

RESUMO: A criação de uma nova estrutura de organização da sociedade anónima em 2006, na qual o conselho de administração integra a comissão de auditoria como órgão de fiscalização, origina um estatuto peculiar para os membros dessa comissão de auditoria: por um lado, é fiscalizador; por outro lado, não deixa de ser administrador. Esse estatuto é feito de incompatibilidades, regras de composição, inibição para a «gestão corrente», poderes (assistidos necessariamente pela qualidade comum de membro do conselho de administração), deveres (que têm configuração especial quando se configura administração delegada) e responsabilidades, sempre norteado pela duplicidade funcional do «administrador-auditor».

Palavras-chave: sociedade anónima; comissão de auditoria; estatuto dos membros.

ABSTRACT: The creation of a new limited company by shares organization structure in 2006, in which the board is integrated by an audit committee, gives an unique status to the members of that audit committee: on one hand, he is supervisory; on the other hand, he remains manager. This status is made of incompatibilities, rules of composition, inhibition for the «current management», powers (necessarily assisted by the common quality of member of the management board), duties (which have special configuration when delegated management is set) and responsibilities, always guided by the functional duplicity of the «manager-auditor».

Keywords: limited company by shares; audit committee; status of members.

RICARDO COSTA *

Comissão de auditoria e «administrador-auditor»: um estatuto ambivalente**

1. A comissão de auditoria como órgão na estrutura *monística* da sociedade anónima

A importante reforma de 2006 do CSC (DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março) destacou-se pela introdução de uma terceira modalidade de estruturação organizatória da sociedade anónima: a estrutura *monística*,

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

** O texto é uma versão mais completa da conferência apresentada no Congresso. Corresponde, no essencial, ao exposto em RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimp.: 2016), págs. 527 e ss., ID., «Artigo 401.º», pp. 368 e ss., «Artigo 423.º-B», pp. 664 e ss., «Artigo 423.º-C», pp. 686 e ss., «Artigo 423.º-H», pp. 706-707, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Almedina, Coimbra, 2013, para onde

de inspiração anglo-saxónica (na figura do *audit committee*) e consolidada como instrumento de «governança» primordial das sociedades «cotadas», composta pelo conselho de administração, nele incluindo a comissão de auditoria como órgão de fiscalização, e pelo revisor oficial de contas (arts. 278.º, n.º 1, al. b), 423.º-B-423.º-H, 446.º; 272.º, al. g); CSC¹). Não obstante, este modelo pode ser adoptado por qualquer sociedade anónima, sem prejuízo de estar desenhado para facilitar a constituição e a actuação de sociedades de maior dimensão, nomeadamente com acções admitidas a negociação nos mercados de valores mobiliários.

Colocando o papel de fiscalizador atribuído à comissão de auditoria no seio do conselho de administração, o modelo visa permitir uma maior proximidade do exercício desse papel relativamente à gestão da sociedade, entendendo-se que se controla e vigia mais e melhor no decurso do processo de tomada de decisão (obstando aos inconvenientes de uma fiscalização apenas superveniente) e no acesso aos fluxos de informação disponível para os administradores «não fiscalizadores» (possibilitando uma verificação endógena dos circuitos de informação relevante). Assim, a comissão de auditoria não pretende ser um mero «substituto» em outro modelo do tradicional conselho fiscal, não se limitando à vigilância sobre as informações de natureza financeira-contabilística, mas espreado-se sobre toda a estrutura societária, assumindo uma posição de avaliação e contribuição para a prossecução dos objectivos estratégicos da sociedade e para a definição dos planos de longo prazo, numa posição adveniente de uma mescla entre funções de *controlo* e funções de *gestão*.

De acordo com o art. 423.º-C, n.º 1, no que respeita às formas *originárias* de designação dos membros da comissão de auditoria, aplica-se o regime de designação dos administradores comuns na estrutura clássica da anónima (remissão para o art. 391.º). Para a designação *superveniente* (substituição), o art. 423.º-H faz aplicar sem mais o art. 393.º. Ou seja, como membros *também* do conselho de administração, os «administradores-audidores» são nomeados ou eleitos de acordo com os mesmos instrumentos (estatutários, deliberativos, legais) disponíveis para os «administradores-não auditores».

se remete para consultar as referências bibliográficas de diálogo e desenvolvimentos. Em acrescento, v. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 423.º-F», pp. 696 e ss., «Artigo 423.º-G», pp. 701 e ss., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Almedina, Coimbra, 2013; PAULO DE TARSO DOMINGUES, «O exercício de funções de administração por parte dos órgãos fiscalizadores», *CDP* n.º 46, 2014, pp. 3 e ss., em esp. 8 e ss; JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades. A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 658 e ss.

¹ Pertencem ao CSC as normas sem menção da sua proveniência.

Faz-se, no entanto, a exigência de, uma vez que os «administradores-audidores» *fazem parte em conjunto do mesmo órgão* – a comissão de auditoria é composta «por uma parte dos membros do conselho de administração» (art. 423.º-B, n.º 1) – *e não se escolhem depois de designados os membros do conselho de administração*, haver uma *discriminação dos que integram a comissão de auditoria, sendo no mínimo três membros efectivos* (art. 423.º-B, n.º 2) – o que se compreende tendo em conta que a lei trata a comissão de auditoria como «órgão» da sociedade: (art. 423.º-B, n.º 1), com um bloco de titulares *previamente adstritos às respectivas funções*.

2. Natureza e composição da comissão de auditoria e estatuto ambivalente do «administrador-auditor» como fiscalizador e administrador

2.1. A comissão de auditoria *é, em primeira linha, a responsável pela fiscalização* da actividade do conselho de administração e da actividade do ROC, pela verificação da regularidade das políticas e documentos contabilísticos, pela «monitorização cuidadosa do processo de *reporting* financeiro, dos controlos internos e da gestão dos riscos» (Calvão da Silva) e, em geral, pela vigilância e supervisão do cumprimento da lei e dos estatutos no que tange ao funcionamento das sociedades anónimas com estrutura organizatória monística – cfr., em esp., os arts. 423.º-F e 423.º-G (com remissão para o art. 420.º-A).

