

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA DE LISBOA



MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL

**OS MEMBROS INDEPENDENTES DOS ÓRGÃOS SOCIAIS DAS
INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO**

MARIA RITA MODESTO GONÇALVES SAIAS

ORIENTADOR:

PROFESSOR DOUTOR PAULO OLAVO CUNHA

LISBOA, 30 DE MARÇO DE 2015

AGRADECIMENTOS

Um agradecimento especial ao meu orientador, o Professor Doutor Paulo Olavo Cunha, por todos os conselhos e apoio na orientação da presente dissertação.

À minha família.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO PRIMEIRO - INDEPENDÊNCIA

1. O novo conceito da independência no domínio jus-societário
2. A independência entre nós - os membros independentes de órgãos sociais
 - 2.1. A independência na administração
 - 2.2. Os fiscais independentes
3. Algumas considerações sobre a independência

CAPÍTULO SEGUNDO - INDEPENDÊNCIA NAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

1. As instituições de crédito paradigmáticas: os bancos
2. A governação societária dos bancos
3. A independência dos administradores dos bancos
4. A expressão da independência na informação societária

CONSIDERAÇÕES FINAIS

FORMA DE CITAR

No decurso da presente dissertação, as referências bibliográficas obedecem às seguintes regras:

- i. Na primeira referência à obra, são identificados: nome completo do autor, título da monografia ou artigo de publicação em série, edição (quando não corresponda à primeira), editora, local e ano de publicação e número da(s) página(s);
- ii. A partir da segunda referência, o nome do autor, da monografia ou do artigo de publicação em série são abreviados, permanecendo inequivocamente identificados;
- iii. As citações de autores estrangeiros não são objecto de tradução;
- iv. A bibliografia está ordenada em função do último apelido do autor ou de um dos autores, no caso de ser uma obra escrita por dois ou mais autores;
- v. A bibliografia inclui todas as obras consultadas, ainda que não citadas ao longo da dissertação.

ABREVIATURAS

al(s).	alínea(s)
art(s).	artigo(s)
BdP	Banco de Portugal
BES	Banco Espírito Santo
BPI	Banco Português de Investimento
BANIF	Banco Internacional do Funchal
CC	Código Civil
CVM	Código dos Valores Mobiliários
CEO	<i>Chief Executive Officer</i>
cfr.	Confronte (-se), confrontar
cit.	Citado, citação
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CSC	Código das Sociedades Comerciais
D.L.	Decreto-Lei
ed.	Edição
et al.	<i>et alterum</i> (e outros)
ibid.	<i>ibidem</i>
IPCG	Instituto Português de Corporate Governance
n.º	Número
ob. cit.	obra citada
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
p. (pp.)	página(s)
RGIC	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
S.A.	Sociedade Anónima
SEC	<i>Securities Exchange Commission</i>
UE	União Europeia
vd.	vide
v.g.	<i>verbi gratia</i>
Vol	Volume

INTRODUÇÃO

Na década de 70 do século passado, com os escândalos económicos e políticos nos Estados Unidos da América, nomeadamente o caso Watergate, que envolveu financiamentos ilegais da parte de várias sociedades para a campanha eleitoral de Richard Nixon, a regulação societária começou a revelar-se bastante deficitária e sem controlo adequado à realidade socio-económica que se vivia. Estas circunstâncias deram origem a inúmeros debates acerca da governação societária (a que corresponde a expressão inglesa *corporate governance*), vista como o conjunto de regras (e outros instrumentos) respeitantes à organização, administração e fiscalização das sociedades¹.

Mais recentemente, os escândalos financeiros protagonizados pela Enron, Worldcom e Parmalat, entre outras², deram um sentido mais amplo a este tema, reavivando-o.

Um dos temas centrais e fulcrais de *corporate governance* tem sido o dos administradores independentes, devido ao cada vez maior distanciamento entre a propriedade e gestão do capital das empresas (como princípio estruturante das sociedades capitalistas e que passou a assumir um relevo especial no século XIX, com a criação de sociedades com acções negociadas em bolsas de valores) e a inerente necessidade de protecção dos accionistas investidores.

A falência do banco Lehman Brothers em 2008 e a amplitude da crise financeira puseram em causa a solidez das instituições financeiras em todo o mundo e levaram as autoridades a duvidar da adequação dos seus sistemas de regulação e supervisão. Mostrou-se então urgente restaurar a confiança do público nas instituições e mercados financeiros, fortemente abalados pelos vários escândalos.

¹ Na definição proposta pela OCDE em 2004, “*Corporate governance is one key element in improving economic efficiency and growth as well as enhancing investor confidence. Corporate governance involves a set of relationships between a company’s management, its board, its shareholders and other stakeholders. Corporate governance also provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined*”.

² “*Em todas estas empresas, as ocorrências que conduziram aos respectivos colapsos evidenciaram graves deficiências de governo societário: débil controlo de gestão por parte dos órgãos de administração, deficiente controlo das empresas pelos accionistas, sistemas de controlo de riscos e actuação da auditoria interna inadequados, ineficiente actuação dos auditores externos e insuficiente e pouco transparente divulgação pública da situação das empresas.*”, ARTUR SANTOS SILVA *et al.*, “*Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*”, Instituto Português de Corporate Governance, 2006, p. 32.

Neste contexto, o objectivo que preside à presente dissertação é o de analisar, de forma crítica, a independência dos membros dos órgãos sociais das instituições de crédito, em particular a independência dos administradores nos bancos portugueses.

Neste sentido, para um adequado enquadramento da temática, começaremos no Capítulo Primeiro por analisar a independência dos órgãos sociais nas sociedades anónimas³, em particular dos seus administradores, transpondo-a aos bancos, como instituições de crédito paradigmáticas, no Capítulo Segundo.

³ O enfoque desta dissertação nas sociedades anónimas deve-se, não só, ao facto de as questões de *corporate governance* e a necessidade de se encontrarem soluções eficientes de fiscalização e controlo dos órgãos de administração se colocarem com mais acuidade neste tipo societário, mas também à imposição do ordenamento jurídico português de que as instituições de crédito em Portugal adoptem a forma de S.A. (al. b) do n.º 1 do art. 14º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras – Decreto-Lei n.º 298/92).

CAPÍTULO PRIMEIRO

INDEPENDÊNCIA

1. O novo conceito da independência no domínio jus-societário

A independência no domínio jus-societário tem a sua origem no direito e na prática estado-unidenses⁴, tendo sido adoptada pela generalidade dos sistemas ocidentais⁵, os quais actualmente integra.

O desenvolvimento de uma economia capitalista e a complexidade financeira que a acompanhou tornaram obsoleta a imposição de ocupação dos cargos sociais pelos sócios, uma vez que estes geralmente não estão dotados dos conhecimentos técnicos necessários para o desempenho adequado daqueles cargos e das funções e competências que lhes correspondem⁶. Assim sendo, muitos cargos sociais passaram a ser ocupados por pessoas devidamente especializadas e detentoras das capacidades técnicas compatíveis com as funções em causa, o que conduziu à dissociação entre a propriedade do capital (e o seu inerente risco) e a direcção das sociedades. A satisfação da necessidade de reunião de capitais em grande escala, através das bolsas de valores, com a captação de capitais junto do público e de investidores institucionalizados⁷ contribuiu

⁴ Passou a integrar os *Principles of corporate governance* do American Law Institute em 1992, sendo que veio posteriormente a ganhar uma maior projecção em 2002 com o *Sarbanes-Oxley Act*, onde passou a ter consagração normativa por via legislativa com carácter imperativo, ultrapassando o mero carácter recomendatório e destituído de coercividade de *soft law*. Esta lei veio impor a nomeação de uma maioria de administradores independentes para as comissões de auditoria e órgãos de fiscalização da administração, sendo que as sociedades que não cumpram esta exigência não são admitidas na bolsa de Nova Iorque.

⁵ Foi recomendada no Reino Unido em 1992 (*Cadbury Report*), em França em 1995 (*Rapport Viénot*), em 2002 pelo *Winter Report* no âmbito da EU, em 1999 pela OCDE nos seus *Principles of Corporate Governance*, revistos em 2004, e em 2005 pela Recomendação da Comissão da EU de 15 de Fevereiro desse ano.

⁶ Vd. PAULO OLAVO CUNHA, “Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais”, in “I Congresso Direito das Sociedades em Revista”, Almedina, Lisboa, 2011, p. 262.

⁷ Que proporciona múltiplas vantagens, como por exemplo: “o facto de permitir aos accionistas participar nos ganhos da actividade empresarial, sem que despendam tempo com a gestão e mesmo que não tenham capacidades empreendedoras e gestoras; a circunstância de permitir que profissionais possam conceber e concretizar projectos rentáveis, mesmo que não disponham de riqueza acumulada; a pulverização de riscos que de outro modo seriam inteiramente assumidos pelo proprietário-empresendedor; e a criação de um mercado de capitais, induzindo a uma redução do custo de financiamento”, CARLOS FRANCISCO ALVES, “Uma Perspectiva Económica sobre as (Novas) Regras de Corporate Governance do Código das Sociedades Comerciais”, in “A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura”, Coordenação de António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2007, p. 183; e ainda permite a

largamente para uma dispersão generalizada do capital social, aumentando essa dissociação entre a detenção do capital das sociedades e a tomada de decisões relativas à sua gestão.

Constitui já um dado adquirido na dogmática do direito das sociedades estado-unidense e europeu que este deve integrar regras e instrumentos que permitam a protecção dos accionistas (e outros *stakeholders*) de eventuais abusos de poder de membros de órgãos sociais, *maxime* administradores (no caso de sociedades com o capital muito disperso⁸) ou de accionistas de referência (no caso de sociedades com accionistas maioritários e controladores⁹)¹⁰. Esta necessidade de protecção deve-se à enorme assimetria de informação entre estes e a maior parte dos accionistas, sendo que os administradores e accionistas controladores podem utilizar os poderes de que dispõem no seu próprio interesse, em detrimento dos interesses dos restantes investidores, o que pode mesmo chegar a resultar numa expropriação dos poderes dos pequenos accionistas¹¹.

