB, nas instituições de crédito CRR, tal como definidas pelo § 1(3d)1 *Kreditwesengesetz* (KWG), com exceção das previstas no § 2(1)1 e 2 KWG, ou empresas de seguros, tal como definidas pelo artigo 2(1) da Diretriz do Conselho 91/674/CEE de 19 de dezembro de 1991 relativa às contas anuais e às contas consolidadas das empresas de seguros (...), pelo menos um dos membros do órgão de fiscalização deve ter conhecimentos em contabilidade ou revisão de contas; todos os membros devem estar familiarizados com o sector em que a sociedade opera».

O próprio § 324(1) HGB inclui três exclusões deste requisito.

As SA têm necessariamente de ter um *Aufsichtsrat*. Sendo a SA uma EIP, este órgão está injuntivamente sujeito a estes requisitos, pelo que não lhe é imposta a constituição de uma comissão de auditoria.

O facto de não ser obrigatória a constituição de uma tal comissão, não obsta a que a mesma seja voluntariamente constituída, se o *Aufsichtsrat* o entender adequado. Isto sucede na generalidade das sociedades cotadas, atendendo à recomendação do DCGK.

II. Assim, só em casos muito restritos de EIP que não tenham um *Aufsichtsrat*⁴³ que cumpra os requisitos do § 100(5) AktG – *e.g.*, sociedades por quotas e cooperativas “orientadas ao mercado de capitais” – é que têm aplicação as regras do § 324(2) HGB, que impõe a constituição de uma comissão de auditoria.

Nestes casos, na ausência de um *Aufsichtsrat*⁴⁴, a comissão de auditoria aparece como um órgão autónomo (*eigenständig* ou *alleinstehender Organ*)⁴⁵, cujos membros são eleitos pelos sócios, têm de ser na sua maioria independentes (incluindo o presidente), todos familiarizados com o sector em que opera a sociedade e incluir um especialista em contabilidade ou revisão de contas⁴⁶.

Nem a Diretriz de Revisão de Contas nem a lei alemã definem “independência” para este efeito⁴⁷.

III. Nos demais casos, vale a regra geral, segundo a qual cabe ao *Aufsichtsrat*, no exercício do seu poder-dever de organização interna⁴⁸, decidir se exerce as funções de fiscalização do processo contabilístico e da revisão legal de contas por si ou se constitui uma comissão para o efeito. Trata-se de uma opção do

⁴³ Ou *Verwaltungsrat*: cfr. n. 38 *supra*.

⁴⁴ Ou *Verwaltungsrat*: cfr. n. 38 *supra*.

⁴⁵ HOPT e MERKT, in BAUMBACH e HOPT, *Handelsgesetzbuch*³⁷, n.º 2, WERNER F. EBKE, in *Münchener Kommentar zum HGB*, 3.ª ed., 2013, § 324, n.º 5-6.

⁴⁶ HOPT e MERKT, in BAUMBACH e HOPT, *Handelsgesetzbuch*³⁷, n.ºs 6-10.

⁴⁷ A fundamentação do projeto de lei que deu lugar ao *Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz* (BilMoG) de 2009 (que introduziu inicialmente o requisito de independência de um membro, só depois estendido à maioria dos membros pelo AReG) refere-se ao considerando (24) da Diretriz de revisão de contas e à Recomendação da Comissão Europeia 2005/162/CE. Estas referências constituiriam pontos de apoio para a concretização do conceito indeterminado de independência, mas não seriam vinculativas. HOPT e MERKT, in BAUMBACH e HOPT, *Handelsgesetzbuch*³⁷, n.º 7, GERALD SPINDLER, in GERALD SPINDLER e EBERHARD STILZ, *Aktiengesetz*, 3.ª ed., 2015, § 100, n.º 54, THOMAS KREMER e AXEL VON WERDER, “Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern: Konzept, Kriterien und Kandidateninformationen”, *Die Aktiengesellschaft*, 2013, 340-348.

⁴⁸ Sobre este, cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, n.ºs de margem 839-848.

Aufsichtsrat, sob responsabilidade própria, que não pode ser condicionada pelos sócios, seja nos estatutos, seja por deliberação⁴⁹.

Operam aqui as coordenadas gerais jus-societárias, perante as quais se reconhece um espaço de autodeterminação (tecnicamente: um poder-dever) do *Aufsichtsrat* quanto à sua própria organização interna: deve organizar-se internamente, distribuindo tarefas, delegando poderes e constituindo comissões, de forma a desempenhar o seu papel eficaz e eficientemente.

IV. Neste sentido, o § 107(3)2 AktG⁵⁰ clarifica⁵¹ a possibilidade de o *Aufsichtsrat* da SA constituir uma comissão de auditoria para desempenhar as funções de fiscalização (i) do processo contabilístico, (ii) da eficácia dos sistemas de informação, bem como (iii) da revisão legal de contas, incluindo, em particular, a seleção e a independência do revisor e a fiscalização dos serviços adicionais por este prestados.

Esta comissão pode apresentar recomendações ou propostas (ao *Aufsichtsrat*) para assegurar a integridade do processo contabilístico [§ 107(3)3 do AktG]⁵².

V. Como vimos, dando cumprimento à Diretriz de Revisão de Contas, o *Aufsichtsrat* das EIP que sejam SA está sujeito aos requisitos de composição do § 100(5) AktG, relativos aos conhecimentos dos seus membros. Caso seja constituída uma comissão de auditoria nestas sociedades, fica esta sujeita aos mesmos requisitos de composição, por força do § 107(4) AktG⁵³.

Assim, o *Aufsichtsrat*, ao designar os membros da comissão, deve assegurar que pelo menos um dos seus membros tem conhecimentos em contabilidade ou revisão de contas. Se só houver um membro do *Aufsichtsrat* com esses conhecimentos, este terá necessariamente de integrar a comissão.