Porém, o membro da comissão de auditoria *é também administrador*, ainda que esta sua função esteja compartimentada por força da lei ao quinhão da administração «não executiva» (n.º 3 do art. 423.º-B); a sua selecção é geneticamente feita de *entre os membros do conselho de administração*; os poderes dos «administradores-audidores» derivam interorganicamente do conselho de administração (como fonte originária dos poderes) e são funcionalmente *exercidos*, individualmente ou colegialmente, no âmbito do conselho de administração.

Assim, o membro da comissão de auditoria é um fiscalizador e também um *administrador de pleno direito*: participa na administração, ainda que restritamente, mas também (ou fundamentalmente) a controla (num «modelo de *auto-controlo societário*» (Gabriela Figueiredo Dias), confiado aos *interna corporis* do mesmo conselho de administração), incluindo a actividade em que foram administradores activos no processo de decisão. Este modelo recente da anónima não é, pois, configurável através de outros esquemas normativos já existentes: «a comissão de auditoria não surge através de uma mera repartição interna de funções no seio do con-

selho de administração»; «a comissão de auditoria não surge por meio de uma delegação de funções»; «os membros da comissão não são meros mandatários ou representantes da sociedade ou do conselho de administração» (Alexandre de Soveral Martins). Ademais, o art. 423.º-C confirma que os «administradores-audidores» são designados (nominalmente) *em conjunto com os demais administradores (maxime, na mesma lista de nomes proposta à eleição)* mas com a *discriminação dos membros que são titulares da comissão de auditoria*.

2.2. O n.º 1 do art. 423.º-B diz-nos – como já vimos – que a comissão de auditoria é «um órgão da sociedade composto por uma parte dos membros do conselho de administração». Em rigor, estamos perante um *subórgão* do conselho de administração², cujos membros fazem parte desse mesmo conselho mas com *autonomia* sob o ponto de vista *funcional* em relação a esse conselho de administração, ainda que nele *integrado para efeitos de actuação administrativa* – há, neste hemisfério, paralelamente, uma relação *interorgânica* e de *dependência estrutural* com o conselho de administração³. A sua competência é, enquanto administrador, absorvida pela do conselho, com as limitações referidas para fora do âmbito da administração «não executiva» (e, portanto, não delegável). Porém, é naturalmente influenciada ou condicionada pelos deveres *acrescidos* de controlo e verificação *endógenas* da gestão, que se cruzam entre *as qualidades de administrador e fiscalizador*, na sua actuação colegial e representativa – podendo e devendo conduzir a uma acção *individual como administrador* diferenciada do *administrador-não auditor*, mais exigente e cautelosa e potencialmente menos adepta do risco empresarial.

De todo o modo, é na *faceta fiscalizadora* que a comissão de auditoria revela claramente a sua *autonomia orgânico-funcional* (ou *de competência*: com estatuto típico do conselho fiscal), pois aqui os poderes são *originários* da comissão de auditoria, são exercidos a título próprio, individual ou colegialmente, e são *externos* (*no sentido de que não são absorvíveis*) em relação ao conselho de administração em que se estrutura.⁴ Isto é, a indi-

² Se quisermos, um *grupo organizado de administradores* em articulação com a gestão executiva ou com a gestão delegada e delegante (ou «primária») do conselho de administração, *que terá um outro subórgão no grupo de administradores-não auditores*, a quem compete funções exclusivamente administrativas (executivas ou delegadas e delegantes).

³ O que permite compreender as remissões do art. 423.º-G para certas previsões normativas ditadas para o conselho de administração e, nos casos omissos do estatuto do «administrador-auditor», ainda convocar essas outras previsões do *status* de administrador.

⁴ Ilustremos com a elaboração pelo conselho de administração do relatório de gestão, contas do exercício e demais documentos de prestação de contas, a aprovar pelos sócios

vidualidade orgânica da comissão de auditora é desenhada em nome do exercício do seu poder essencial na veste de *não administradores*: o de «fiscalizar a administração da sociedade», nos termos do art. 423.º-F, n.º 1, al. a)⁵. As restantes competências são, aliás, próprias de um catálogo de direitos e deveres pertencente a um órgão de fiscalização⁶.

Tudo somado, ainda avulta a *unidade do órgão conselho de administração como um todo* – quando os «auditores» actuam como administradores, a actuação é sempre do conselho de administração –, sem que se olvide a separação clara de funções entre controlados, controladores e auto-controlados, em vista da postergação do interesse pessoal em face do interesse social. Um órgão, porém, que é *externo* à comissão de auditoria quando esta o vigia. Tudo somado, ainda que sendo *órgão* funcionalmente *independente* na sua vertente fiscalizadora (ademais, com poderes para se relacionar com entidades externas ao conselho de administração – por ex., art. 423.º-F, n.º 1, als. g), 1.ª parte, j) e m) – e à própria sociedade – ainda como exemplo, a al. p) do mesmo artigo) –, é precípua recorrer à compreensão de um *subórgão* do conselho de administração, que é, ade-

(arts. 65.º, 376.º, n.º 1, al. b)). A comissão de auditoria tem o poder-dever de elaborar parecer sobre tais documentos, depois de enviados pelo conselho de administração, num juízo *colegial* e *autónomo* do órgão sujeito a controlo (art. 423.º-F, n.º 1, al. g), 2.ª parte). A esse junta-se o anterior juízo *individual* (*ainda que integrado na composição plenária do órgão e, no caso de administração delegada em comissão executiva, já ter inclusivamente participado nas reuniões desta comissão* [art. 423.º-G, n.º 1, al. c)]) que cada um dos membros da comissão de auditoria, na sua veste de conselheiro, faz aquando da sua discussão e aprovação deliberativa no seio do conselho de administração (arts. 406.º, al. d), 407.º, n.º 4), registando-o na própria acta da reunião do conselho e/ou conduzindo-o à própria recusa da assinatura desses documentos e posterior explicação na assembleia de accionistas (art. 65.º, n.º 3, 2ª parte) – juízos distintos que, substancialmente, espelham uma diferenciada imputação *subjectiva* das avaliações feitas sobre tais documentos; e, afora isso, acabam por ter um impacto também ele diverso na relação com os accionistas(-assembleia): o parecer da comissão vai instruir o relatório de gestão e os documentos contabilísticos elaborados pelo conselho de administração e dele será dado conta à assembleia pelo conselho (diferente do «relatório anual sobre a sua ação fiscalizadora», previsto pela 1.ª parte dessa al. g) do art. 423.º-F, n.º 1, endereçado directamente à assembleia anual), enquanto que o relatório e os documentos contabilísticos se destinam a título próprio, como proposta, à assembleia (*ex* arts. 65.º, n.º 5, 68.º, n.º 1).