De facto, nas sociedades cotadas, o capital social pode estar disperso por largos milhares de accionistas, que podem ter os seus investimentos dispersos por inúmeras carteiras, podem comprar e vender acções regularmente e portanto ganharem e perderem facilmente a qualidade de accionistas, podem viver fora do país, etc., entre outras circunstâncias que os afastam da vida das sociedades em cujo capital investem. Também a circunstância de deterem uma pequena participação nas sociedades impede, ou pelo menos dificulta bastante, a sua influência nas tomadas de decisões societárias, o que geralmente leva ao desinteresse destes accionistas por estas decisões e pela condução dos assuntos da sociedade, afastando-os definitivamente da vida societária, o que na prática se traduz numa total condução destas sociedades pelos seus

concretização de grandes investimentos que dinamizam a economia em grande escala, o que representa uma enorme vantagem para toda a sociedade, e não apenas para os accionistas investidores.

⁸ Modelo *Berle-Means*, mais presente nos Estados Unidos e no Reino Unido, vd. PAULO CÂMARA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “*O Governo das Sociedades Anónimas*”, in “*O Governo das Organizações*”, Almedina, Coimbra, 2011, p. 45, na esteira de LUCA ENRIQUES e PAOLO VOLPIN, “*Corporate Governance Reforms in Continental Europe*”, in “*Journal of Economic Perspectives*”, Vol 21 n.º1, 2007, pp. 118-123.

⁹ Modelo *block-holder*, *ibid.*, p.45.

¹⁰ Vd. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “*A Fiscalização Societária Redesenhada: Independência, Exclusão de Responsabilidade e Caução Obrigatória dos Fiscalizadores*”, in “*Reformas do Código das Sociedades*”, Colóquios do IDET, N.º 3 da Coleção, Almedina, Coimbra, 2011, p. 299.

¹¹ Neste sentido, CARLOS FRANCISCO ALVES, “*Uma Perspectiva Económica sobre as (Novas) Regras de Corporate Governance do Código das Sociedades Comerciais*”, p. 185, que cita Shleifer e Vishny: “*Why do investors part with their money, and give it to managers, when both the theory and the evidence suggests that managers have enormous discretion about what is done with that money, often to the point of being able to expropriate much of it?*”(SHLEIFER e VISHNY, “*A Survey of Corporate Governance*”, *Journal of Finance*, Vol. 52, N.º 2, 1997, p. 748).

administradores, que se encontram assim numa situação privilegiada e controladora, assistindo-se não raramente a uma elevada arbitrariedade na gestão destas empresas, o que, resultando na já referida prossecução dos interesses dos administradores (ao invés dos interesses da sociedade, ou seja, dos accionistas¹²), pode originar indesejáveis custos de agência¹³.

Por outro lado, nas sociedades com accionistas maioritários ou controladores, mais presentes no sistema continental (por contraposição com o sistema anglo-saxónico, caracterizado pela grande dispersão do capital societário), é bastante habitual que estes integrem os órgãos sociais, ou pelo menos que nomeiem pessoas da sua confiança para ocuparem esses cargos, mantendo-se assim mais envolvidos e mais informados acerca da gestão da sociedade, podendo aproveitar esta assimetria (em relação aos restantes investidores) em proveito próprio, sendo que estas situações conduzem frequentemente a uma redução do valor da empresa.

Facilmente se compreende que, tendo em conta esta autonomia decisória que potencia abusos tanto a favor de administradores como de accionistas controladores, se tornou imperativa a aplicação de mecanismos adequados de prevenção destes abusos e de fiscalização e controlo da administração.

A independência dos administradores surge então como um meio de controlo interno na administração, primeiro nos sistemas anglo-saxónicos, tendo sido depois adoptado também pelos sistemas continentais.

Constitui actualmente recomendação unânime no direito dos Estados-Unidos e no direito europeu que o órgão de administração das sociedades deve integrar administradores independentes¹⁴, considerando-se, em regra, como independência, “*a ausência de circunstâncias que possam prejudicar a capacidade de livre julgamento,*

¹² Para Peter O. Mülberty, este trata-se do maior conflito de interesses no âmbito de *corporate governance*: “*since, after all, corporate governance is all about agency conflicts among different stakeholders, in particular about the principal-agent conflict between shareholders and directors/managers, and about how to solve possible conflicts among them*”, PETER O. MÜLBERT, “*Corporate Governance of Banks*”, in “*Direito dos Valores Mobiliários*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 516-517.

¹³ Representam as perdas residuais derivadas de tomadas de decisões contrárias aos interesses da sociedade. De acordo com o IPCG, os custos de agência são uma realidade que não pode ser negligenciada e representam consequências graves para a economia, uma vez que o mercado de capitais, enquanto fonte de financiamento das empresas, tem de estar dotado de mecanismos que garantam aos investidores que os seus interesses serão prosseguidos, para que sintam a confiança necessária no mercado de capitais para nele investirem. Vd. “*Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*”, pp. 15-16.

¹⁴ “*There is a general consensus that when a board has a higher fraction of non-insiders (otherwise known as outside or independent directors), then it is presumed to be more effective at monitoring management*”, KENNETH KIM e JOHN NOFSINGER, “*Corporate Governance*”, 2ª Ed., Pearson Education International, London, 2007, p. 46.

como seja a existência de relações com os accionistas de controlo e com a equipa de gestão”¹⁵.

Os administradores independentes devem, então, no seio do órgão de administração, contrabalançar a falta de independência dos administradores executivos (que se presumem serem não independentes), zelando pelos interesses da sociedade e de todos os accionistas equitativamente, o que constitui um importante factor para fomentar o investimento, atraindo assim mais investidores, que sentem uma maior confiança em investirem nas sociedades onde vêem os seus interesses potencialmente alvo de uma maior protecção. Para tal, os membros independentes devem sentir-se livres de quaisquer interesses ou grupos de interesses na sociedade¹⁶.

2. A independência entre nós - os membros independentes de órgãos sociais

O tema da independência começou a ser introduzido no direito português por via das Recomendações e Regulamentos sobre *corporate governance* nas sociedades cotadas, publicados pela CMVM a partir de 1999, entre os quais o Regulamento n.º 7/2001¹⁷, que veio impor às sociedades cotadas a publicação de um relatório sobre as suas práticas de *corporate governance* juntamente com o seu relatório de gestão¹⁸. De notar que este Regulamento apresenta, na sua versão actualizada, no n.º 2 do seu artigo 1º, causas de exclusão de independência dos administradores não executivos.

¹⁵ IPCG, “*Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*”, p. 37.

¹⁶ No “*Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*” refere-se que “*a independência é em última instância uma questão de sentimento, de integridade e de honestidade pessoal*”, *ibid.*, p. 29.

¹⁷ Revisto em 2003, 2005 e 2006, pelos Regulamentos n.ºs 11/2003, 10/2005 e 3/2006, respectivamente. Na sua versão de 2001, o Regulamento da CMVM n.º 7/2001 impunha a divulgação, pela sociedade, do número de administradores independentes no seu órgão de administração e do conceito de membro independente por si adoptado. A versão de 2003 veio abandonar a ideia de que cada sociedade deveria fixar o seu próprio conceito de membro independente e fixou ela própria esse conceito, configurando como independentes os administradores não associados a grupos específicos de interesses na sociedade, sendo que a versão de 2005 veio ainda a fixar algumas presunções absolutas de não independência, além da obrigação de divulgação da “*identidade de membros que compõem o órgão de administração, distinguindo-se os membros executivos dos não executivos e, de entre estes, os membros independentes dos não independentes*” (alínea a) do n.º 1 do Capítulo IV do Anexo ao Regulamento n.º 7/2001, na redacção dada pelo Regulamento da CMVM n.º 10/2005.

¹⁸ Sendo que o Regulamento inclui em anexo um modelo (“*esquema*”) desse relatório de governo das sociedades.

A OCDE publicou, em 1999, os seus “Princípios sobre o Governo das Sociedades”, que foram revistos em 2004, e cujo objectivo era o de servir de orientação para a implementação de regras de boa conduta societária¹⁹.

Em 2002 foi publicado, por um grupo de peritos, a pedido da Comissão Europeia, o “*Winter Report*”, que, ao tratar algumas das questões fulcrais de *corporate governance*, veio a orientar a Comissão nesta matéria, nomeadamente no que concerne a independência dos administradores. A Comissão Europeia veio então, em 2005²⁰, a sugerir aos Estados membros a adopção de regras de nomeação de membros independentes²¹ para o órgão de administração das sociedades cotadas, tanto por via legislativa, como através de regras de *soft law* (que obedecem ao princípio *comply or explain*²², sendo destituídas de coactividade).

Manifestamente influenciado pelas Recomendações e Regulamentos da CMVM e pela Recomendação n.º 2005/62/CE da Comissão Europeia, o legislador português veio então a introduzir o conceito de membro independente de órgão social no Código das Sociedades Comerciais em 2006²³, através da reforma societária operada pelo D.L. n.º 76-A/2006, de 29 de Março²⁴.

De acordo com ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *ipsis verbis*, “o administrador independente é definido como a pessoa que não esteja associada a qualquer grupo de

¹⁹ “*The Principles are a living instrument offering non-binding standards and good practices as well as guidance on implementation, which can be adapted to the specific circumstances of individual countries and regions*”, Preâmbulo dos “*Principles of Corporate Governance*” da OCDE, 2004.

²⁰ Recomendação n.º 2005/62/CE, de 15 de Fevereiro.

²¹ Sendo que esta Recomendação define a independência como “*a ausência de qualquer conflito de interesses significativo*”.

²² Segundo o qual as sociedades devem justificar a razão de não cumprimento das regras de *corporate governance* com as quais não cumprem. Reporta-se assim para a própria auto-regulação das sociedades. As regras de *soft law* são destituídas de coactividade ou sanções, no entanto, sendo públicas as informações acerca do cumprimento/não cumprimento das sociedades cotadas com estas regras, pode haver uma grande influência na opinião pública acerca das práticas de governação destas sociedades, e, conseqüentemente, na sua cotação de mercado. Como exemplo de regras de *soft law* no nosso ordenamento, temos o Código de Governo das Sociedades emitido pela CMVM, que em II.a.2 se dedica à independência, disponível em http://www.cmvm.pt/CMVM/Recomendacao/Recomendacoes/Soccot/Soccot_Set2007/Documents/f6bac7142a7447fa89b0e8f3d91bea0bCodigoGS15022008_2_.pdf.