O cumprimento do requisito de que todos os membros estejam familiarizados com o sector em que a sociedade opera estará em princípio assegurado,

⁴⁹ SPINDLER, in SPINDLER e STILZ, *Aktiengesetz*³, § 107, n.º 140.

⁵⁰ Introduzido pela *Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz* (BilMoG) em 2009, mas antes disso era já prática corrente nas sociedades em que o órgão de fiscalização tinha um elevado número de membros. SPINDLER, in SPINDLER e STILZ, *Aktiengesetz*³, § 107, n.º 4.

⁵¹ O seu sentido é apenas e tão só de clarificação do espaço de liberdade próprio do poder-dever de organização interna do *Aufsichtsrat* que decorre das coordenadas gerais jus-societárias. KOCH, in HÜFFER e KOCH, *Aktiengesetz*¹², § 107, n.º 22.

⁵² KOCH, in HÜFFER e KOCH, *Aktiengesetz*¹², § 107, n.º 25a.

⁵³ Tal como alterado pela Lei de Reforma da Revisão Legal de Contas (*Abschlussprüfungsreformgesetz* ou AReG) – *Gesetz zur Umsetzung der prüfungsbezogenen Regelungen der Richtlinie 2014/56/EU sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 im Hinblick auf die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse*.

dado que os membros da comissão são necessariamente membros do *Aufsichtsrat* e todos estes estão já sujeitos a um tal requisito.

VI. Porém, contrariamente ao que sucedia no passado, não existe hoje nenhum requisito de independência para os membros do *Aufsichtsrat*. Este requisito da Diretriz de Revisão de Contas, que no passado suscitou alguma discussão na Alemanha⁵⁴, foi afastado pela Lei de Reforma da Revisão Legal de Contas (*Abschlussprüfungsreformgesetz* ou AReG), com base na opção do artigo 39.º/5 da Diretriz⁵⁵.

A justificação desta opção centra-se na natureza do sistema alemão que, assentando no princípio da dissociação das funções de administração e de fiscalização (*aktienrechtliches Trennungsprinzip*)⁵⁶, separa institucionalmente o *Vorstand* e o *Aufsichtsrat* numa estrutura de dois níveis⁵⁷ que dispensa requisitos legais adicionais de independência⁵⁸. Entendeu o legislador alemão que, também para este efeito, basta o regime geral de incompatibilidades previsto para os membros do órgão de fiscalização.

⁵⁴ Até à AREG (vide nota anterior), o § 100(5) AktG exigia que o órgão de fiscalização das sociedades previstas no § 264d HGB tivesse pelo menos um membro *independente* com conhecimentos em contabilidade ou revisão de contas.

Discutia-se então o alcance da referência no quadro mais vasto do sistema dualista alemão, em articulação com a Recomendação da Comissão Europeia 2005/162/CE, de 15-fev.-2005, relativa ao papel dos administradores não executivos ou membros do conselho de supervisão de sociedades cotadas e aos comités do conselho de administração ou de supervisão, em cujo ponto 13.1 se pode ler:

«Um administrador deve ser considerado independente se não tem quaisquer relações comerciais, familiares ou outras – com a sociedade, o acionista que detém o controlo ou com os órgãos de direcção de qualquer um deles – que possam originar um conflito de interesses susceptível de prejudicar a sua capacidade de apreciação».

Afirmava-se então que pelo menos a exigência de independência face ao acionista controlador era contrária às coordenadas gerais do sistema dualista alemão e com o direito dos grupos. KOCH, in HÜFFER e KOCH, *Aktiengesetz*¹², § 100, n.º 4. Certo era que tal exigência de independência não se limitava à separação institucional entre o *Vorstand* e o *Aufsichtsrat*. GERALD SPINDLER, in GERALD SPINDLER e EBERHARD STILZ, *Aktiengesetz*³, cit., § 100, n.º 54.

⁵⁵ Segundo o qual:

«Sempre que todos os membros do comité de auditoria sejam membros do órgão de administração ou de fiscalização da entidade auditada, o Estado-Membro pode prever que o comité de auditoria fique dispensado dos requisitos de independência estabelecidos no n.º 1, quarto parágrafo.»

⁵⁶ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, 2015, cit., n.º 1277 ss..

⁵⁷ Como sucede também entre nós, em todos os modelos de governo admitidos nas SA.

⁵⁸ THOMAS BLÖINK e RETO MORITZ WOODTLI, “Reform der Abschlussprüfung: Die Umsetzung der prüfungsbezogenen Vorgaben im RegE eines Abschlussprüfungsreformgesetzes (AReG)“, *Der Konzern* (2016), 75–87 (83).

Isto, naturalmente, sem prejuízo do desenvolvimento de recomendações sobre o tema no DCGK.

VIII. Como vimos, cabe ao *Aufsichtsrat* decidir sobre a criação (ou não) de uma comissão de auditoria, sobre a sua composição e sobre os poderes que nela pretende delegar. O elenco de matérias suscetíveis de delegação, previsto no § 107(3)2 AktG, visa tão-só clarificar o espaço de liberdade do *Aufsichtsrat* na sua organização interna. Cabe a este decidir o que delegar para assegurar um mais eficaz e eficiente cumprimento das suas funções⁵⁹.

Consoante os poderes que o *Aufsichtsrat* nela entenda delegar, a comissão de auditoria poderá ser configurada como (i) uma *comissão preparatória* (*vorbereitende Ausschüss*) dos trabalhos a desenvolver pelo plenário, (ii) uma *comissão de fiscalização* (*überwachende Ausschüss*) da execução das deliberações do plenário, ou (iii) uma *comissão decisória* (*beschließende Ausschüss*), i.e., com competências próprias para decidir sobre determinadas matérias (*maxime*, aprovação de serviços distintos de auditoria)⁶⁰.