⁵ Daí as exigências de *competência* adequada ao controlo substancial (legalidade e correcção) da ação e procedimentos da administração (nomeadamente no que toca à documentação e informação financeira-contabilística) e de *independência* (reforçada nas sociedades com «ações»/«valores mobiliários» cotados): v. arts. 414.º-A (por envio do art. 423.º-B, n.º 3), 414.º, n.º 3 (por envio do art. 423.º-B, n.º 6), 423.º-B, n.ºs 4 e 5, e, por força deste último n.º, 414.º, n.º 5.

⁶ Coteje-se o art. 423.º-F, n.º 1, com o art. 420.º («Competências do fiscal único e do conselho fiscal»).

mais, apropriada a descodificar a fórmula da lei – «um órgão da sociedade composto por *uma parte dos membros* do conselho de administração» (art. 423.º-B, n.º 1) – e a enquadrar a *ambivalência* da comissão de auditoria – um órgão com *dois segmentos de funções* (*duplicidade funcional*).⁷

2.3. Devem valer para a comissão de auditoria as mesmas considerações e limites que valem para a determinação numérica do conselho de administração: pode ser de composição par ou ímpar, desde que igual ou superior a três membros; não se impõe número máximo de conselheiros; não se exige uma exacta indicação do número de conselheiros, desde que a cláusula que fixa o número de membros não seja indeterminada; etc. E, fazendo os «administradores-audidores» parte do conselho de administração, valem as estatuições decorrentes do art. 390.º, n.ºs 3, 2.ª parte, 4 e 5. Isto é: exige-se capacidade jurídica de exercício ou agir às pessoas nomeadas; pode ser designada uma pessoa colectiva, com a indicação subsequente de pessoa singular para o exercício das funções e responsabilidade solidária pelos prejuízos causados pelos actos de administração; pode ser autorizada a designação de «administradores-audidores» suplentes, «até número igual a um terço do número» de membros efectivamente designados; a qualidade de accionista não é condição de elegibilidade para se ser membro.

O único requisito especial que o CSC impõe no n.º 2 do art. 423.º-B é a composição da comissão de auditoria ser igual ou superior a três «membros efetivos». O que tem, desde logo, um reflexo: a comissão de auditoria é sempre subórgão *plural*. Julga-se admissível – tal como para o órgão de administração *tout court* – que o número de titulares do *grupo* de administradores afecto à comissão de auditoria seja indicado estatutariamente *em alternativa* e/ou numa «*moldura*» dentro da qual se delimita a opção a tomar; para esses casos, tem que resultar sempre *garantido* o limite mínimo de três membros de «administradores-audidores».

Com o limite dos três membros da comissão de auditoria colocado pelo art. 423.º-B, 2, não pode o conselho de administração plural ser ocupado, enquanto órgão, por um administrador único, nos termos do art. 390.º, 2: assim o impede *expressis verbis* o art. 278.º, 5.

⁷ A esta compreensão ajudam outros dados normativos: a comissão de auditoria tem necessariamente presidente (art. 423.º-C, n.º 3); a comissão de auditoria tem que reunir no mínimo seis vezes ao ano (art. 423.º-G, n.º 1, al. a)); os membros da comissão de auditoria têm o dever de participar nas reuniões da assembleia geral e da comissão executiva, se existir, quando aprecie «as contas do exercício» (art. 423.º-G, 1, als. b) e c)); a elaboração do relatório sobre a sua acção fiscalizadora e do parecer sobre o «relatório, contas e propostas apresentados pela administração» (art. 423.º-F, n.º 1, al. g)); etc.

A questão que sobra é a do número mínimo dessa pluralidade do conselho de administração *como um todo*, uma vez que não se estabelece um número mínimo para o subórgão de administração não auditora. Ou seja, se o número mínimo de «administradores-audidores» é de três, poderá o conselho de administração ter apenas a coexistir mais um membro no *outro grupo de «administradores-não auditores»*, com «funções executivas» exclusivas por força (*a contrario*) do art. 423.º-B, n.º 3, 1.ª parte?

Não há consenso.

Há doutrina que entende que a constituição unipessoal desse subórgão é possível, desde que estejamos perante uma SA com capital social igual ou inferior a € 200.000 e (claro está) seja estipulada essa previsão estatutária de acordo com o art. 390.º, n.º 2; caso contrário, o número mínimo de «administradores-não auditores» é de dois, contribuindo para um número mínimo total de cinco. Outra considera que o número mínimo de titulares do órgão é sempre de quatro membros, independentemente da cifra do capital social da SA. Uma terceira via é exigir sempre pluralidade no subórgão apenas administrativo (número mínimo total de cinco, independentemente do capital social), em esp. tendo em conta que o n.º 5 do art. 278.º só se justifica pela indicação de as sociedades terem necessariamente pelo menos dois membros no conselho de administração para além dos membros da comissão de auditoria. Tal dúvida, num ponto que deveria ser inequívoco, obriga a uma intervenção normativa urgente – no que toca à redacção do art. 423.º-B e/ou no que tange à formulação escolhida para dar corpo ao art. 278.º, n.º 5.