²³ Gabriela Figueiredo Dias avalia como bastante positiva a gradual adaptação da cultura e das estruturas societárias ao novo conceito da independência, levada a cabo através de um “*processo cauteloso e progressivo de germinação de um novo conceito e de uma nova perspectiva da administração das sociedades, com uma evolução das meras recomendações (soft law) para um sistema mais assertivo de imposições regulamentares (hard law), inatacável do ponto de vista do processo de construção da lei, que sempre se mostrou aberto à discussão e aos contributos da comunidade jurídica e empresarial*”, Vd. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 299.

²⁴ Para uma maior concretização do conceito de independência inserido no nosso CSC, Vd. PAULO OLAVO CUNHA, “*Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais*”, pp. 259-276, onde inclusivamente se apresentam exemplificações de cláusulas estatutárias neste domínio.

interesses específicos na sociedade, nem se encontre em alguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise ou de decisão (artigo 414º, n.º 5/CSC e artigo 1º, n.º 2, do Reg. n.º 7/2001/CMVM)”²⁵.

2.1. A independência na administração

Com a reforma do Código das Sociedades de 2006, o legislador veio exigir a independência de alguns membros de órgãos das grandes sociedades anónimas²⁶ e das sociedades cotadas. Simultaneamente, o legislador alargava a lista de incompatibilidades²⁷, aplicáveis também aos membros independentes²⁸ (mas não só).

O CSC vem, no n.º 5 do seu art. 414º, caracterizar como independente “*a pessoa que não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade nem se encontre em alguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise ou de decisão*”, que se considera a cláusula geral de independência, sendo que podemos então distinguir aqui dois critérios: o critério da falta de interesse e o critério da isenção de análise e decisão²⁹.

Esse mesmo número concretiza de seguida este conceito de pessoa independente em duas alíneas, que representam índices ou presunções de falta de independência – e que devem ser considerados como meramente exemplificativos, e não taxativos: “*ser titular ou actuar em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 2%³⁰ do capital social da sociedade*” – cfr. alínea a), sendo que neste caso se presume que essa pessoa não pode ter uma actuação imparcial e isenta, visto estar ligada a certos interesses na sociedade; “*ter sido reeleita por mais de dois mandatos, de forma contínua ou intercalada*” – cfr. alínea b), presumindo-se aqui que

²⁵ ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, “*Os Administradores Independentes*”, in “*A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*”, Coordenação de António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2007, p. 160.

²⁶ Tratam-se das sociedades previstas na alínea a) do n.º 2 do art. 413º do CSC.

²⁷ Constando actualmente do art. 414º-A do CSC, as incompatibilidades foram inicialmente fixadas no art. 2º do D.L. n.º 49381, de 15 de Novembro de 1969, tendo sido depois adoptadas pela versão originária do CSC, onde constavam do art. 414º.

²⁸ De acordo com o Professor António Pereira de Almeida, a lista de incompatibilidades do art. 414º-A “*constitui uma primeira barreira que impede a nomeação de pessoas que a lei considera estarem em condições de falta de independência para órgãos sensíveis*”, Vd. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, obra cit., p. 160.

²⁹ Para maior desenvolvimento sobre estes critérios, Vd. RUI DE OLIVEIRA NEVES, “*O Administrador Independente*”, in “*Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*”, Almedina, Coimbra, 2008.

³⁰ O que representa uma participação qualificada nas sociedades cotadas, de acordo com a alínea b) do n.º 2 do art. 16º do CVM.

se cria uma relação de proximidade e familiaridade entre a pessoa (outrora) independente e os restantes membros dos órgãos sociais derivada de uma convivência prolongada³¹ entre eles, relação essa que fundamenta a perda de independência³².

Derivando o conceito de *administradores independentes* dos ordenamentos anglo-saxónicos, em que a função de fiscalização se desenvolve dentro do próprio órgão de administração, mostra-se imperativo transpor devidamente este conceito para o nosso ordenamento jurídico. Considerando as três modalidades de organização das sociedades anónimas previstas no nosso ordenamento (modelos clássico, anglo-saxónico e germânico, previstos, respectivamente, nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 278º do Código das Sociedades Comerciais), só poderão existir verdadeiros *administradores independentes* nos conselhos de administração dos modelos clássico e anglo-saxónico e no conselho de administração executivo do modelo germânico.

Tanto no modelo clássico como no modelo germânico, não existe no nosso Código das Sociedades Comerciais qualquer obrigação de nomeação de *administradores independentes* (o mesmo não acontece em relação a membros de outros órgãos sociais, como veremos em 2.2), no entanto as sociedades cotadas devem revelar, de acordo com a alínea a) do n.º 1 do Capítulo IV do “Esquema de Relatório sobre o Governo da Sociedade” anexo ao Regulamento da CMVM n.º 7/2001, quais, de entre os seus administradores não executivos, são considerados independentes nos termos do n.º 2 do art. 1º desse Regulamento.

Por outro lado, este tipo de obrigação já se pode verificar no Código das Sociedades Comerciais em relação ao modelo anglo-saxónico (tal como nos ordenamentos que lhe dão esta denominação), uma vez que, estando a comissão de auditoria, à qual compete a fiscalização da administração (cfr. art. 423º-F do CSC), integrada no próprio seio do conselho de administração, os seus membros são considerados verdadeiros *administradores*, apesar de não serem administradores

³¹ É importante notar que o legislador não fixou um prazo temporal definido, mas fez simplesmente referência ao número de mandatos, que como sabemos não têm uma duração temporal fixa, tendo apenas uma duração máxima de quatro anos. Assim, como refere o Professor Paulo Olavo Cunha, tanto perde a independência um membro que tenha desempenhado funções durante três mandatos de um ano cada (três anos no total), como um membro que tenha desempenhado funções durante três mandatos de quatro anos cada (doze anos no total), o que parece retirar um pouco de coerência ao critério, Vd. PAULO OLAVO CUNHA, “*Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais*”, p. 265.

³² Na esteira do Professor Paulo Olavo Cunha, entendemos que, uma vez que a alínea b) do n.º 5 do art. 414º do CSC indica, como índice de falta de independência, a *reeleição* por *mais de dois* mandatos, só carece de independência aquele que estiver a ser eleito para o seu quarto mandato (que corresponde à sua terceira – “*mais de dois*” – reeleição), Vd. PAULO OLAVO CUNHA, *ibid.*, pp. 264-265.

executivos, mas assumirem funções de fiscalização e monitorização. Ora, de acordo com os n.ºs 4 e 5 do art. 423º-B do nosso Código societário, exige-se a integração de pelo menos um administrador independente³³ na comissão de auditoria das grandes sociedades anónimas (sendo estas as “sociedades que cumpram os critérios referidos na alínea a) do n.º 2 do artigo 413º” do CSC) e que a comissão de auditoria das sociedades cotadas seja maioritariamente composta por membros independentes.

Em relação aos administradores, é de importância vital não olvidar que, independentemente da sua independência, passe-se o pleonasma, estes encontram-se sempre sujeitos aos deveres de cuidado e lealdade prescritos no n.º 1 do artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais e podem incorrer em responsabilidade nos termos dos artigos 72º e seguintes do mesmo³⁴. Este regime da responsabilidade civil dos administradores é, talvez, um maior factor de prevenção (por dissuasão) de abusos do que a própria exigência de independência.

2.2. Os fiscais independentes

Iremos abordar aqui a matéria da independência dos membros dos órgãos de fiscalização como uma mera referência que não poderíamos deixar de fazer, não nos alongando sobre ela, uma vez que o objecto principal desta dissertação é, como se referiu na Introdução, a independência na administração.

Como já referimos, o conceito de independência passou a figurar no nosso Código societário com a reforma de 2006 (levada a cabo através do D.L. n.º 76-A/2006, de 29 de Março), tendo sido introduzido pelo n.º 5 do artigo 414º, com as características que já se referiu *supra* em 2.1. Esta disposição foi introduzida no Código das Sociedades Comerciais para certos membros do conselho fiscal no modelo clássico, sendo também aplicável por expressa remissão a certos membros dos órgãos de

³³ Sendo essa independência aferida nos termos do n.º 5 do art. 414º do CSC. Este administrador independente deve ainda ter “*curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade*”.

³⁴ Para maiores desenvolvimentos sobre este tema, Vd. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, “*Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*”, in “*Série Cadernos do IDET*”, Nº 5 da Coleção, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010 e, mais especificamente no que diz respeito aos administradores não executivos, Vd. JOÃO CALVÃO DA SILVA, “*Responsabilidade Civil dos Administradores Não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*”, in “*A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*”, Coordenação de António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 103-151.

fiscalização dos dois restantes modelos (aos da comissão de auditoria no modelo anglo-saxónico pelos n.ºs 4 e 5 do art. 423º-B e aos do conselho geral e de supervisão no modelo germânico pelo n.º 4 do art. 434º, que remete directamente para os n.ºs 4 a 6 do art. 414º). Importa notar que esta imposição do nosso Código societário se aplica unicamente aos membros dos órgãos das grandes sociedades anónimas e das sociedades cotadas, e não aos de toda e qualquer sociedade³⁵, como se pode facilmente retirar da leitura dos artigos acabados de referir.