A delegação está sujeita aos limites previstos no § 107(3)4, não podendo recair sobre as seguintes matérias previstas nos § 107(1)1, § 59(3), § 77(2)1, § 84(1)1 e 3, (2) e (3)1, § 87(1) e (2) 1 e 2, § 111(3), § 171, § 314 (2) e (3) AktG. Também não pode ser delegada a competência do *Aufsichtsrat* para prestar consentimento à prática de determinados tipos de atos pelo *Vorstand* [§ 111(4) AktG].

Por fim, sublinhe-se, a delegação de poderes não desresponsabiliza o *Aufsichtsrat*. Este é responsável *in eligendo*, *in instruendo* e *in vigilando* pela atuação da comissão de auditoria⁶¹. Deve por isso assegurar-se que esta funciona adequadamente e cumpre as suas funções, intervindo quando isso não suceda.

IX. A articulação entre o *Aufsichtsrat* e a comissão de auditoria (eventualmente) constituída no seu seio é reforçada por determinadas normas expressamente positivadas.

O § 107(3)5 AktG imputa expressamente ao *Aufsichtsrat* o dever de estar informado sobre os trabalhos das suas comissões, incluindo a comissão de auditoria.

Quem propõe aos sócios a designação de determinado revisor de contas é o *Aufsichtsrat*, mas, nos termos do § 124(3)2 AktG, a proposta deve ser baseada

⁵⁹ HOFFMANN-BECKING, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, 4, 4.ª ed., 2015, § 32, n.º 1.

⁶⁰ Para uma análise destas distinções perante o nosso modelo germânico, cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., 568-574.

⁶¹ TOMASIC, in GRIGOLEIT, *Aktiengesetz*, 2013, § 107, n.º 47.

na recomendação da comissão de auditoria (quando exista). O poder de propor a designação do revisor de contas aos sócios não pode ser delegado pelo órgão de fiscalização à comissão de auditoria, sob pena de nulidade. A recomendação da comissão de auditoria ao *Aufsichtsrat* não é vinculativa⁶².

A fiscalização da preparação e divulgação de informação financeira pela comissão de auditoria [§ 107(3) do AktG] deve ser vista como um controlo contabilístico prévio e preparatório da intervenção do plenário do *Aufsichtsrat* que, no sistema alemão, tem competência exclusiva para aprovação das contas anuais⁶³ [§§ 171 e 107(3)4 AktG]. A atribuição de tarefas preparatórias à comissão de auditoria não exclui os deveres de cada membro do *Aufsichtsrat* de examinar as contas anuais e de participar no processo deliberativo sobre as mesmas⁶⁴.

Segundo o § 171(1) 2 e 3 AktG, o revisor deve participar nas reuniões do *Aufsichtsrat* ou da comissão de auditoria em que as mesmas sejam apreciadas e, nestas, informar sobre as principais conclusões da sua revisão. Em particular, deve prestar informações relativas a fragilidades significativas nos sistemas de controlo interno e de gestão de riscos relacionados com o processo contabilístico. Deve ainda prestar informações sobre circunstâncias suscetíveis de limitar a sua independência e sobre os serviços distintos de auditoria prestados. Cabe ao *Aufsichtsrat* decidir se o revisor de contas participa nas reuniões do mesmo ou da comissão de auditoria⁶⁵.

5. Delimitação do âmbito subjetivo de aplicação do artigo 3.º/2 e 3 da Lei 148/2015 nas SA de modelo germânico

I. Na ponderação do âmbito de aplicação subjetivo do artigo 3.º/2 e 3 da Lei n.º 148/2015 ao CGS, nas SA de modelo germânico, começamos por analisar os pontos de convergência e de divergência entre as opções dos legisladores alemão e português.

Tanto um como outro optaram, aquando da transposição da versão original da Diretriz de Revisão de Contas (de 2006), por fazer uso da opção então prevista no seu artigo 41.º/5 (atual artigo 39.º/4), segundo o qual:

⁶² Nos termos do artigo 16(2) do Regulamento de revisão de contas. Daqui não resulta qualquer obrigação de constituição de uma comissão de auditoria. KOCH, in HÜFFER e KOCH, *Aktiengesetz*¹², cit., § 124, n.º 22.

⁶³ Solução afastada em Portugal pela reforma de 2006, numa opção criticável.

⁶⁴ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., 796.

⁶⁵ KOCH, in HÜFFER e KOCH, *Aktiengesetz*¹², cit., § 171, n.º 14.

«Os Estados-Membros podem autorizar ou decidir que as disposições dos n.ºs 1 a 4 não são aplicáveis às entidades de interesse público dotadas de órgãos que desempenhem funções equivalentes aos comités de auditoria, estabelecidos e a funcionar de acordo com as disposições em vigor no Estado-Membro em que a entidade a examinar está registada. Neste caso, a entidade em questão deve divulgar qual o órgão que desempenha estas funções e a sua composição».

Vimos já a solução no sistema alemão. Em Portugal, o legislador antecipou a transposição do artigo 41.º da Diretriz através da reforma do CSC de 2006, em termos depois confirmados e desenvolvidos pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 225/2008, atribuindo as funções do “comité de auditoria” ao órgão de fiscalização em todos os modelos de governo das SA.

II. Até à reforma de 2006, a competência dos órgãos de fiscalização, nos dois modelos então existentes, era centrada na fiscalização da administração da sociedade [artigos 420.º/1 a) e 441.º, d) CSC, na redação então em vigor]. Desde sempre, esta competência compreende a fiscalização do processo contabilístico [artigos 420.º/1, c) a g) e 441.º, e) e f) CSC, na redação então em vigor].