3. Incompatibilidades e regras especiais de composição na comissão de auditoria

3.1. A 2ª parte do n.º 3 do art. 423.º-B, ao remeter para a aplicação do art. 414.º-A, exige um lote de *incompatibilidades* que envolvem a designação individual (e a manutenção de funções) como membro da comissão de auditoria: as previstas nas als. do n.º 1 do art. 414.º-A (entre elas, destaque-se a inibição para «os que, de modo direto ou indireto, prestem serviços ou estabeleçam relação comercial significativa com a sociedade» ou «sociedade que com esta se encontre em relação de domínio ou de grupo»). Porém, a incompatibilidade da al. b) – exercício simultâneo de funções como administrador da sociedade – é excepcionada; tal só se compreende pelo facto de o auditor ser também administrador. Todavia, a excepção deve ser vista *cum grano salis*: o membro da comissão de auditoria não pode ser designado (originária ou supervenientemente) na lista

da comissão de auditoria e fazer parte do restante *subórgão* de «administradores-não auditores», caso em que, restringindo-se a não aplicação do art. 414.º-A, n.º 1, al. b), surge incompatibilidade (cfr. art. 423.º-C, n.º 2).

A designação originária violadora destas incompatibilidades é nula; a superveniência de incompatibilidade gera a caducidade do título como membro da comissão de auditoria (arts. 414.º-A, n.ºs 2 e 3, *ex vi* art. 423.º-B, n.º 3).

Por fim, note-se que o preceituado no art. 423.º-B, 3, não deixa de remeter para os n.ºs 4 a 6 do art. 414.º-A (integração de sociedades de revisores oficiais de contas e de sociedades de advogados na comissão de auditoria), ao contrário da solução que deve resultar de uma interpretação restritiva (pelo menos parcial) do art. 434.º, n.º 4, no regime do conselho geral e de supervisão (estrutura germânica da anónima)⁸. E o n.º 6 do art. 423.º-B implica a aplicação do n.º 3 do art. 414.º (designação de sociedades de revisores oficiais de contas, de sociedades de advogados e de acionistas). Essa remissão deverá ser restringida quanto à designação de SROC como membro da comissão de auditoria, tendo em conta que, à imagem do que acontece na estrutura dualista ou germânica, o ROC (pessoa singular ou sociedade: art. 446.º, n.º 1) é órgão social (separado) e, portanto, não pertence cogentemente à comissão de auditoria⁹.

Por fim, o n.º 6 do art. 423.º-B implica a aplicação do art. 414.º, n.º 3, *in fine*: os membros da comissão de auditoria devem ter, se accionistas, «as qualificações e a experiência profissional adequadas ao exercício de funções». Estas qualidades não são, porém, requisitos de elegibilidade; antes revelam – como na situação dos administradores – para aferir a existência de responsabilidade civil dos membros da comissão de auditoria, *enquanto e na posição de fiscalizadores*, nos termos do art. 81.º.

⁸ O preceituado no art. 434.º, n.º 3, não deve legitimar a remissão para os n.ºs 4 a 6 do art. 414.º-A, por tal resultar, *a contrario sensu*, da falta de remissão do mesmo art. 434.º, n.º 3, para os n.ºs 1 a 3 do art. 414.º e, ademais, do facto de o ROC ser órgão social (separado) e, portanto, não ser membro obrigatório do conselho geral e de supervisão (ao invés do que pode acontecer no conselho fiscal/fiscal único da estrutura clássica). Mas fica de pé a possibilidade de o membro do conselho geral e de supervisão poder ser sociedade de advogados: aplica-se o art. 414.º-A, n.ºs 5 e 6, 2ª parte (remissão do art. 434.º, n.º 4), ou o art. 390.º, n.º 4 (remissão do art. 434.º, n.º 3)?

⁹ Cfr. art. 414.º, n.ºs 1 e 2, com a excepção da circunstância prevista no art. 413.º, n.ºs 1, al. b), 2, al. a) – é justamente neste caso de fiscalização, na estrutura clássica, de conselho fiscal e ROC ou SROC que a lei determina que estes não podem ser membros do conselho fiscal.

3.2. O n.º 4 do art. 423.º-B estabelece critérios de composição para a comissão de auditoria das sociedades «emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado»¹⁰ e para as comumente apeladas na nossa doutrina de «grandes anónimas» (que atinjam maior dimensão económico-laboral, de acordo com os critérios previstos na 2.ª parte da al. a) do art. 413.º¹¹). Assim: a) se a sociedade tiver *ações* cotadas («sociedades emitentes de *ações* admitidas à negociação em mercado regulamentado»), a maioria dos membros da comissão de auditoria tem que ser *independente*, de acordo com os critérios do n.º 5 do art. 414.º («pessoa que não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade nem se encontre em alguma circunstância suscetível de a sua isenção de análise ou decisão, nomeadamente em virtude de: [a]) ser titular ou atuar em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 2% do capital social da sociedade; [b]) ter sido reeleita por mais de dois mandatos, de forma contínua ou intercalada» – perde independência quem exerce funções, sucessiva ou interpoladamente, em mais de três «mandatos» de quatro anos (eleição e duas reeleições)¹², e um deles (ou outro, considerado *não independente*) tem que ser um conselheiro *qualificado*, isto é, «tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade»¹³; se a sociedade for emitente de (outros) «valores mobiliários» ou tiver grande dimensão, apenas tem que ter, no mínimo, um conselheiro independente e um (o mesmo ou outro) que seja qualificado nos seus conhecimentos.

¹⁰ V. art. 1.º do CVM (para o seu regime, cfr. arts. 39.º e ss., CVM).

¹¹ A saber: «sociedades que, não sendo totalmente dominadas por outra sociedade, que adote este modelo, durante dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos seguintes limites: i) Total do balanço – € 100 000 000; ii) Total das vendas líquidas e outros proveitos – € 150 000 000; iii) Número de trabalhadores empregados em média durante o exercício – € 150».

¹² V. o Anexo do Regulamento da CMVM n.º 1/2007, de 21 de Setembro, Cap. II, ponto 9..