Assim sendo, em cumprimento das disposições do nosso Código das Sociedades Comerciais:

- No modelo clássico, o conselho fiscal das grandes sociedades anónimas deve integrar pelo menos um membro independente e que tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade (n.º 4 do art. 414º) e o conselho fiscal das sociedades cotadas deve ser composto por uma maioria de membros independentes (n.º 6 do art. 414º);

- No modelo anglo-saxónico, a comissão de auditoria (cujos membros, como já se disse em 2.1, são administradores) das grandes sociedades anónimas deve também integrar pelo menos um membro independente e que tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade (n.º 4 do art. 423º-B) e a comissão de auditoria das sociedades cotadas deve ser composto por uma maioria de membros independentes (n.º 5 do art. 423º-B);

- No modelo germânico, o conselho geral e de supervisão das grandes sociedades anónimas deve integrar pelo menos um membro independente e que tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade (n.º 4 do art. 414º, *ex vi* n.º4 do art. 434º) e o conselho geral e de supervisão das sociedades cotadas deve ser composto por uma maioria de membros independentes (n.º 6 do art. 414º, *ex vi* n.º4 do art. 434º). O conselho geral e de supervisão destas sociedades deve, de acordo com o n.º 2 do art. 444º, constituir uma

³⁵ Esta opção do legislador encontra explicação no Preâmbulo do D.L. n.º 76-A/2006, de 29 de Março, que procedeu à reforma societária: “*O regime nacional sobre fiscalização de sociedades anónimas tem negligenciado o relevo da dimensão das sociedades fiscalizadas, o que é, em alguma medida, dissonante com as indicações comunitárias, em particular provindas da 4.ª Directiva sobre Direito das Sociedades. Propõe-se que tal seja submetido a uma modificação, dada a condenação generalizada das soluções de governação que desconsiderem a dimensão das sociedades (one size fits all), antes se buscando uma diferenciação de regimes entre pequenas sociedades anónimas e grandes sociedades anónimas*”.

comissão para as matérias financeiras³⁶ que, no caso das grandes sociedades anónimas, deve incluir pelo menos um membro independente e que tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria e contabilidade (n.ºs 2 e 5 do art. 444º) e que, no caso das sociedades cotadas, seja composta por uma maioria de membros independentes (n.º 6 do mesmo artigo).

De notar que todos os membros dos órgãos de fiscalização de qualquer sociedade anónima (independentemente do seu modelo de organização ou dimensão) estão sujeitos ao regime das incompatibilidades previsto no artigo 414º-A³⁷ do Código das Sociedades Comerciais, quer tenham ou não a obrigação de serem membros independentes. A sujeição dos membros independentes à lista das incompatibilidades do artigo 414º-A é, como se disse já em 2.1, imperativa, tendo esta lista, nas palavras de PAULO OLAVO CUNHA, como finalidade assegurar que o exercício de funções “*se processa de forma isenta, imparcial e objectiva, atendendo unicamente ao interesse da sociedade*”³⁸.

Os membros dos órgãos de fiscalização estão ainda sujeitos ao mesmo regime de responsabilidade a que estão sujeitos os administradores, por força da remissão do n.º 1 do artigo 80º do CSC.

3. Algumas considerações sobre a independência

Estranhamente, a lei não prevê nenhuma sanção específica para a infracção das regras que impõem a designação de pessoas independentes para ocuparem certos cargos sociais. A doutrina parece optar pela nulidade das designações que violem as regras legais da independência: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁹ comina a eleição do membro do órgão social com a nulidade porque “*vai violar preceitos legais que não podem ser afastados, nem mesmo pela vontade unânime dos sócios: é nula – 56º/1, d)*” e, para PAULO OLAVO CUNHA⁴⁰, se a designação for feita “*por acordo dos accionistas em*

³⁶ Esta comissão tem como funções específicas as funções referidas nas alíneas f) a o) do n.º 1 do art. 441º do CSC, de acordo com a parte final do n.º 2 do art. 444º também do CSC.

³⁷ Note-se que o ROC está ainda sujeito a um conjunto adicional de incompatibilidades previstas no respectivo Estatuto Profissional (artigos 75º a 78º do D.L. n.º 487/99, de 16 de Novembro).

³⁸ Vd. PAULO OLAVO CUNHA, “*Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais*”, p. 276.

³⁹ Vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Código das Sociedades Comerciais Anotado*”, Almedina, Coimbra, 2009, Anotação ao artigo 414º.

⁴⁰ Vd. PAULO OLAVO CUNHA, “*Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais*”, pp. 266-267.

instrumento societário, (...) será nula por ser feita com violação de regra imperativa (cfr. art. 294º do CC; se a infracção se verificar no plano de uma deliberação de eleição”, será “nula por ser formada contra um preceito imperativo que não admite derrogação nem por unanimidade dos accionistas”.

CAPÍTULO SEGUNDO

INDEPENDÊNCIA NAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

O que se iniciou em 2008 como uma crise bancária, simbolizada pelo colapso do banco Lehman Brothers, em Setembro, nos Estados Unidos da América, depressa se tornou numa enorme crise financeira na Europa, com implicações nos bancos europeus e repercussões também para os bancos americanos e asiáticos. Nas palavras de VIV DAVIES⁴¹, “*Effectively, Europe’s problem is now the world’s problem*”.

O sector bancário foi gravemente atingido, sendo que muitos dos “mais sólidos” bancos mundiais desapareceram e outros sofreram sérios prejuízos. Houve uma enorme quebra na confiança interbancária e os bancos deixaram de ceder fundos a outros bancos, temendo pela sua insolvência. Esta quebra de confiança também se fez notar nos depositantes, tendo havido levantamentos em massa, o que originou uma crise de liquidez, que só não levou ao colapso do sistema bancário devido a intervenções dos bancos centrais e injeções de liquidez. Como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Foi evitado o colapso. Mas não se conseguiu prevenir que, de financeira, a crise passasse a económica*”⁴².

A amplitude desta crise financeira veio a pôr globalmente em causa a eficiência dos sistemas de governação societária nas instituições de crédito. E embora se admita que o governo das sociedades não tenha sido directamente responsável pela crise, considera-se que a ausência de mecanismos eficientes de controlo das instituições de crédito tenha permitido que estas assumissem riscos desmedidos. Na verdade, considera-se⁴³ que existem neste momento duas crises na Europa: uma crise de dívida pública e uma crise na banca, sendo que as duas se encontram profundamente interligadas e devem ser resolvidas simultaneamente.

Tal como ficou claramente demonstrado por esta crise financeira, a natureza das instituições financeiras e da sua actividade, assim como a grande relação de

⁴¹ Vd. THORSTEN BECK, “*The Future of Banking*”, Centre for Economic Policy Research, London, 2011, Foreword, pp. vii-ix.

⁴² Vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Manual de Direito Bancário*”, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, p.134.

⁴³ Vd. THORSTEN BECK, “*The future of banking – solving the current crisis while addressing long-term challenges*”, in “*The Future of Banking*”, Centre for Economic Policy Research, London, 2011, Foreword, p. 3 e Vd. CHARLES WYPLOSZ “*Resolving the current European mess*”, in “*The Future of Banking*”, Centre for Economic Policy Research, London, 2011, p. 9.

interdependência entre elas, torna-as mais vulneráveis em relação a outras sociedades, uma vez que a falência de uma pode conduzir à falência de outras, através de um “efeito de dominó”⁴⁴.

1. As instituições de crédito paradigmáticas: os bancos

Referidos na alínea a) do artigo 3º do RGIC como um tipo de instituição de crédito, os bancos são o tipo de instituição de crédito por excelência, sendo que as restantes instituições de crédito representam no âmbito do nosso estudo um interesse meramente residual, razão pela qual não as iremos abordar, focando-nos unicamente nos bancos.

Ultrapassada a noção tradicional de banco como entidade que apenas recebe depósitos e concede crédito, temos aqui em mente os bancos como entidades altamente viradas para a actividade de investimento⁴⁵.

Devido à importância do papel que desempenham na economia, é crucial garantir que os bancos sejam geridos de uma forma segura e com respeito pelos princípios de *corporate governance*.

Independentemente de se saber o que esteve na origem da crise mundial⁴⁶ e da sua rápida disseminação e qual o papel da governação dos bancos nestes acontecimentos, tem sido aceite de forma relativamente pacífica que os bancos apresentam certas especificidades que justificam um tratamento especial no que concerne a sua governação societária.

⁴⁴ A expressão é da Comissão Europeia, no seu Livro Verde sobre “*O governo das sociedades nas instituições financeiras e as políticas de remuneração*”.

⁴⁵ Nas alíneas do n.º 1 do art. 4º do RGIC podemos encontrar as principais actividades a que os bancos se dedicam, assim como nos artigos 290º e 291º do CVM.

⁴⁶ Esta tem sido uma questão muito controversa, à qual não nos dedicaremos aqui a procurar dar resposta.

Referimos apenas que a OCDE, no seu relatório “*Corporate Governance and the Financial Crisis: Key Findings and Main Messages*”, atribuiu à governação societária dos bancos um papel decisivo: “*The financial crisis can be to an important extent attributed to failures and weaknesses in corporate governance arrangements*”. Entre nós, o relatório da Comissão de Inquérito Parlamentar sobre as causas que levaram à nacionalização do Banco Português de Negócios (BPN) apontou várias deficiências de governação societária e também, para PAULO CÂMARA, “*algumas causas determinantes da crise – a sobreutilização do crédito, o grau excessivo de assunção de riscos, o enfoque excessivo no curto prazo – foram agravadas através de deficiências de governação em algumas instituições financeiras*”, Vd. PAULO CÂMARA, “*O Governo Societário dos Bancos – em Particular, Novas Regras e Recomendações Sobre Remunerações na Banca*”, in “*O Novo Direito Bancário*”, Coordenação de Paulo Câmara e Manuel Magalhães, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp.142-143.

Para começar, representa uma especificidade dos bancos a já referida interdependência entre eles e o facto de uma grande (ou até a maior) parte da sua actividade ser exercida com outros bancos. É esta particularidade que torna o sistema bancário tão propenso a contágio (problemas num banco rapidamente se transmitem para outros). Este contágio tende a propagar-se ainda para fora do sistema bancário, afectando toda a economia (falta de crédito, baixo poder de compra, desemprego, etc.), o que comprova o papel dos bancos enquanto pilares do sector financeiro e da economia.

Por outro lado, a enorme volatilidade de uma grande percentagem dos activos bancários torna a actividade bancária numa actividade de alto risco, uma vez que o próprio valor de um banco está altamente dependente de alterações no mercado dos activos em que investe⁴⁷, sem que o banco possa ter qualquer controlo sobre elas.

A perda de confiança dos mercados nos bancos apresenta ainda o risco da chamada “corrida aos bancos”, caracterizada pelo levantamento massificado dos depósitos feitos nos bancos, o que conduz a crises de liquidez, uma vez que as reservas de liquidez dos bancos rapidamente se esgotam (sabemos que os depósitos feitos nos bancos têm como destino o investimento, a concessão de crédito, entre outras actividades características dos bancos, pelo que não se encontram integralmente disponíveis, nem perto disso, para um levantamento em simultâneo)⁴⁸.