A esta somava-se, já então, a competência para a fiscalização da legalidade das deliberações dos sócios (artigos 57.º e 59.º CSC).

III. Com a reforma de 2006, passou a estar igualmente positivada, de forma expressa, a competência do órgão de fiscalização, em cada um dos três modelos admitidos, para fiscalizar a revisão legal de contas [artigos 420.º/2, b) a d), 423.º-F/1, m) a o) e 441.º/1, m) a o) CSC]. Foi uma opção devidamente enquadrada no então artigo 41.º/5 (atual artigo 39.º/4) da Diretriz de Revisão de Contas, já transcrito.

A competência dos órgãos de fiscalização – incluindo o CGS – passou desta forma a assentar expressamente em três pilares: (i) a fiscalização da administração (o pilar central que inclui a fiscalização do processo contabilístico); (ii) a fiscalização da legalidade das deliberações dos sócios; e (iii) a fiscalização da revisão legal de contas.

Como já tivemos oportunidade de recordar, esta opção foi depois confirmada e desenvolvida pelo artigo 3.º do DL 225/2008 para as EIP, entretanto revogado e substituído pela Lei n.º 148/2015.

IV. Os legisladores alemão e português fizeram a mesma opção ao atribuir as funções do “comité de auditoria” ao órgão de fiscalização, nos termos do artigo 41.º/5 da versão original da Diretriz de Revisão de Contas, e ao manter essa atribuição perante o artigo 39.º/4 desta Diretriz, na sua versão de 2014.

Seguiram, porém, caminhos diferentes noutros pontos relevantes do sistema de fiscalização do processo contabilístico e da revisão legal de contas, com destaque para a fixação de requisitos de *independência* na composição do órgão de fiscalização⁶⁶ e para a imposição, no nosso modelo germânico, da constituição de uma CMF pelo CGS.

V. Começamos pelo primeiro ponto. O nosso legislador foi além da Diretriz e impôs, logo em 2006, que o órgão de fiscalização de todas as grandes SA – e não apenas das EIP – incluíse um membro independente com curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade, incluindo uma específica definição de independência para o efeito (artigos 414.º/4 e 5, 423.º-B/4, 434.º/4 CSC).

Para além disso, nas sociedades cotadas, não basta que um dos seus membros seja independente: essa exigência – que viria a ser incluída na Diretriz em 2014 – foi estendida logo em 2006 à maioria dos seus membros (artigos 414.º/6, 423.º-B/5, 434.º/4 CSC).

Os mesmos requisitos de composição foram estendidos à CMF, no modelo germânico (artigo 444.º/5 e 6 CSC), sem que daí resultasse uma exclusão da sua aplicação ao CGS.

VI. Novamente: o quadro assim estabelecido pelo CSC em 2006 foi confirmado pelo artigo 3.º/2 e 3 do DL 225/2008, entretanto revogado e substituído pela Lei n.º 148/2015.

Esta última, como vimos já, retomou o tema a propósito do órgão de fiscalização. As novidades do seu artigo 3.º/2 foram (i) a clarificação de que os membros deste órgão devem ter, no seu conjunto, formação e experiência prévias relativas ao sector em que opera a sociedade, e (ii) a imposição de que o presidente do órgão de fiscalização seja independente. Tudo o resto decorria já do regime pretérito.

Numa ponderação global, não nos parece que se possa afirmar uma qualquer quebra sistemática ou uma qualquer revolução. Trata-se de uma evolução na continuidade, enquadrada pela nova redação do artigo 39.º/1, 3.º e 4.º parágrafos da Diretriz de Revisão de Contas.

Independentemente das críticas que possam ser dirigidas à opção do legislador português por, no âmbito da sua política legislativa, não ter afastado os requisitos de independência (ao abrigo da opção conferida pelo artigo 39.º/5 da

⁶⁶ Como vimos antes, o legislador alemão, através do AReG, fez uso da opção do (novo) artigo 39.º/5 da Diretriz de Revisão de Contas para eliminar o requisito da independência.

Diretriz de Revisão de Contas) ou por os ter concretizado nos termos em que o fez, tecnicamente esta é uma opção perfeitamente válida⁶⁷.

VII. Nos termos gerais, para assegurar um desempenho eficaz e eficiente das suas funções, o órgão de fiscalização deve organizar-se internamente da forma mais adequada, se necessário distribuindo tarefas entre os seus membros e constituindo comissões auxiliares. Espelhando a evolução do sistema alemão, este dever de organização interna sempre foi expressamente previsto no nosso modelo germânico (artigo 444.º/1 CSC).

Tal como na Alemanha, também entre nós se admite a constituição (i) de *comissões preparatórias* (*vorbereitende Ausschüsse*) dos trabalhos a desenvolver pelo plenário, (ii) de *comissões de fiscalização* (*überwachende Ausschüsse*) da execução das deliberações do plenário, e (iii) de *comissões decisórias* (*beschließende Ausschüsse*), *i.e.*, com competências próprias para decidir sobre determinadas matérias, *maxime*, para fixação da remuneração dos administradores⁶⁸.

VIII. A divisão de tarefas através da constituição de comissões e da especialização dos seus membros está numa relação de tensão com o princípio jus-societário da colegialidade e da (assim garantida) igualdade dos membros do órgão coletivo⁶⁹.

Assim como a delegação de poderes pelo conselho de administração ou pelo conselho de administração executivo não o desresponsabiliza, continuando a ser coletivamente responsável pelos destinos da sociedade (*Prinzip der Gesamtverantwortung*), também o CGS não se pode desresponsabilizar pela delegação de poderes seus. Esta modela o conteúdo da sua obrigação de vigilância, de forma tanto mais intensa quanto mais ampla for a delegação em causa⁷⁰.