¹³ Mesmo que seja essa a leitura que decorre da letra (*copulativa*) da lei e a solução mais óbvia (v. CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais*, Processo de Consulta Pública n.º 1/2006, Janeiro de 2006, consultado em www.cmvm.pt, p. 46: «exigência de um *independente especialista* em contabilidade ou auditoria»: sublinhei), não parece que seja estritamente exigível que a qualificação e a independência tenham que ser acumuladas na mesma pessoa designada para a comissão de auditoria (e, na origem do tratamento normativo, para o conselho fiscal). Pode ser ou não, desde que o n.º 4 do art. 423.º-B seja cumprido: um qualificado e um independente; a mesma pessoa ou não. O n.º 5 do art. 423.º-B abona a essa interpretação: exige a maioria de independentes e não diz que o conselheiro «qualificado» demandado (também para as sociedades «cotadas») tem que ser um deles. O mesmo se diga utilizando os n.ºs 4 e 6 do art. 414.º.

O desrespeito destes critérios quantitativos não afeta a designação *originária* dos titulares da comissão de auditoria (não estamos perante requisitos de elegibilidade individual) mas *de todos os membros do conselho de administração* – neste sentido, estamos perante condições de *validade de composição do órgão como um todo*, sob pena de nulidade da designação de todos os membros por ofensa a normas imperativas sobre essa mesma composição. Se tais condições vierem a falecer *supervenientemente* (por ex., perde-se a maioria dos independentes; o ou os «independentes» perdem o critério de independência anteriormente verificado; renuncia ou é desstituído o «qualificado» sem ser substituído por outro igualmente «qualificado»), a mesma lógica parece conduzir-nos – caso não haja uma designação adicional ou uma substituição que respeite as exigências legais – a uma hipótese de causa para *destituição* ou (solução ainda mais gravosa) *caducidade colectiva* de todos os membros (a doutrina está naturalmente dividida).¹⁴

4. O membro da comissão de auditoria como *administrador*

4.1. O afastamento das «funções executivas»

Por força do art. 423.º-B, n.º 3, os membros da comissão de auditoria (subórgão) e do conselho de administração (subórgão) distinguem-se pelo facto de os primeiros serem titulares de funções administrativas *não executivas*.

Quando a lei veda «o exercício de funções executivas» referimo-nos tão-só à administração *gestionária* (gestão estrita e representação na realização da actividade económico-mercantil que é prevista no objecto social) e não se inclui a administração *técnica e organizatória* (organização e fun-

¹⁴ Não é obrigatório que a lista de suplentes da comissão de auditoria respeite estas exigências: um conselheiro independente e qualificado; maioria de independentes e um qualificado. A sua inserção não é necessária para concretizar a «chamada» de suplentes para substituir administradores com tais características, uma vez que esses requisitos adicionais podem estar garantidos através dos restantes membros da comissão de auditoria. Mas não deixa de ser aconselhável que assim se faça (pelo menos em parte), tendo em conta que, na hipótese de os requisitos do art. 423.º-B, n.ºs 4 e 5, ficarem desrespeitados com a «vaga» criada e o(s) suplente(s) não reunirem (ou contribuírem) para esses requisitos, a «chamada» dos suplentes não tem validade e, em consequência, restam as restantes formas de designação substitutiva (cooptação pela comissão de auditoria e eleição pelos accionistas; a remissão do art. 423.º-H para o art. 393.º não implica a aplicação do art. 393.º, n.º 3, al. c)).

cionamento da própria sociedade e seus órgãos). Portanto, estamos no âmbito de aplicação do poder-dever de «gerir as atividades da sociedade» a que alude o art. 405.º, n.º 1.

Depois, para delimitar o que é e o que não é *executivo*, acompanho aqueles que julgam que o critério mais seguro será aplicar, para esse efeito, *a contrario*, o disposto pelo art. 407.º, n.º 3, para os administradores delegados e para a comissão executiva: os «administradores-audidores» estão inibidos da «gestão corrente» da sociedade, que executa ou desenvolve através de actos «técnico-operativos quotidianos» as opções de «alta direcção»/gestão estratégica (Coutinho de Abreu).

A «gestão corrente» não abrange, pelo menos, as *matérias insusceptíveis de delegação*, tal como referidas no n.º 4 do art. 407.º (als. *a* a *d*), *f*), *l*) e *m*) do art. 406.º). Pelo sobredito, os membros da comissão de auditoria não podem ser administradores delegados nem membros de comissão executiva. Fora de tais competências «executivas» e desde que o contrato de sociedade o não proíba, não encontro obstáculo para que o membro da comissão de auditoria possa ser administrador *encarregado* de «certas matérias de administração» (a delegação *imprópria ou restrita* prevista nos n.ºs 1 e 2 do art. 407.º, que não abrange *de iure* as matérias das als. *a*) a *m*) do art. 406.º), nomeadamente em contexto de repartição de tarefas para efeitos de fiscalização societária endógena.

Não obstante, os membros da comissão de auditoria não deixam de concorrer com os membros «executivos» na respetiva *actividade ou fase deliberativa e colegial* do conselho de administração: os membros da comissão de auditoria são administradores e a estes devem ser equiparados também no que respeita ao direito *administrativo* de participação e voto nas deliberações do órgão. A esta conclusão poderia obstar a proibição legal do «exercício de funções executivas na sociedade» se entendêssemos que a *não executividade funcional* impõe a exclusão de tal direito. De facto, a letra do art. 423.º-G, n.º 1, al. *b*), 1.ª parte – [dever de] «Participar nas reuniões do conselho de administração...» – refere somente a *assistência qualificada* na *operatividade colegial* do órgão, sem aludir *ex professo* ao direito de voto. Contudo, a *não executividade* não contenderá com o momento da escolha e da decisão *políticas*, antes com o momento da acção e/ou da escolha *técnicas* – é aqui que, como vimos na correspondência à «gestão corrente», se deverão ver as «funções executivas» para a gestão interna e para a representação (externa) *com essa natureza*. Por outras palavras, a lei restringe as funções atinentes à gestão social (incluindo a representação) – execução (ou não) das deliberações do conselho de administração –, mas sem que essa restrição possa ser lida de forma tão extensiva que quase esvazie de conteúdo a posição dos membros da comissão de auditoria