Também a enorme complexidade e por vezes opacidade⁴⁹ das suas demonstrações financeiras, quando comparadas com as de sociedades com outros tipos de actividade, devem ser consideradas para efeitos de governação societária dos bancos.

Mas a particularidade dos bancos que talvez nos interessa mais em sede desta dissertação centra-se nos conflitos de interesse existentes no seio deste tipo de sociedades, e no facto de existir um terceiro grupo de interesses (além dos conflituantes interesses dos administradores e dos accionistas⁵⁰, já explicados no ponto 1 desta

⁴⁷ Vd. PETER O. MÜLBERT, “*Corporate Governance of Banks*”, in “*Direito dos Valores Mobiliários*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 514.

⁴⁸ Como resposta à falta de confiança dos depositantes nos sistemas bancários e para prevenir as corridas aos bancos, os Estados têm recorrido à implantação de mecanismos de garantia de depósitos. A União Europeia fê-lo através da Directiva 94/19/CE (transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo D.L. n.º 246/95, de 14 de Setembro) e veio em 2009 a alterar o nível de cobertura e o prazo de reembolso através da Directiva 2009/14/CE (transposta pelo D.L. n.º 162/2009, de 20 de Julho). Entre nós, o Fundo de Garantia de Depósito foi instituído pelo RGIC e o seu regime consta dos artigos 154º e seguintes deste diploma, sendo que o limite do valor garantido é de €100.00 por cada titular de depósito.

⁴⁹ A expressão é de PETER O. MÜLBERT: “*bank’s balance sheets are notoriously more opaque than those of generic firms, i.e., firms in other sectors of the economy*”, PETER O. MÜLBERT, ob. cit., p. 513.

⁵⁰ Atenção que estes, tal como já se referiu anteriormente, podem representar dois grupos de interesses distintos: o dos accionistas maioritários (*blockholders*) e minoritários.

dissertação), que é o dos “*creditors*” (depositantes, obrigacionistas, aforradores, titulares de apólices de seguros de vida, etc., no fundo os vulgarmente conhecidos por “clientes” dos bancos). Os interesses dos credores dos bancos são potencialmente contrários aos dos seus accionistas uma vez que estes, estando interessados em maximizar os lucros a curto prazo, estarão porventura mais dispostos a sujeitar a instituição financeira a um grau de risco mais elevado, enquanto os credores preferem que a instituição mantenha uma prática de baixo risco, uma vez que possíveis lucros fruto de operações mais arriscadas não representam quaisquer vantagens para si, estando estes única e exclusivamente focados na capacidade da instituição lhes vir a conseguir reembolsar os seus créditos.

PETER O. MÜLBERT⁵¹ divide os conflitos de interesses existentes nos bancos em três categorias:

- Conflitos de interesse entre os accionistas e os administradores, resultantes da separação entre propriedade e controlo, sendo que os administradores podem ter uma *performance* menos vantajosa para a instituição de crédito, utilizando os bens da empresa e o poder que exercem dentro da mesma em proveito próprio;

- Conflitos de interesse entre *blockowners* (accionistas maioritários) e accionistas minoritários, sendo que estes últimos estão mais inclinados que os primeiros à prossecução, pela sociedade, de actividades com um risco mais elevado, uma vez que em princípio têm uma menor percentagem das suas poupanças investida na empresa;

- Conflitos de interesse entre accionistas e credores (exclusivos deste tipo de sociedades), com os accionistas mais interessados em actividades de risco do que os credores, pela razão que já se explicou.

O desafio em termos de governação societária bancária centra-se então em conseguir atingir o equilíbrio perfeito entre estes interesses em jogo⁵², tomando sempre em consideração a protecção do público em geral, para a estabilidade do sistema financeiro, tendo em conta as funções de interesse público exercidas pelos bancos e o seu papel na economia.

⁵¹ Vd. PETER O. MÜLBERT, ob. cit., pp. 517-519.

⁵² Como salienta Sofia Leite Borges, “*existem interesses muito diversificados e até mesmo conflitantes, a prosseguir, proteger, acautelar e considerar, no contexto da árdua tarefa de gerir um banco*” e “*o governo dos bancos implica a prossecução do interesse social do banco e dos seus accionistas, mas com contemplação simultânea dos interesses dos próprios administradores e gestores, dos trabalhadores, dos clientes (depositantes e investidores)*”, SOFIA LEITE BORGES, “*O Governo dos Bancos*”, in “*O Governo das Organizações*”, Almedina, Coimbra, 2011, p. 275.

Consideramos que a exigência de independência por parte dos administradores, como efectivos responsáveis pela direcção dos bancos, pode mitigar estes conflitos de interesse, proporcionando uma relação mais equilibrada entre os vários intervenientes⁵³.

2. A governação societária dos bancos

Tomando como certa a singularidade da governação societária dos bancos, relacionada com as especificidades destas instituições, as regras de governação societária dos bancos têm de atender à sua organização societária, transparência⁵⁴ e informação, conjugação dos interesses acima referidos (accionistas – maioritários e minoritários, administradores, clientes e outros *stakeholders*), conformando-os também com o interesse público, protecção dos investidores, controlo interno e controlo de riscos⁵⁵.

A governação societária dos bancos encontra um vasto leque de fontes normativas, ainda mais variado que o da governação societária em geral. Desde leis em sentido formal, regulamentos, e ainda importantes regras de *soft law*, sob a forma de recomendações.

Sendo a governação societária dos bancos uma questão vital em todos os ordenamentos jurídicos, esta tem despertado inúmeros trabalhos a nível internacional. Entre os mais significativos podemos referir aqui, no plano europeu, as contribuições da Comissão Europeia⁵⁶, do *Committee of European Banking Supervisors* (CEBS, antecessor da EBA) e da *European Banking Authority* (EBA) e, no plano internacional, as contribuições da OCDE⁵⁷, do Comité de Basileia⁵⁸ e do *Financial Stability Board* (FSB).

⁵³ Uma vez que são estes que, em primeira linha, estão aptos a darem um maior contributo em termos de *corporate governance*. Sofia Leite Borges indica ainda os accionistas, principalmente os maioritários, assim como as pessoas com funções de gestão nos bancos, como detentores de posições importantes em matéria de *corporate governance*, salientando ainda que, no nosso ordenamento jurídico, os membros dos órgãos de fiscalização não assumem particular relevo na tutela destes vários interesses, mas apenas na prossecução do interesse social, Vd. SOFIA LEITE BORGES, ob.cit., pp. 276-277.

⁵⁴ Na esteira do Comissário da UE Fritz Bolkestein, também entendemos que “*o bom desempenho das economias só é possível quando as empresas são dirigidas de forma eficiente e transparente*”.

⁵⁵ Vd. SOFIA LEITE BORGES, ob.cit., pp. 274-277.

⁵⁶ Nomeadamente o seu “Livro Verde - O governo das sociedades nas instituições financeiras e as políticas de remuneração”, Bruxelas, 2010.

⁵⁷ Nomeadamente as suas recomendações em “*Corporate Governance and the Financial Crisis: Key Findings and Main Messages*”, 2009.

Entre nós, assumem especial relevo nesta matéria: o RGIC, que regula genericamente as instituições de crédito e sociedades financeiras, sendo o diploma que se dedica mais especificamente à governação societária dos bancos, apesar de não o fazer exaustivamente; o CVM, que trata das instituições que prestam serviços de investimento, o que inclui a grande maioria dos bancos, e trata também das sociedades abertas⁵⁹; o CSC como legislação com carácter geral, cujas regras, em especial as relativas às sociedades anónimas, se aplicam necessariamente aos bancos (que obrigatoriamente assumem esta forma – alínea b) do n.º q do artigo 14º do RGIC); o Código de Governo das Sociedades da CMVM e as respectivas recomendações, para os bancos que assumem a forma de sociedades cotadas⁶⁰.

Este conjunto normativo, apesar de bastante rico, encontra-se demasiado disperso e carece de uma certa sistematização.

PAULO CÂMARA critica a “fragmentariedade” e falta de unidade normativa no que respeita a governação societária dos bancos, lamentando a falta de um código que junte e proceda à sistematização dos instrumentos recomendatórios neste âmbito⁶¹.

Defendendo desde já o princípio “*one size does not fit all*”, corolário do princípio da proporcionalidade⁶², consideramos que as regras de governação societária devem ter em conta o tipo e dimensão das instituições, considerando que a aplicação das mesmas regras a realidades diferentes tende a ser contra produtiva. Assim sendo,

⁵⁸ Emitiu em 2010 um conjunto de Recomendações: “*Principles for Enhancing Corporate Governance*”. Este, de acordo com Sofia Leite Borges, “*esclarece que, na perspectiva da indústria bancária, o corporate governance abrange a forma como os negócios e a actividade de um banco são geridos ou governados pelos respectivos órgãos com funções de gestão e de supervisão, incluindo a forma como estes definem a estratégia e os objectivos societários; determinam a tolerância ao risco e o apetite pelo risco do banco; gerem a actividade do banco numa base diária; protegem o interesse dos depositantes, cumprem as obrigações perante os accionistas e tomam em consideração os interesses de outros sujeitos com interesses relevantes; alinham actividades e comportamentos societários com a expectativa de que os bancos operam de forma prudente, segura e criteriosa (“safe and sound manner”), com integridade e cumprindo com as leis e regulamentos aplicáveis*”, SOFIA LEITE BORGES, ob.cit., pp. 272-273.

⁵⁹ De acordo com Sofia Leite Borges, os principais bancos privados em Portugal (em 2011) são sociedades cotadas, sendo que esta autora refere as seguintes instituições bancárias como exemplos: BCP, BES, BPI, BANIF, Santander Totta e Banco Popular, Vd. SOFIA LEITE BORGES, ob.cit., p. 278.

⁶⁰ Note-se ainda a existência de alguns importantes elementos normativos sobre política de remuneração, que não iremos abordar em sede desta dissertação, por se afastar do tema da mesma.

⁶¹ Vd. PAULO CÂMARA, “*O Governo Societário dos Bancos – em Particular, Novas Regras e Recomendações Sobre Remunerações na Banca*”, in “*O Novo Direito Bancário*”, Coordenação de Paulo Câmara e Manuel Magalhães, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p.146.