Assim, com a delegação, o CGS não deixa de participar no desempenho das funções delegadas. Simplesmente, essa participação é de natureza *subsidiária*: o CGS pode e deve intervir sempre que a atuação dos seus membros ou da comissão (nos quais delegou poderes) não seja adequada ou suficiente.

Esse dever de intervenção, modelado pelas circunstâncias do caso concreto, deve ser dogmaticamente reconduzido a uma obrigação de vigilância do CGS sobre as comissões constituídas no seu seio.

⁶⁷ Veremos adiante ponderações *de iure condendo*.

⁶⁸ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.º de margem 1480 ss.

⁶⁹ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.ºs de margem 839, ss., 1480 ss.

⁷⁰ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.º de margem 347 ss.

Nada disto é novidade; está testado e consolidado nos ordenamentos que habitualmente nos servem de referência (com destaque para o alemão), onde o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial é notoriamente superior ao verificado em Portugal, fruto da sua exiguidade. É também coerente com os princípios subjacentes à articulação entre o CA_{adm} e a CE_{exec}, nos modelos tradicional e anglo-saxónico (artigo 407.º CSC)⁷¹.

IX. Este quadro geral foi desenvolvido em 2006, com uma particularidade: a imposição normativa, ao CGS das grandes SA e das sociedades cotadas, de constituição de uma comissão auxiliar (a CMF) com poderes de fiscalização do processo contabilístico e da revisão legal de contas.

Entendeu então o nosso legislador *impor* aquilo que no sistema alemão era apenas *recomendado* pelo DCGK no ponto 5.3, dedicado à formação de comissões auxiliares pelo *Aufsichtsrat*⁷².

Foi uma opção legislativa que seguramente não é isenta de críticas. Foi provavelmente motivada pela preocupação do legislador de previsão de uma solução eficaz numa área de tão acentuada especialização técnica, partindo da ideia de que a existência de uma pequena comissão especializada aumenta o profissionalismo, a eficiência e a eficácia das atividades de fiscalização.

X. A constituição da comissão, a seleção dos seus membros, a delimitação das suas competências e das regras relativas ao seu funcionamento é da *competência exclusiva do CGS*. Tal como no sistema alemão, o exercício desta competência não está na disponibilidade dos sócios, que assim não a podem condicionar por disposição estatutária ou por deliberação⁷³. Estamos perante um espaço de autodeterminação do CGS, a quem cabe determinar a sua própria organização interna, sob responsabilidade própria. Só este tem a habilitação normativa para a produção dos efeitos jurídicos relevantes.

Este espaço é delimitado apenas e tão-só pelas normas legais que impõem ao CGS a aprovação de uma deliberação dirigida à constituição da CMF, ao

⁷¹ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., §§ 14 e 15.

⁷² Lia-se então na versão inglesa da recomendação 5.3.2.:

«The Supervisory Board shall set up an Audit Committee which, in particular, handles issues of accounting and risk management, the necessary independence required of the auditor, the issuing of the audit mandate to the auditor, the determination of auditing focal points and the fee agreement. The chairman of the Audit Committee shall have specialist knowledge and experience in the application of accounting principles and internal control processes. He should not be a former member of the Management Board of the company.»

⁷³ Neste sentido, parecem-nos ser nulas cláusulas estatutárias, como a do artigo 23.º/2 e 3 dos estatutos da EDP, por contrariedade à lei (artigo 280.º/1 CC).

cumprimento de determinados requisitos na sua composição e à delegação das referidas competências. Estas normas injuntivas decorrem do artigo 444.º/2, 3, 5 e 6 CSC desde 2006. Foram confirmadas pelo artigo 3.º/3 DL 225/2008 para as EIP, entretanto revogado e substituído pela Lei n.º 148/2015⁷⁴.

XI. Constituída a comissão nos termos legais e delegados (pelo menos) os poderes impostos por lei, vale o esquema geral de articulação interorgânica, entre o CGS e a CMF, já descrito⁷⁵. Não há aqui, portanto, nenhuma novidade imposta pela Lei n.º 148/2015, tal como não houve em 2008 ou em 2006. Trata-se de uma solução prevista no CSC desde 1986 e que, antes disso, fez o seu curso no sistema alemão que lhe serviu de fonte.

Não encontramos fundamento normativo para sustentar uma qualquer alteração do equilíbrio entre estes dois órgãos. O facto de a lei determinar que a CMF seja «*especificamente dedicada ao exercício das funções referidas nas alíneas f) a o) do artigo 441.º*» (artigo 444.º/2) não permite fundamentar um diferente equilíbrio: não afasta a competência concorrente do CGS para a fiscalização do processo contabilístico e da revisão legal de contas, nem a sua competência para a constituição da comissão, para a seleção dos seus membros, para a delimitação das suas competências e para a fixação das regras relativas ao seu funcionamento.

Com o devido respeito pela posição contrária, numa ponderação sistemática, a solução não pode ser outra.

XII. Concluindo: perante as competências do CGS para a fiscalização do processo contabilístico e da revisão legal de contas [artigos 441.º/1, f) a o) CSC

⁷⁴ Note-se que a lei impõe a conduta ao CGS; não determina por si a produção dos efeitos jurídicos. Só a conduta do CGS, nos termos legais, produz tais efeitos jurídicos.

⁷⁵ Em sentido divergente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado (CSC Clássica)*, 2.ª ed., 2011, artigo 444.º, n.º 8, sustenta que «*a CMF é autónoma e exerce poderes próprios, conferidos por lei. O próprio CGS não pode suprimi-la, nem avocar a matéria*». Cfr. tb. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, 6, 2011, artigo 444.º, 832, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2007, artigo 442.º, 490. Parece-nos não ser este o caminho. O facto de a lei impor as competências mínimas da CMF não significa que esta seja “autónoma”: não só não afasta a competência concorrente do CGS, como não preclude a necessária configuração da CMF como uma comissão auxiliar deste, impondo a cuidadosa articulação das respetivas atuações, nos termos sugeridos. A localização sistemática do preceito e a sua origem histórica na recomendação 5.3.2 do DCGK (versão de 2005) confirmam esta perspetiva. Portanto, *pode e deve* haver avocação de matérias sempre que a comissão não cumpra corretamente as suas funções.