como administradores: a consequência essencial é os auditores contribuírem para os quóruns constitutivo e deliberativo nas reuniões do conselho de administração (nos termos do art. 410.º, 4 e 7). E, parece, sem que essa restrição vede, quanto à sua capacidade de voto, que possam votar nas matérias correspondentes à «gestão executiva» (tanto mais que a participação e a discussão sempre estaria prevista-imposta por lei para toda e qualquer matéria), *mesmo quando há delegação* (nos termos do art. 407.º, n.º 8, 1.ª parte). O limite lógico ao voto deveria ser o *conflito de interesses com as funções de controlo exercidas pela comissão de auditoria* – portanto, o conflito trazido pelo seu *duplo papel* – e esse nem sequer é previsto como *causa de impedimento*. Por fim, uma outra solução tornaria inverosímil o funcionamento do conselho de administração no caso *supletivo* de não haver delegação de poderes pelo conselho de administração – que necessita de autorização estatutária e deliberação do conselho que a concretize e delimite: art. 407.º, n.ºs 3 e 4 –, uma vez que aí a gestão, toda ela (executiva e não executiva, corrente e não corrente), compete ao conselho de administração: fará sentido desmembrar poderes em função de estarmos perante «administradores-auditores» e «administradores-não auditores» e, até, tornar impraticável a administração por falta de maioria necessária para o funcionamento colegial do órgão? Consequentemente, sendo administradores, os membros da comissão de auditoria dispõem do poder de pedir a declaração de nulidade ou a anulação de deliberações do conselho de administração junto do conselho e/ou da assembleia geral e/ou directamente ao tribunal, de acordo com o regime do art. 412.º – independentemente, parece, da *natureza* da matéria submetida a deliberação: o art. 412.º, n.º 1, alude a «qualquer administrador».

E se os «administradores-auditores», em violação do art. 423.º-B, n.º 3, 1.ª parte, realizarem/exercerem «funções executivas», pelo menos *de forma reiterada e sistemática: quid juris?* Não estamos perante uma condição de elegibilidade originária, uma vez que, antes de tudo o mais, a vicissitude regista-se durante a execução do cargo. Mas constitui *requisito material negativo* da *possibilidade de exercício da função* assimilável a qualquer outra causa de *incompatibilidade, neste caso ocorrida a título superveniente* (ou seja, assimilável à lista de incompatibilidades do art. 414.º-A, n.º 1, aplicáveis por força da remissão do art. 423.º-B, n.º 3: José Ferreira Gomes). Logo, parecem estar reunidas as condições para convocar *analogicamente* o art. 414.º-A, n.º 2, o que implica a *caducidade extintiva* da designação do «administrador-auditor» faltoso. Por seu turno, também será de aplicar o art. 401.º (é administrador o «auditor») e atribuir à própria comissão de auditoria (exclusivamente ou cumulativamente com o conselho de administração) o poder-dever de ajuizar do incumprimento (nomeadamente

na dicotomia ocasional/espórádico *vs* reiterado/sistemático) e declarar o termo das funções e a correspondente «falta definitiva» para o fim da sua substituição (art. 393.º, n.º 2, adaptado, aplicável por força do art. 423.º-H). Por fim, esta falta constitui incumprimento de dever legal *específico*, com a aplicação consequente do regime do art. 81.º.

4.2. A existência de administração delegada e o papel de fiscalizador do membro da comissão de auditoria

Se o estatuto social autorizar o conselho de administração a delegar em um ou mais administradores ou numa comissão executiva a «gestão corrente» e o conselho aproveite tal autorização para o deliberar (art. 407.º, n.º 3) – *deliberação onde participarão os membros da comissão de auditoria* –, os «administradores-audidores» ficam no mesmo plano dos administradores «não executivos» (*rectius*, não delegados) enquanto titulares de funções de administração «não executiva» (não delegada, portanto).

Assim sendo.

Por um lado, creio que se lhes deve aplicar a 1.ª parte do n.º 8 do art. 407.º¹⁵, pois dispõem de poder concorrente na «resolução»(-deliberação) dos assuntos executivos da gestão corrente e poder avocatório/substitutivo/revogatório das operações integradas na delegação – que os *não auditores-não executivos* mantêm (e sem avançar, naturalmente, para a participação activa, em geral, na gestão corrente).

Por outro lado, aplica-se-lhes a 2.ª parte do mesmo n.º 8, que os tornará responsáveis, «nos termos da lei» (arts. 72.º e ss.), pelo incumprimento do dever de *vigilância geral* (manifestação do dever geral de cuidado previsto no art. 64.º, n.º 1, al. a): também «nos termos da lei» referida no art. 407.º, n.º 8) no que respeita à actuação, em especial, dos administradores delegados ou da comissão executiva no âmbito das matérias delegadas¹⁶, e do dever de *provocar a intervenção do conselho de administração* para tomar

¹⁵ Dou conta de todo o preceito: «A delegação prevista nos n.os 3 e 4 não exclui a competência do conselho para tomar resoluções sobre os mesmos assuntos; os outros administradores são responsáveis, nos termos da lei, pela vigilância geral da atuação do administrador ou administradores delegados ou da comissão executiva e, bem assim, pelos prejuízos causados por atos ou omissões destes, quando, tendo conhecimento de tais atos ou omissões ou do propósito de os praticar, não provoquem a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas».

¹⁶ Diferente, porque especial e individualizado, é o dever de vigilância *específico* que compete ao presidente da comissão de auditoria, nos termos do art. 420.º-A, *ex vi* art. 423.º-G, n.º 2.

medidas (nos termos do poder concorrente que lhe assiste nos termos da 1.ª parte do art. 407.º, n.º 8) respeitantes a actos ou omissões (agora concretos) causadores de prejuízos (medidas impeditivas da sua concretização ou reparadoras das suas consequências).