⁶² Nas palavras de Paulo Câmara, o princípio constitucional da proporcionalidade (n.º 2 do art. 18º da Constituição da República Portuguesa), neste âmbito “*serve para calibrar a intensidade das restrições ao princípio de autonomia empresarial bancária, em função da dimensão, organização interna e natureza, âmbito e complexidade das actividades desenvolvidas*” e “*determina menores exigências em termos de governação para bancos de menor dimensão, menor risco e menor complexidade*”, *ibid.*, pp. 148-149.

defendemos a imposição de regras especiais de *corporate governance* a instituições bancárias, para além da aplicação das normas gerais de direito societário. Defendemos ainda a adaptação destas regras às características das instituições, nomeadamente ao seu tamanho⁶³.

Certamente que não podemos ter a ingenuidade de tomar como certo que a aplicação de boas práticas de governação bancária irá impedir que se volte a verificar uma crise do sistema financeiro, mas pelo menos podemos aprender com o sucedido e responder com a adopção de regras de boa governação societária nos bancos que diminuam a probabilidade de reincidência deste tipo de problemas.

3. A independência dos administradores dos bancos

No nosso ordenamento jurídico assumem especial importância no âmbito da independência dos administradores as regras sobre governação societária das sociedades anónimas (em especial das grandes sociedades anónimas e das sociedades cotadas) presentes no nosso Código das Sociedades Comerciais (e necessariamente aplicáveis aos bancos, uma vez que estes têm de adoptar a forma de sociedade anónima, de acordo com o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 14º do RGIC), assim como no já referido Regulamento n.º 7/2001 aplicável às sociedades cotadas, e as normas dirigidas às instituições de crédito presentes no RGIC (aprovado pelo D.L. n.º 298/92, de 31 de Dezembro, e objecto de sucessivas alterações).

O artigo 14º do RGIC, que sofreu recentes alterações com o D.L. n.º 157/2014 de 24 de Outubro⁶⁴, e ao qual têm sido sucessivamente acrescentadas normas com vista ao aperfeiçoamento do governo societário das instituições de crédito em Portugal, dispõe, desde 2007, na alínea f)⁶⁵ do seu n.º 1, que as instituições de crédito com sede

⁶³ Neste sentido, caracterizamos como positivas as normas do CSC que apontam no sentido da diferenciação das grandes sociedades anónimas e das sociedades cotadas em relação às restantes sociedades anónimas, no que diz respeito à independência dos membros dos seus órgãos sociais (normas que já abordámos no ponto 2 do Capítulo Primeiro da presente dissertação).

⁶⁴ Este decreto-lei transpõe para o nosso ordenamento a Diretiva n.º 2013/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho, sendo que, “*em matéria de governo societário, e em concreto para o exercício de funções de administração e fiscalização, vem a Diretiva n.º 2013/36/UE estabelecer um conjunto de exigências quanto à adequação dos titulares de cargos com essas funções, em matéria de idoneidade, qualificação, experiência profissional, independência e disponibilidade, a complementar por orientações da Autoridade Bancária Europeia, que pretendem contribuir para a gestão sã e prudente das instituições, obrigando, assim, a um reforço e adequação das regras constantes do Regime Geral sobre essa matéria*”, Vd. Preâmbulo ao D.L. n.º 157/2014 de 24 de Outubro.

⁶⁵ Introduzida em 2007 pelo D.L. n.º 104/2007, de 3 de Abril, que procedeu à nona alteração ao RGIC.

em Portugal devem “*apresentar dispositivos sólidos em matéria de governo da sociedade, incluindo uma estrutura organizativa clara, com linhas de responsabilidade bem definidas, transparentes e coerentes*”, o que nos parece que poderia incluir a exigência do requisito da independência dos administradores, entendido já pacificamente como um dispositivo sólido em matéria de governo das sociedades.

Em Outubro do ano passado o legislador foi mais longe e acrescentou a alínea j)⁶⁶, obrigando as instituições de crédito a incluírem nos seus órgãos de administração e de fiscalização “*membros cuja idoneidade, qualificação profissional, independência e disponibilidade dêem, quer a título individual, quer ao nível dos órgãos no seu conjunto, garantias de gestão sã e prudente da instituição de crédito*”, o que constitui sem dúvida um importante passo no aperfeiçoamento da legislação da governação societária das instituições de crédito, ao instituir o requisito da independência para alguns membros dos órgãos de administração e fiscalização.

No entanto, o RGIC não dá qualquer indicação quanto ao número de membros independentes que devem fazer parte do órgão de administração⁶⁷, com vista à pretendida *gestão sã e prudente da instituição de crédito*, ao contrário do que sucede em relação aos membros independentes do órgão de fiscalização, que, nos termos do n.º 3 do artigo 31º-A⁶⁸ do RGIC, devem constituir a maioria dos membros desse órgão⁶⁹. Entendemos, neste caso, que talvez nos possamos socorrer do disposto no Código de Governo das Sociedades da CMVM de Setembro de 2007⁷⁰, que em II.1.2.2 considera como número adequado de administradores independentes o mínimo de um quarto do número total de administradores não executivos⁷¹.

O D.L. n.º 157/2014, de 24 de Outubro, procedeu ainda ao aditamento de um novo artigo unicamente dedicado à independência dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito. Falamos do artigo 31º-A, que, sob a epígrafe “*Independência*”, indica, no seu n.º 1, como objectivo da instituição do

⁶⁶ Aditada pelo D.L. n.º 157/2014, de 24 de Outubro.

⁶⁷ A composição do órgão de administração das instituições de crédito é regulada no art. 15º do RGIC, que no seu n.º 1 fixa em três o número mínimo de membros.

⁶⁸ Artigo aditado pelo D.L. n.º 157/2014, de 24 de Outubro.

⁶⁹ O n.º 3 do art. 31º-A remete o conceito de independente para o n.º 5 do art. 414º do CSC.

⁷⁰

Disponível

em

http://www.cmvm.pt/CMVM/Recomendacao/Recomendacoes/Soccot/Soccot_Set2007/Documents/f6bac7142a7447fa89b0e8f3d91bea0bCodigoGS15022008_2_.pdf

⁷¹ De notar que o Código de Governo das Sociedades da CMVM de 2013 (Recomendações) também não nos dá uma indicação em relação ao número de independentes, dispondo apenas, em II.1.7: “*Entre os administradores não executivos deve contar-se uma proporção adequada de independentes, tendo em conta o modelo de governação adotado, a dimensão da sociedade e a sua estrutura acionista e o respetivo free float*”.

requisito da independência, o de “*prevenir o risco de sujeição dos membros dos órgãos de administração e fiscalização à influência indevida de outras pessoas ou entidades, promovendo condições que permitam o exercício das suas funções com isenção*”, acrescentando nas alíneas do seu n.º 2 o que nos parecem constituir índices de presunção da falta de independência, sendo meramente exemplificativos (“nomeadamente”), visto que devem ser consideradas “*todas as situações susceptíveis de afectar a independência*”. O n.º 3 deste artigo reporta-se apenas ao órgão de fiscalização das instituições de crédito⁷², que deve ser constituído por uma maioria de membros independentes, e remete para a aceção de independente do n.º 5 do artigo 14º do CSC, opção legislativa que não conseguimos perceber: porquê apenas fazer uma remissão para o conceito de membro independente do Código das Sociedades Comerciais quanto aos membros independentes do órgão de fiscalização e não o fazer também para o órgão de administração? E porquê apenas dar uma indicação quanto à proporção de membros independentes/membros do órgão quanto ao órgão de fiscalização e deixar esta questão em aberto no que diz respeito ao órgão de administração?

Como sabemos, a constituição de qualquer instituição de crédito em Portugal depende de uma autorização concedida (caso a caso) pelo Banco de Portugal, tal como resulta do n.º 1 do art. 16º do RGIC⁷³. Ora, esta autorização pode ser recusada ou revogada se, respectivamente, não se verificar, ou deixar de se verificar, algum dos requisitos previstos no artigo 14º, incluindo o requisito da independência previsto na alínea j) do n.º 1 deste artigo. É o que resulta da al. c) do n.º 1 do art. 20º e da al. b) do n.º 1 do art. 22º, respectivamente. Quer isto dizer que, não se verificando o requisito da inclusão, nos órgãos de administração e de fiscalização das instituições de crédito, de membros independentes que garantam a sua gestão sã e prudente, o Banco de Portugal recusará ou revogará a autorização eventualmente já concedida, o que importa a dissolução da instituição de crédito em questão⁷⁴. Facilmente se percebe, assim, a

⁷² De notar que a independência no órgão de fiscalização das instituições de crédito já antes era alvo de previsão legislativa, no n.º 2 do art. 3º do D.L. n.º 225/2008, de 20 de Novembro, que dispõe o seguinte: “*O órgão de fiscalização das entidades de interesse público deve incluir pelo menos um membro que tenha um curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade e que seja independente, nos termos do n.º 5 do artigo 414.º do Código das Sociedades Comerciais*”.

⁷³ Esta autorização cabia antes ao Governo, através de portaria conjunta do Primeiro-Ministro e do Ministro das Finanças, como resultava do n.º 1 do art. 3º do D.L. n.º 23/86, de 18 de Fevereiro, agora revogado.

⁷⁴ Sobre as causas de dissolução das instituições de crédito, Vd. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Manual de Direito Bancário*”, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp.941-942.

importância que o D.L. 157/2014 veio dar, através do aditamento da alínea j) no n.º 1 do art. 14º do RGIC, ao requisito da independência dos membros de órgãos sociais das instituições de crédito.