O facto de o CGS não poder suprimir a CMF não parece ser decisivo: os seus membros podem ser destituídos com justa causa pelo próprio CGS, o que deverá suceder perante um incumprimento grave dos seus deveres.

e 3.º/3 da Lei n.º 148/2015], modeladas, mas não afastadas pela constituição de uma CMF (obrigatória nas grandes SA e nas sociedades cotadas, *ex vi* artigo 444.º/2 CSC), não encontramos fundamento para restringir ou afastar a aplicação do artigo 3.º/2 da Lei n.º 148/2015, de forma a isentar o CGS de qualquer dos requisitos nele previstos.

Sem prejuízo das ponderações que se possam fazer *de iure condendo* sobre a oportunidade desta solução, parece-nos que a solução não pode ser outra *de iure constituto*: tanto o CGS como a CMF desempenham as funções imputadas pela Diretriz de Revisão de Contas ao “comité de auditoria”, estando sujeitos aos requisitos de composição que tal Diretriz associou ao desempenho das mesmas⁷⁶.

6. Excurso *de iure condendo*: Comparação de modelos e a (in)conveniência da revisão do artigo 3.º/2 da Lei n.º 148/2015 para acautelar especificidades do modelo germânico

I. Vejamos agora alguns pontos de reflexão *de iure condendo*, no quadro de uma possível reforma do regime das EIP constante da Lei n.º 148/2015.

O primeiro ponto a ter presente é que – como tivemos já oportunidade de sublinhar – o quadro de *competências de base* dos órgãos de fiscalização global, nos diferentes modelos de governo, é o mesmo, assentando em três pilares: (i) o pilar central: a fiscalização da administração; (ii) a fiscalização da legalidade das deliberações dos sócios; e (iii) a fiscalização da revisão legal de contas.

No modelo germânico, porém, deve conjugar-se este quadro de competências com os poderes do CGS para designar, destituir e fixar a remuneração dos administradores, que podem ser afastados pelos estatutos.

Deve ainda atender-se à possibilidade – expressamente prevista no artigo 442.º/1 CSC e apontada frequentemente como característica única do modelo germânico – de os estatutos sujeitarem a prática de determinados tipos de atos pela administração a consentimento prévio do CGS.

II. Contudo, este último ponto deve ser analisado com especial cautela. Por um lado, como já tivemos oportunidade de explicar, o poder assim conferido ao CGS deve ser enquadrado como uma modalidade de fiscalização preventiva.

⁷⁶ A imposição simultânea dos requisitos de composição aos dois órgãos é clara perante o artigo 444.º/5 e 6 CSC. Apesar de o artigo 3.º/2 da Lei n.º 148/2015 não ser igualmente claro na imposição dos novos requisitos também a esta comissão, essa é a solução exigida pela correspondente ponderação sistemática e teleológica.

Por outro lado, existem bons argumentos para estender esta possibilidade aos modelos tradicional e anglo-saxónico, não obstante a ausência de uma previsão legal expressa como a que resulta do artigo 442.º/1 CSC para o modelo germânico.

Estamos no domínio do Direito privado, decisivamente marcado pela autonomia privada. A menos que se demonstre a existência de uma qualquer restrição *ex lege*, deve admitir-se a possibilidade de os estatutos sujeitarem a prática de determinados atos de administração ao consentimento prévio do conselho fiscal (no modelo tradicional) ou da comissão de auditoria (no modelo anglo-saxónico).

Poderia sustentar-se que a tanto se oporia o princípio do líder, mas não parece que assim seja. Esta é uma possibilidade que parece ser admitida pelo artigo 405.º/1 CSC, ao dispor que o conselho de administração se subordina às intervenções do conselho fiscal ou da comissão de auditoria também nos casos em que o contrato de sociedade o determine.

A ser assim, estaremos perante uma modelação contratual da obrigação de fiscalização da administração, na sua dimensão preventiva [artigos 420.º/1, a) e 423.º-F/1, a) CSC].

III. Desde o advento do conselho fiscal, com a Lei das Sociedades Anónimas de 1867 (LSA de 1867), houve vozes que sustaram a possibilidade de os estatutos ampliarem a sua esfera de ação, impondo a sua intervenção direta ou o seu acordo em determinados atos ou operações, numa solução que se aproxima daquela que está hoje prevista no artigo 442.º/1 CSC para o CGS no modelo germânico. Tratava-se já então – *i.e.*, na vigência da LSA de 1867 – de uma solução coerente com a perspectiva de que este órgão devia acompanhar a administração em permanência, «*com o seu voto consultivo e vigilância sobre todos os actos e operações*»⁷⁷.

Seguramente esta não é uma solução contrária a quaisquer princípios estruturantes. Se assim fosse, a lei não a preveria expressamente para determinados casos específicos, como sucede no artigo 397.º/2 CSC, que exige o consentimento prévio do conselho fiscal ou da comissão de auditoria (consoante o modelo em causa) para a celebração de contratos com administradores (artigo 397.º/2 CSC).