Neste contexto, surge um problema de individualização de *áreas de competência* e de *áreas de responsabilidade* dos administradores delegantes («não executivos»), de um lado, e dos «administradores-audidores» (igualmente «não executivos») que constituem a comissão de auditoria, do outro. A *dúplice esfera de funções* a que se submetem os membros da comissão de auditoria e os parâmetros de conduta correspondentes implicam que o regime de responsabilidade – e a acção de responsabilidade respectiva – seja modulado em razão dos incumprimentos que venham a ser alegados: ou na veste de administradores ou no papel de membros do (sub)órgão de fiscalização ou em ambos (arts. 64.º, n.º 1 [«diligência de um gestor criterioso e ordenado»] + 72.º-79.º ou/e 64.º, n.º 2 [«elevados padrões de diligência profissional»] + 81.º).

Quanto a essa última *aplicação normativa do art. 407.º, n.º 8*, advirta-se que estamos a ver o membro da comissão de auditoria *sob o perfil de administrador*, submetido aos *deveres próprios de administrador que lhe sejam aplicáveis e na medida em que lhe são aplicáveis*. Mas sem que se veja nesse dever de vigilância o único dever que sobre ele impende no papel de administrador (*maxime*, deliberante no funcionamento colegial do órgão) e uma reflexa asserção da sua responsabilidade só por culpa *in vigilando*, nem que seja esse dever a dar a «bitola» que releva para a responsabilidade dos membros da comissão de auditoria enquanto tais. Interessa saber qual o comportamento, a qualidade do comportamento e o dever inerente a essa qualidade para, *consoante o catálogo de responsabilidade do administrador ou do fiscalizador*, determinar o juízo a fazer em sede de ilicitude e culpa e a avaliação da solidariedade nos termos do art. 73.º e 81.º, n.º 2.

Veja-se que, no que respeita a essa vigilância, *enquanto administrador (e actor participante-votante nas deliberações do conselho)*, o auditor vincula-se ao dever geral de controlo-fiscalização da actuação global dos administradores, prevista pelo art. 407.º, n.º 8 (nunca está em cima da mesa o dever de administrar em relação a matérias executivas, a matérias indelegáveis ou às matérias que foram incluídas na administração delegada ou na comissão executiva); *enquanto fiscalizador*, essa vigilância espraia-se *colegialmente* por inúmeras manifestações nas alíneas do art. 423.º-F, n.º 1 (verifiquem-se os poderes-deveres de «verificar» e «fiscalizar»). Isto é, neste *bloco* subsiste um dever mais amplo («vigilância especial, analítica, circunstanciada»: Calvão da Silva) e mais susceptível de, nos seus subdeveres, acarretar responsabilidade (a «fiscalização» é mais do que a «vigilância

geral» do art. 407.º, n.º 8: Coutinho de Abreu). Assim, em termos práticos, a remissão do art. 81.º, n.º 1, para o art. 72.º, n.º 1, não comporta, no campo dos deveres de fiscalização «preteridos», o dever de vigilância do art. 407.º, 8, 2.ª parte.¹⁷

Chegados aqui, interessa sublinhar que esse dever de vigilância geral (*na faceta de administrador tout court*) coloca o administrador *auditor* numa situação privilegiada para actuar como *fiscalizador*. Mais do que na estrutura clássica da anónima, vê-lo-emos em permanente estado de alerta crítico e interesse, precisando de activar permanente o fluxo de informações que tem o poder-dever (no seu estatuto duplo) de requisitar sobre a actuação dos restantes administradores para ter profunda consciência dos procedimentos gestórios submetidos ao seu controlo e/ou reagir tempestivamente à informação que lhe chega¹⁸. Temos auditores colocados numa posição de, utilizando como meio essa abundante informação sobre a *estrutura administrativo-organizativa e contabilística que suporta as decisões de gestão*, efectuar um verdadeiro controlo de *mérito* das actuações dos administradores «executivos»/delegados – e, por isso, mais lato do que o feito pelo órgão de fiscalização das outras duas estruturas de organização da anónima, visto como um *prius* para colocar em marcha os seus poderes de reacção, internos e externos¹⁹.

Assim, será mais abundante a quantidade de informação e, portanto, em contraponto, maior será a possibilidade de a comissão de auditoria realizar de modo particularmente informado a sua atribuição *administrativa* de vigilância sobre a gestão: em particular, actuando sobre os sistemas de controlo interno de onde saem as informações que baseiam os processos de decisão (v. as als. *c*), *d*), *e*), *f*), *i*), *j*), *l*) e *n*) do art. 423.º-F, n.º 1). Creio mesmo que o específico *standard* do *duty of care* que o legislador da reforma de 2006 trouxe com o aproveitamento da *business judgment rule* no art. 72.º, n.º 2 – o dever de o administrador actuar «em termos informados» – terá que ser visto com maior rigor quando estamos perante o «administrador-auditor»: pois o *direito de ser informado* imiscui-se com

¹⁷ De todo o modo, assinala-se o alcance no horizonte problemático da responsabilidade civil societária do art. 72.º, n.º 6: «Nas sociedades que tenham órgão de fiscalização no parecer favorável ou o consentimento deste não exoneram de responsabilidade os membros da administração».

¹⁸ Por ex., no âmbito da troca de dados e documentos entre a comissão de auditoria e o ROC, verdadeiro *núcleo diferenciador* em relação às competências do tradicional conselho fiscal: compare-se as als. *l*) a *o*) do art. 423.º-F, n.º 1, com as als. do art. 420.º, n.º 1.

¹⁹ Já agora, *de lege ferenda*, por que não incluir também o presidente da comissão de auditoria no lote de destinatários passivos da informação prevista no art. 420.º-A, n.º 1, que regula o dever de vigilância do ROC? A propósito, v. o art. 423.º-G, n.º 3.

o *dever de se informar* e tal fluxo informativo, mais do que mera valência organizativa e estrutural, terá um relevo substancial para a individualização de direitos, deveres e conseqüente responsabilidade.