Devemos ter ainda aqui em conta o Código de Governo das Sociedades da CMVM (2013), que, tendo carácter meramente recomendatório, é seguido pela maior parta das instituições de crédito em Portugal. A sua Recomendação II.1.7, que se dedica à independência, depois de estatuir que entre os administradores não executivos se deve contar uma proporção adequada de independentes, dispõe que, quanto aos membros do Conselho de Administração, *“considera-se independente a pessoa que não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade nem se encontre em alguma circunstância suscetível de afetar a sua isenção de análise ou de decisão, nomeadamente em virtude de: ter sido colaborador da sociedade ou de sociedade que com ela se encontre em relação de domínio ou de grupo nos últimos três anos”* – alínea a; *“ter, nos últimos três anos, prestado serviços ou estabelecido relação comercial significativa com a sociedade ou com sociedade que com esta se encontre em relação de domínio ou de grupo, seja de forma direta ou enquanto sócio, administrador, gerente ou dirigente de pessoa coletiva”* – alínea b; *“ser beneficiário de remuneração paga pela sociedade ou por sociedade que com ela se encontre em relação de domínio ou de grupo além da remuneração decorrente do exercício das funções de administrador”* – alínea c; *“viver em união de facto ou ser cônjuge, parente ou afim na linha reta e até ao 3.º grau, inclusive, na linha colateral, de administradores ou de pessoas singulares titulares direta ou indiretamente de participação qualificada”* – alínea d; *“ser titular de participação qualificada ou representante de um acionista titular de participações qualificadas”* – alínea e.

4. A expressão da independência na informação societária

De acordo com BAYSINGER e BUTLER, existe um conjunto de características que ajudam a definir a independência de um órgão de administração societário, sendo elas relacionadas com as suas: dimensão; composição; estrutura interna e separação de poderes; remuneração dos membros⁷⁵.

⁷⁵ Vd. JORGE RODRIGUES, FERNANDO SEABRA e CARLOS MATA, *“Independência dos Administradores nos Bancos Portugueses no PSI20”*, in *“Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão”*, vol.7, n.3, Lisboa, 2008, pp. 36-39.

Quanto à sua dimensão, tem-se entendido que, quanto maior (em número de administradores, entenda-se) for um conselho de administração (ou conselho de administração executivo, no caso do modelo germânico), maiores os riscos de falta de coordenação e de desacordo entre os seus membros e menor o seu grau de eficiência, existindo uma maior propensão para o *free-riding*⁷⁶. Certos autores⁷⁷ indicam que órgãos de administração com mais de 7 ou 8 administradores já parecem correr este tipo de riscos.

De acordo com JORGE RODRIGUES, FERNANDO SEABRA e CARLOS MATA⁷⁸, a maior parte dos administradores devem ser externos, isto é, não devem ser recrutados de entre os quadros da organização (estes denominam-se administradores internos), sendo que “*podem contribuir com o seu prestígio profissional, os seus conhecimentos especializados e objectividade na avaliação das decisões dos gestores (Donham, 1992; Byrd e Hickman, 1992)*”. Estes autores referem também que, no que diz respeito à diversidade do órgão de administração, este contempla duas dimensões: uma dimensão observável, relacionada com características como o género, raça e idade dos seus membros, e outra não observável, relacionada com características como a sua área de conhecimentos e especialização, educação, valores e características pessoais. Parece-nos, nesta sede, ser de admitir que um órgão de administração com uma composição mais variada, na dimensão não observável da diversidade (em especial no que respeita à área de conhecimentos e especialização dos seus membros), poderá eventualmente mostrar-se mais eficiente, por ser no geral um órgão com menos deficiências a nível de conhecimentos técnicos e científicos.

O n.º 1 do artigo 1º do Regulamento da CMVM n.º 7/2001, relativo ao governo das sociedades cotadas, obriga este tipo de sociedades (“*sociedades emitentes de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado e sujeitas a lei pessoal portuguesa*”) à publicação, “*em capítulo do relatório anual de gestão elaborado especificamente para o efeito ou em anexo a este, um relatório detalhado sobre a*

⁷⁶ “*There is some research that has shown that smaller boards are more effective at enhancing a firm’s value than larger boards. The logic for why this might be deals with the free-rider problem. For a board with few directors, each board member may feel inclined to exert more effort that they would have otherwise, as they each realize that there are only a few others monitoring the firm. With larger boards, each member may simply assume that the many other members are monitoring. Further, with larger boards, it may be more difficult to reach consensus and thus to get anything meaningful done. Therefore, smaller boards may be more dynamic and more active*”, KENNETH KIM e JOHN R. NOFSINGER, “*Corporate Governance*”, 2 Ed., Pearson Education International, London, 2007, p. 47.

⁷⁷ Vd. JORGE RODRIGUES, FERNANDO SEABRA e CARLOS MATA, ob. cit., pp. 36-39.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 37-39.

*estrutura e as práticas de governo societário elaborado em obediência ao artigo 7º do Código dos Valores Mobiliários*⁷⁹ e de acordo com o modelo constante do anexo do presente regulamento e que dele faz parte integrante”. Este modelo constante do anexo do Regulamento 7/2001 inclui, no seu Capítulo IV, relativo ao órgão de administração, a indicação da “*identidade de membros que compõem o órgão de administração, distinguindo-se os membros executivos dos não executivos e, de entre estes, os membros independentes dos não independentes*”. Assim sendo, as sociedades cotadas (e, portanto, como já se disse⁸⁰, a maior parte dos bancos privados em Portugal), estão obrigadas a revelar estas informações relativas aos membros do seu órgão de administração, nomeadamente a sua independência (ou falta dela).

A publicitação da composição dos órgãos de administração destas sociedades permite-nos então fazer-lhes uma análise. Fazemos então de seguida uma pequena análise à expressão da independência nos relatórios sobre a estrutura e práticas de governo societários de três bancos portugueses: BES (o relatório é relativo ao ano de 2013, e portanto anterior ao escândalo a que assistimos no Verão de 2014), BPI e BANIF.

Começando por analisar o Relatório de Governo da Sociedade de 2013 do BES, que adopta o modelo de governo societário anglo-saxónico, constante do seu Relatório e Contas⁸¹, verificamos que, dos 25 membros do Conselho de Administração, 7 deles são considerados independentes, representando uma proporção superior a um quarto da totalidade dos administradores, e portanto uma proporção ainda superior quando feita a comparação com o número de administradores não executivos. A principal razão apresentada para a não independência dos restantes membros prende-se com o facto de fazerem parte da Comissão Executiva, e, quanto aos membros não executivos não independentes, a principal razão para a falta de independência relaciona-se com o facto de estes integrarem a administração da Crédit Agricole, S.A.⁸² ou da Sociedade Espírito Santo Financial Group, S.A.. O Relatório de Governo da Sociedade do BES indica-nos ainda que este se sujeita ao Código de Governo das Sociedades da CMVM, indicando de seguida quais as Recomendações desse Código por si adoptadas, sendo que a

⁷⁹ De acordo com o n.º 1 deste artigo, a informação deve ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita.

⁸⁰ Vd. Nota de rodapé n.º 59 desta dissertação.

⁸¹ Páginas 310 e seguintes.

⁸² Accionista do BES, detentor de 10,8% do seu capital social a 31 de Dezembro de 2013.

Recomendação II.1.7, referente à independência dos membros dos órgãos sociais se encontra entre elas.

Quanto ao BPI, que adopta o modelo clássico (“latino”, como se refere no “Relatório sobre o Governo do Grupo BPI”⁸³), o seu Conselho de Administração é composto por 21 membros, sendo que 14 são membros não executivos. Desses membros não executivos, 7 são considerados independentes, o que corresponde a metade, uma proporção claramente respeitadora do requisito da independência.

Quanto ao BANIF (modelo latino reforçado), podemos apurar que, dos seus 9 administradores, 4 deles são não executivos, e destes apenas 1 deles se pode considerar independente, representando assim o membro independente um quarto da totalidade dos membros não executivos, tal como verificado no caso do BPI.

Podemos ainda comentar que verificamos que, destas três instituições de crédito, apenas o BANIF tem um órgão de administração com um número de membros aproximado dos 7 ou 8 administradores indicados por JORGE RODRIGUES, FERNANDO SEABRA e CARLOS MATA como o número limite de administradores para que um órgão de administração se mantenha eficiente, tal como já referido acima.

Uma das principais funções dos membros não executivos do órgão de administração é a de controlar e avaliar o desempenho dos membros executivos, nomeadamente do CEO (*chief executive officer*, em português o presidente da comissão executiva). Ora, assiste-se, em muitas sociedades, principalmente nos Estados Unidos da América, ao facto de a posição de CEO e de *chairman* (presidente do conselho de administração) coincidirem na mesma pessoa, o que coloca em sério risco a capacidade de controlo da comissão executiva por parte dos administradores não executivos⁸⁴.

Nos três casos em apreço, apesar de a posição de presidente do conselho de administração e de presidente da comissão executiva não se concentrarem na mesma pessoa, verificamos que se concentram na mesma pessoa as posições de presidente da comissão executiva e de vice-presidente do conselho de administração⁸⁵. Podemos aqui questionar se esta situação não é limitadora da capacidade do conselho de administração controlar a sua comissão executiva. Ou até se o presidente do conselho de administração

⁸³ Constante das páginas 307 e seguintes do seu “Relatório e Contas” de 2013.

⁸⁴ “Therefore the same person who manages the firm also runs the board meetings and its agenda and is consequently the one who controls the information given to the board. This being the case, is the board capable of seriously evaluating or challenging the CEO?”, KENNETH KIM e JOHN R. NOFSINGER, ob. cit., p. 49.

⁸⁵ No caso do BES estas duas posições são ocupadas por Ricardo Salgado; no caso do BPI por Fernando Ulrich e no caso do BANIF por Jorge Tomé. De notar que estas informações são relativas ao ano de 2013, tendo em conta os relatórios aqui em análise serem os desse ano.

não se encontra aqui sujeito à figura do presidente da comissão executiva e se não é este que efectivamente desempenha o papel de presidente do conselho de administração, só não o sendo formalmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo sido já salientada a importância da independência de um órgão de administração para a sua eficiência, parece-nos obstar à efectiva independência dos membros do conselho de administração o facto de estes serem designados pelos accionistas (n.º 1 do art. 391º do CSC), sendo que se torna prática comum serem os administradores, em especial o CEO, a indicarem estas pessoas à nomeação pela assembleia geral. Assim sendo, mesmo que os administradores supostamente “independentes” pareçam reunir as características necessárias para lhes ser reconhecida essa independência, na prática acabam por não o ser, estando muitas vezes condicionados àqueles que os indicaram.