Neste sentido, também o Código de Governo das Sociedades da CMVM (2013) inclui uma recomendação (V.2.) segundo a qual «*o órgão de fiscalização –*

⁷⁷ JOÃO TAVARES DE MEDEIROS, *Direito Comercial: Commentário da Lei das Sociedades Anónimas de 22 de Junho de 1867*, 1886, 149, 143. Naturalmente, a referência a “*todos os actos e operações*” tem de ser lida *cum grano salis*.

incluindo-se nessa definição o conselho fiscal e a comissão de auditoria – *deve estabelecer os procedimentos e critérios necessários para a definição do nível relevante de significância dos negócios com acionistas titulares de participação qualificada (...), ficando a realização de negócios de relevância significativa dependente de parecer prévio daquele órgão*» (realce nosso).

Em suma: não nos parece que a norma habilitante do artigo 442.º/1 CSC seja decisiva para diferenciar o modelo germânico face aos demais.

IV. Da mesma forma, o facto de, em determinadas SA de modelo germânico, a lei impor a constituição de uma comissão auxiliar ao CGS – a CMF – não permite afirmar uma diversidade estrutural entre modelos, nem uma restrição das competências do CGS.

Com efeito, vimos já que em todos os modelos de governo previstos entre nós se admite a constituição de comissões auxiliares do órgão de fiscalização, às quais este pode delegar parte dos seus poderes. Vimos também que a delegação de poderes – voluntária ou imposta *ex lege* – não desresponsabiliza o órgão de fiscalização que continua obrigado a uma *participação subsidiária* no desempenho das funções delegadas: deve intervir sempre que a atuação da comissão (na qual delegou poderes) não seja adequada ou suficiente.

Assim, ao órgão de fiscalização cabe a competência exclusiva para a constituição de uma tal comissão, para a seleção dos seus membros, para a delimitação das suas competências e para a fixação das regras relativas ao seu funcionamento. Constituída uma tal comissão, vale o esquema geral de articulação interorgânica.

A imposição desta comissão não altera o quadro geral de competências do CGS que, em matéria de fiscalização do processo contabilístico e da revisão legal de contas, permanece idêntico ao do órgão de fiscalização dos demais modelos de governo.

V. Verdaderamente relevante na distinção entre modelos, para o que ora nos ocupa⁷⁸, parecem ser, portanto, os poderes do CGS para designar, destituir e fixar a remuneração dos administradores, quando tais poderes não sejam

⁷⁸ Sem prejuízo das diferenças no acesso à informação por parte dos membros do órgão de fiscalização global, nos termos detalhadamente desenvolvidos no nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, 281-314 (conselho fiscal), 545-555 (CGS), 673 (comissão de auditoria). Enquanto nos modelos tradicional e anglo-saxónico, os membros do órgão de fiscalização global (conselho fiscal e comissão de auditoria, consoante o caso) têm, a título individual, acesso direto a toda a informação, nos termos dos artigos 421.º e 422.º CSC. Diferentemente, no modelo germânico, os membros do CGS não têm um tal acesso direto. Vale o esquema mais formalista e complexo do artigo 432.º CSC.

imputados à assembleia geral. Só neste caso se podem afirmar diferenças nas funções desempenhadas pelos órgãos de fiscalização nos diferentes modelos de governo da SA.

Neste caso, poderiam eventualmente valer as preocupações suscitadas no sistema alemão que levaram o correspondente legislador a fazer uso da opção conferida pelo artigo 39.º/5 da Diretriz de Revisão de Contas. Ou seja, não incluir quaisquer requisitos adicionais de independência para os membros do *Aufsichtsrat*, órgão ao qual cabem as funções de fiscalização do processo contabilístico e da revisão legal de contas, previstas na Diretriz para o “comité de auditoria”.

Este preceito, como vimos, permite que os Estados-membros não apliquem os requisitos de independência previstos no n.º 1, 4.º parágrafo «[s]empre que todos os membros do comité de auditoria sejam membros do órgão de administração⁷⁹ ou de fiscalização da entidade auditada».

VI. Entendeu o legislador alemão que a imposição de requisitos adicionais de independência poderia não ser compatível com o sistema dualista, nem com o direito dos grupos tudesco.

No sistema alemão, contrariamente ao verificado no (nosso) modelo germânico após a reforma do CSC de 2006, os membros do *Vorstand* são necessariamente designados pelo *Aufsichtsrat*. Nessa medida, a imposição de requisitos adicionais de independência à maioria dos seus membros, incluindo o seu presidente, poderia significar que o acionista controlador perderia afinal o controlo, não podendo determinar a composição da equipa de gestão⁸⁰.

As preocupações sobem de tom perante o direito dos grupos, nos casos em que a sociedade-mãe é chamada a responder pelas perdas e pelas dívidas

⁷⁹ Esta referência a “órgão de administração” na versão portuguesa tem de ser tida em articulação com a versão alemã que se refere a “*Verwaltungsorgan*”: sobre este cfr. n. 38 *supra*.

⁸⁰ No sistema alemão, esta preocupação é reforçada por uma outra, sem paralelo entre nós: nas sociedades sujeitas ao sistema de codeterminação (*Mitbestimmungssystem*), tal perda de controlo poderia ser mais significativa. Nestas sociedades, metade dos membros do *Aufsichtsrat* é designada pelos acionistas, a outra metade pelos trabalhadores. O equilíbrio entre as posições de uns e outros é precário, sendo fundamental a figura do presidente do *Aufsichtsrat*, que é necessariamente designado pelos acionistas.

Tendo voto de qualidade, está em condições de desempatar, fazendo prevalecer a perspectiva dos acionistas. Porém, na medida em que se impusessem os requisitos de independência, a metade dos membros do *Aufsichtsrat*, incluindo ao seu presidente, cairia por terra o equilíbrio há muito consolidado entre representantes dos acionistas e dos trabalhadores.

das sociedades-filhas (§§ 302 e 303 AktG)⁸¹. Nestes casos, não se compreende que a sociedade-mãe não possa determinar a composição da equipa de gestão da sociedade-filha, quando é sabido que as consequências da atuação desta se refletirão no património daquela.