Destarte, as posições imbrincam-se com naturalidade por força da lei, neste sistema que a doutrina italiana crismou oportunamente de *controlo policêntrico*. Essa posição de administrador acaba por ser *instrumental* para o cumprimento das suas obrigações *específicas de fiscalização* e, por isso, para a ponderação da existência de responsabilidade solidária (por acto próprio omissivo) tal como delineado pelo art. 81.º, 2 («Os membros dos órgãos de fiscalização respondem solidariamente com os gerentes ou administradores da sociedade por atos ou omissões destes no desempenho dos respetivos cargos quando o dano se não teria produzido *se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização*»). De modo que também a vertente *fiscalizadora é instrumentalmente influenciadora* do modo de cumprimento dos deveres *enquanto administrador*.

Resumindo, de acordo com o estudo da CMVM (inspirador da Reforma de 2006 do CSC), temos «[o] exercício da função fiscalizadora por quem, simultaneamente, se encontra investido no poder de determinar[,] ou, pelo menos, influenciar de modo directo as decisões de gestão...», e, «dada a sua participação (...) no processo decisório do órgão executivo», verifica-se, neste *movimento de harmónio*, que «os membros da comissão de auditoria responsável pelo controlo e fiscalização da gestão têm, por definição, acesso imediato a toda a informação relevante que viabilize o exercício da função fiscalizadora, o que potencia e permite (...) antecipar a sua acção, quando devida»²⁰. Por isso, não custa aceitar que o conteúdo (activo e vinculativo) de um *estatuto comum do auditor como administrador e fiscalizador* possa, em concreto, ser densificado por algumas das obrigações proactivas e poderes que caracterizam um órgão de fiscalização, fazendo eles parte, desde logo, do *poder-dever* geral de vigilância (*global e específica*) da actuação administrativa: refiro-me nomeadamente à extensão analógica do art. 420.º, n.º 3; das als. *a)*, *b)* e *c)* do art. 421.º, n.º 1 (a al. *d)* é absorvida pelo dever de os membros da comissão de auditoria participarem nas reuniões do conselho de administração); e ainda da al. *e)* do art. 422.º, n.º 1.

²⁰ *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais* cit., p. 34.

4.3. Os «administradores-audidores» e a *representação da sociedade*

Constituirá a *executividade* um limite à intervenção dos «administradores-audidores» na *esfera de representação* da sociedade? Não creio – vejamos as razões (no seio da discussão da nossa doutrina, que se encontra repartida).

Por um lado, os auditores participam, ou podem participar, na representação da sociedade, aplicando-se o critério geral de competência do conselho de administração previsto no art. 405.º, n.º 2. Em abono, notem-se os poderes *legais* de representação passiva e activa que se atribuem à comissão de auditoria nas als. j) e p) do art. 423.º-E, n.º 1²¹, bem como a inclusão (sem previsão contrária) dos membros de tal comissão na locução «*qualquer* dos administradores» quando se dispõe no art. 408.º, n.º 3, sobre as notificações ou declarações de terceiros à sociedade. E, sem esquecer, a representação passiva no domínio das relações internas dos administradores com a sociedade, que assiste, subsidiariamente, ao presidente da comissão de auditoria: cfr. o n.º 4 do art. 408.º. Não será por acaso também que o *Código de Governo das Sociedades* da CMVM estatui que a comissão de auditoria deve representar a sociedade, «para todos os efeitos», junto do auditor externo (ponto II., 4.4.).

Por outro lado, os administradores *vigilantes* da comissão de auditoria devem contar para a aplicação das regras sobre o *modo de exercício* dos poderes de representação, congregando o grupo maioritário de administradores que vinculará a sociedade ou a contagem do número inferior à maioria tal como previsto nos estatutos. Assim, em coerência, não pode o estatuto conferir tais poderes vinculativos só aos administradores «executivos» ou a parte deles ou a um só deles actuando disjuntivamente (mesmo que se desse como argumento o respeito pela «minoria» estatutária a que se refere o art. 408.º, n.º 1, *in fine*) – os membros da comissão de auditoria são igualmente administradores (art. 423.º-B, n.º 1); nenhum administrador pode ficar privado, salvo os limites colocados pelos «poderes que a lei lhes confere» (*a contrario*, art. 423.º-B, n.º 3), como impõe o art. 409.º, n.º 1, do poder de representar e colaborar em plano de igualdade (*parcial*, consideração a *limitação funcional no plano gestonário*, nesta forma de organização da anónima) no exercício de vincular a sociedade, desentranhado dos arts. 405.º, n.º 2, e 408.º, n.º 1. Mas, como resultado dessa igualdade

²¹ Que, é verdade, são poderes atribuídos em atenção à área funcional da fiscalização e, por isso, também existem para o conselho fiscal/fiscal único e para o conselho geral e de supervisão. Mas, note-se, não foram excluídos na comissão de auditoria em atenção ao seu duplo papel de administrador e fiscalizador.

parcial, não pode, em outro pólo, permitir-se que os «administradores-audidores» representem a sociedade em matérias *executivas* (fica actuante-vinculante no âmbito da «gestão não corrente»), sob pena de ineficácia do negócio em relação a terceiros: aqui já vigora a referida limitação legal (salvaguardada pelo art. 409.º, n.º 1) oponível nas relações externas. Logo, é curial que o contrato de sociedade esclareça que, quanto às matérias de carácter «executivo», a vinculação da sociedade, derogada que seja ou não a regra supletiva da «maioria», acontece com pertinência aos administradores que não abracem a comissão de auditoria.

Por fim, adianto que não aprovo que se inclua *nominalmente* um ou mais dos administradores *auditores* no conjunto de administradores *vinculantes* da sociedade: num conselho de administração com quatro administradores não auditores e três «administradores-audidores», *e. g.*, a sociedade obriga-se com as assinaturas de três administradores, sendo um deles o presidente da comissão de auditoria para os assuntos «não executivos»; a sociedade fica eficazmente representada com a intervenção de dois administradores não auditores ou, se a matéria for de gestão «não corrente», pela assinatura de um administrador não auditor e um membro da comissão de auditoria.²²

²² Para este efeito, sigo a que entendo ser a melhor leitura do art. 408.º, n.º 1, e do art. 9.º da 1.ª Directiva em matéria de sociedades (Directiva 68/151/CEE, de 09/03/1968).