É facilmente compreensível que, perante um CEO “*omnipresente e autoritário*”⁸⁶, os restantes administradores não se encontrem em posição de questionar as suas decisões nem de se oporem à sua direcção, faltando-lhes a autoridade e confiança, ou mesmo os conhecimentos, para o fazerem.

O facto de as informações das instituições bancárias serem por norma altamente complexas de um ponto de vista técnico-financeiro torna também alguns dos administradores independentes (que, pelo próprio conceito de independência presente no n.º 5 do artigo 414º do CSC, não podem ocupar um cargo na administração dessa instituição por um largo período de tempo, perdendo a sua condição de independentes) pouco competentes, no sentido de lhes faltarem as competências e conhecimentos necessários para uma correcta avaliação das políticas da instituição de crédito. O facto de os administradores executivos por norma ocuparem aqueles cargos por largos anos proporciona-lhes uma enorme assimetria de informação acerca da instituição de crédito em causa em relação aos administradores independentes, o que os coíbe de se oporem às orientações daqueles.

Outra questão que se coloca é a de saber se não se torna demasiado difícil encontrar pessoas que sejam completamente independentes e sem qualquer ligação à administração das instituições de crédito. Sendo a actividade deste tipo de sociedades altamente especializada, mostra-se imperativo que os administradores independentes sejam pessoas com elevados conhecimentos técnicos. Será que não se torna praticamente impossível esperar que um especialista nestas áreas não conheça

⁸⁶ Estas expressões são do Livro Verde da Comissão Europeia sobre “*O governo das sociedades nas instituições financeiras e as políticas de remuneração*”, na sua versão portuguesa, p. 7.

pessoalmente parte dos restantes que já integram o órgão de administração? Nomeadamente tendo em conta a dimensão do nosso país e o grau de proximidade entre todos os portugueses. Parece-nos que será de esperar que muitos deles tenham frequentado os mesmos estabelecimentos de ensino ou os mesmos círculos pessoais, por exemplo.

Atentemos ainda no facto de a independência ser na verdade uma condição pessoal interna, o sentimento por uma pessoa de que está livre da sujeição a qualquer interesse⁸⁷. Ora, a condição de independência assim entendida mostra-se bastante difícil de avaliar. Claro que nos podemos socorrer de certas presunções, mas nunca poderemos saber com certezas se uma determinada pessoa é, de facto, independente, visto que não conseguimos adivinhar os seus pensamentos e sentimentos.

Feitas estas considerações, resta-nos louvar as alterações operadas no RGIC pelo D.L. 157/2014, que consideramos que, apesar de não resolverem os problemas relacionados com a independência acabados de enunciar, se podem revelar num importante passo na busca da independência dos membros dos órgãos sociais das instituições de crédito⁸⁸.

⁸⁷ Como referimos em 1 do Capítulo Primeiro, na página 11 desta dissertação.

⁸⁸ Em especial o aditamento da alínea j) no n.º 1 do art. 14º do RGIC, conjugado com a possibilidade prevista na al. c) do n.º 1 do art. 20º e da al. b) do n.º 1 do art. 22º, que já abordámos em 3 do Capítulo Segundo, nas páginas 27 e 28 desta dissertação.

BIBLIOGRAFIA PORTUGUESA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de e outros, “*Código das Sociedades Comerciais em Comentário*”, Volume VI, Coordenação de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2013.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “*Governança das Sociedades Comerciais*”, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “*Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social*”, in “*Reformas do Código das Sociedades*”, Colóquios do IDET, Nº 3 da Coleção, Almedina, Coimbra, 2011.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “*Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*”, in “*Série Cadernos do IDET*”, Nº 5 da Coleção, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de; RAMOS, Maria Elisabete, “*Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores*”, in “*Série Miscelâneas do IDET*”, Nº 3 da Coleção, Almedina, Coimbra, 2004.

ALMEIDA, António Pereira de, “*Os administradores independentes*”, in “*A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*”, Coordenação de António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2007.

ALVES, Carlos Francisco, “*Uma Perspectiva Económica sobre as (Novas) Regras de Corporate Governance do Código das Sociedades Comerciais*”, in “*A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*”, Coordenação de António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2007.

BANCO PORTUGUÊS DE INVESTIMENTO, “*Relatório sobre o Governo do Grupo BPI - 2013*”, in “*Relatório e Contas - 2013*”, disponível online no sítio www.cmvm.pt, 2014.

BANIF, “*Relatório sobre o Governo da Sociedade - 2013*”, in “*Relatório de Gestão e Contas - 2013*”, disponível online no sítio www.banif.pt, 2014.

BORGES, Sofia Leite, “*O Governo dos Bancos*”, in “*O Governo das Organizações*”, Almedina, Coimbra, 2011.

CÂMARA, Paulo, “*O Governo Societário dos Bancos – em Particular, Novas Regras e Recomendações Sobre Remunerações na Banca*”, in “*O Novo Direito Bancário*”, Coordenação de Paulo Câmara e Manuel Magalhães, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010.

CÂMARA, Paulo; DIAS, Gabriela Figueiredo, “*O Governo das Sociedades Anónimas*”, in “*O Governo das Organizações*”, Almedina, Coimbra, 2011.

CÂMARA, Paulo, “*Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas*”, in “*Reformas do Código das Sociedades*”, Colóquios do IDET, Nº 3 da Colecção, Almedina, Coimbra, 2011.

CÂMARA, Paulo, “*Vocação e influência universal do Corporate Governance: Uma visão transversal sobre o tema*”, in “*O Governo das Organizações*”, Almedina, Coimbra, 2011.

COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS, “*Relatório Anual sobre o Governo das Sociedades Cotadas em Portugal - 2012*”, disponível online no sítio www.cmvm.pt, 2013”.

COMISSÃO EUROPEIA, “*Livro Verde: O governo das sociedades nas instituições financeiras e as políticas de remuneração*”, versão em língua portuguesa, Bruxelas, 2010.

CORDEIRO, António Menezes, “*Código das Sociedades Comerciais Anotado*”, Almedina, Coimbra, 2009.

CORDEIRO, António Menezes, “*Manual de Direito Bancário*”, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012.

CORDEIRO, António Menezes, “*Manual de Direito das Sociedades, III – das Sociedades em Especial*”, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007.

CORDEIRO, António Menezes, “*Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64º/1 do CSC)*”, in “*A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*”, Coordenação de António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2007.

COSTA, Ricardo, “*Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*”, in “*Direito das Sociedades em Revista*”, Almedina, Lisboa, 2011.

CUNHA, Paulo Olavo, “*Direito das Sociedades Comerciais*”, 5ª Edição, Almedina, 2012.

CUNHA, Paulo Olavo, “*Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais*”, in “*I Congresso Direito das Sociedades em Revista*”, Almedina, Lisboa, 2011.

DIAS, Gabriela Figueiredo, “*A Fiscalização Societária Redesenhada: Independência, Exclusão de Responsabilidade e Caução Obrigatória dos Fiscalizadores*”, in “*Reformas do Código das Sociedades*”, Colóquios do IDET, Nº 3 da Coleção, Almedina, Coimbra, 2011.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, “*A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores*”, in “*A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*”, Coordenação de António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2007.

GRUPO BANCO ESPÍRITO SANTO, “*Relatório de Governo da Sociedade - 2013*”, in “*Relatório e Contas - 2013*”, disponível online no sítio www.bes.pt, 2014.

MARTINS, Alexandre de Soveral, “*Comissão Executiva, Comissão de Auditoria e Outras Comissões na Administração*”, in “*Reformas do Código das Sociedades*”, Colóquios do IDET, Nº 3 da Coleção, Almedina, Coimbra, 2011.

NEVES, Rui de Oliveira, “*Fiscalização e protecção do investidor. Alguns problemas de governo societário*”, in “*Direito das Sociedades em Revista*”, Almedina, Lisboa, 2011.

NEVES, Rui de Oliveira, “*O Administrador Independente*”, in “*Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*”, Almedina, Coimbra, 2008.

RODRIGUES, Jorge; SEABRA, Fernando; MATA, Carlos, “*Independência dos Administradores nos Bancos Portugueses no PSI20*”, in “*Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*”, vol.7, n.3, Lisboa, 2008.

SILVA, Artur Santos *et al.*, “*Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*”, Instituto Português de Corporate Governance, 2006.

SILVA, João Calvão da, “*Responsabilidade Civil dos Administradores Não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*”, in “*A Reforma do Código das Sociedades Comerciais. Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*”, Coordenação de António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2007.

TRIUNFANTE, Armando Manuel, “*Código das Sociedades Comerciais Anotado*”, Coimbra Editora, 2007.

BIBLIOGRAFIA ESTRANGEIRA

BECK, Thorsten, *“The Future of Banking”*, Centre for Economic Policy Research, London, 2011.

HAGENDORFF, Jens; KEASEY, Kevin, *et al.*, *“Size, risk and governance in European banking”*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

KIM, Kenneth A; NOFSINGER, John R., *“Corporate Governance”*, 2 Ed., Pearson Education International, London, 2007.

MÜLBERT, Peter O., *“Corporate Governance of Banks”*, in *“Direito dos Valores Mobiliários”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

OECD, *“Principles of Corporate Governance”*, 2004, disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>.

PricewaterhouseCoopers (PwC), *“The Sarbanes-Oxley Act of 2002 and Current Proposals by NYSE, Amex and NASDAQ: Board and Audit Committee Roles in the Era of Corporate Reform: A White Paper”*, 2003, disponível em www.pwc.com.

WYPLOSZ, Charles, *“Resolving the current European mess”*, in *“The Future of Banking”*, Centre for Economic Policy Research, London, 2011.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO PRIMEIRO - INDEPENDÊNCIA.....	8
1. O novo conceito da independência no domínio jus-societário	8
2. A independência entre nós - os membros independentes de órgãos sociais	11
2.1. A independência na administração	13
2.2. Os fiscais independentes	15
3. Algumas considerações sobre a independência	17
CAPÍTULO SEGUNDO - INDEPENDÊNCIA NAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO	19
1. As instituições de crédito paradigmáticas: os bancos	20
2. A governação societária dos bancos.....	23
3. A independência dos administradores dos bancos	25
4. A expressão da independência na informação societária	28
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	33
BIBLIOGRAFIA PORTUGUESA	35
BIBLIOGRAFIA ESTRANGEIRA	39