VII. Poderia dizer-se que o mesmo valeria entre nós, à luz dos artigos 501.º e 503.º CSC⁸². Porém, esta conclusão não é certa, porquanto no nosso sistema, contrariamente ao verificado no alemão, admite-se a opção dos acionistas por diferentes modelos de governo. Poderia portanto sustentar-se que, não querendo sujeitar-se aos inconvenientes referidos, bastaria aos acionistas escolher outro modelo.

VIII. Dito isto, a eventual reforma do regime das EIP resultante da Lei n.º 148/2015 exige uma prévia ponderação do quadro normativo aplicável aos órgãos de fiscalização das SA.

Poderá então o nosso legislador rever a imposição de critérios adicionais de independência aos membros do órgão de fiscalização global que atualmente resulta do artigo 414.º/5 CSC⁸³. Em todo o caso, estes critérios deverão ser idênticos para todos os modelos admitidos.

Menos clara parece ser a possibilidade de, a manter-se a opção *geral* de imposição e tais critérios adicionais, prever um regime diferenciado para o modelo alemão *nos casos em que os poderes para designar, destituir e fixar a remuneração dos administradores sejam imputados ao CGS*.

7. Outros pontos de reflexão: autonomia privada v. imposição de modelos e submodelos de governo das SA; inconveniência dos desvios face aos sistemas de origem; imposição de custos do contexto às sociedades portuguesas

I. Uma nota final para sublinhar que estamos perante um *case study* a ponderar pelo legislador nacional.

Em primeiro lugar, demonstra a necessidade de uma reflexão e de um debate aprofundados sobre *a tensão entre a autonomia privada e a imposição de*

⁸¹ Sobre estes, veja-se, entre nós, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade*, 2012, em especial, 598-599.

⁸² Sem prejuízo das diferenças entre o nosso sistema e o alemão no que respeita à responsabilidade por perdas e dívidas.

⁸³ Aplicável à comissão de auditoria, ex artigo 423.º-B/4 e 5, e ao conselho geral e de supervisão ex artigo 434.º/4 CSC.

modelos e submodelos de governo das SA. A opção de multiplicação de modelos pelo legislador de 1986 e, depois, pelo legislador de 2006, é passível de críticas que não foram devidamente ponderadas.

Pode até dizer-se que a multiplicação de modelos torna o nosso Direito das sociedades comerciais – já apelidado “o mais complexo da Europa”⁸⁴ –, ainda mais complexo⁸⁵. A dúvida mais óbvia é se não teria sido preferível manter um só modelo, com normas habilitantes de desvios, potenciadoras da autonomia privada.

II. Em segundo lugar, pode questionar-se a *introdução de desvios imponderados face aos sistemas de origem* – sistema alemão, no caso do modelo germânico; sistemas britânico e norte-americano, no caso do modelo anglo-saxónico – que ignora a necessidade de desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário do Direito e, em particular, do Direito das sociedades comerciais⁸⁶.

A nossa jurisprudência é parca sobre o nosso modelo tradicional, praticamente inexistente sobre o modelo germânico e mais ainda sobre o modelo anglo-saxónico. Perante as dúvidas interpretativas que surgem na prática, ao intérprete aplicador resta o recurso à jurisprudência e à doutrina dos sistemas de origem. Ora, quanto maiores forem as diferenças entre o nosso sistema e os sistemas de origem, mais se prejudica essa possibilidade, perdendo-se importantes elementos de apoio, não só na aplicação de soluções já consolidadas naqueles sistemas, como no contínuo desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário do Direito face aos novos desafios⁸⁷.

Atualmente, o nosso modelo anglo-saxónico pouco ou nada tem a ver com os sistemas britânico e norte-americano; o nosso modelo germânico afasta-se do sistema alemão em pontos decisivos, podendo ser totalmente descaracterizado por opção estatutária, colando-se ao modelo tradicional.

A manter-se a opção pela multiplicação de modelos de governo, deve equacionar-se a maior aproximação possível destes aos respetivos sistemas de origem.

⁸⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, 1, 3.ª ed., 2011, 160, 217-218.

⁸⁵ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.º 1342.

⁸⁶ Cfr., por todos, JOHN C. COFFEE, JR., “The mandatory/enabling balance in corporate law: An essay on judicial role”, *Columbia Law Review*, 89, 1989, 1618-1691 e, mais recentemente, KATHARINA PISTOR e CHENG-GANG XU, “Fiduciary duty in transitional civil law jurisdictions: Lessons from the incomplete law theory”, in CURTIS J. MILHAUPT (ed.), *Global Markets, Domestic Institutions: Corporate Law and Governance in a New Era of Cross Border Deals*, 2003, 77-106.

⁸⁷ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.º 1341.

III. Em terceiro lugar, deve sempre questionar-se a *imposição de custos desproporcionados às nossas sociedades, prejudicando a sua competitividade internacional*.

Um bom exemplo, é a imposição da constituição de uma CMF no seio do CGS. Trata-se de uma imposição que parece não ter sentido quando devidamente comparados os diferentes modelos de governo admitidos entre nós, cujos méritos parecem definitivamente afastados perante a discussão sobre o tema no espaço tudesco.

Ainda neste contexto, poderia fazer-se um balanço sobre a imposição de requisitos adicionais de independência aos membros dos órgãos de fiscalização⁸⁸. Em todo o caso, numa primeira aproximação, diríamos que tal se justifica no âmbito do esforço de credibilização dos órgãos de fiscalização, cuja efetiva operacionalidade é ainda hoje muito duvidosa, apesar de terem decorrido mais de dez anos sobre a reforma do CSC, a tanto dirigida.

⁸⁸ Recusada no sistema alemão, como vimos, ao abrigo da opção prevista no artigo 39.º/5 da Diretriz de Revisão de Contas.