



**CORPORATE GOVERNANCE E REGIME DAS INSTITUIÇÕES DE  
CRÉDITO: NOVAS TENDÊNCIAS EM MATÉRIA DE GOVERNO DAS  
SOCIEDADES BANCÁRIAS E DE SUPERVISÃO**



FILIPE CASSIANO DOS SANTOS

*Professor da Faculdade de Direito de Coimbra*

***Corporate governance* e regime das instituições de crédito: novas tendências em matéria de governo das sociedades bancárias e de supervisão \***

**1. *Corporate governance*, o governo das sociedades**

Começo por um breve esclarecimento. Utilizo, no título de presente intervenção, a consagrada expressão, de origem norte americana, “*corporate governance*”, não só (e não tanto) porque ela constava do tema que me foi distribuído, nem sequer como forma de manifestar uma adesão à moda que solicita um uso indiscriminado de tal terminologia, mas antes como forma de exprimir de modo incisivo o âmbito em que me pretendo colocar. Passo a explicar, de modo muito (necessariamente) sintético.

Após alguns anos de evolução de todo o movimento que se albergava sob essa designação, hoje afigura-se-me claro que o resultado indiscutido dele é a se autonomização decisiva do tratamento e estudo das regras que devem presidir ao governo da estrutura societária, desde a relação que os sócios com ela devem ter até ao funcionamento interno de cada órgão e às relações dos seus membros com a sociedade (incluindo, pois, a sua actuação enquanto membros do órgão), mas que, por outro lado, devemos distinguir esse domínio autonomizado de uma orientação determinada que, travestida em o modo de governo, se pretenda impor a esse regime. A esta luz, utiliza-se a expressão *corporate*

---

\*O presente texto corresponde à passagem para discurso escrito de uma aula/conferência proferida no âmbito do XV Curso de Pós-Graduação em Direito dos Valores Mobiliários, em 14 de Dezembro de 2011. Mantem-se o discurso coloquial e corrido, sem qualquer modificação que não as impostas pela conversão em texto escrito, e, portanto, sem quaisquer actualizações e sem recurso a notas.

*governance* de modo neutro, susceptível de ser traduzida por governo das sociedades ou governo societário – e preferimos esta tradução não só porque, em termos gerais, é isso mesmo que está em causa quando se introduz tal termo (a questão é saber quais as regras por que se governa uma sociedade), como porque os termos alternativos que poderiam exprimir a mesma ideia são ou esteticamente pouco agradáveis ou linguisticamente algo forçados. Assim, o governo de sociedade apresenta-se simplesmente como um capítulo especial dentro do direito societário, e a referência a *corporate governance* limita-se a exprimir o novo relevo que tal capítulo, tão velho, já se vê, como o próprio mecanismo societário, passou ter por força da mudança das circunstâncias e do contexto em que actuam as sociedades.

Por outro lado, é justamente num certo subtipo de sociedades anónimas, as sociedades abertas ao investimento organizado, que este tema assume particular incidência e especialidades assinaláveis. Pode, pois, com o termo *corporate governance* ter-se em vista em especial o governo dessas sociedades. Como as sociedades de que vou falar se colocam por regra nesse domínio, optei, também por esta razão, indistintamente pelo uso do estrangeirismo e da expressão em português.

O ponto de partida é, portanto, o uso da expressão num sentido neutro. Repiso que, em geral, não se me afigura legítimo querer recobrir certas opções (ou inflexões...) no direito constituído sob o manto geral e difuso do termo *corporate governance*, legitimando semanticamente determinadas soluções de governo da sociedade como solução únicas, adquiridas ou naturais.

Por fim, ainda introdutoriamente, há que não esquecer que o governo das sociedades não é matéria estritamente jurídica. O direito, nesta matéria, há-de ser o reflexo das boas práticas e das boas soluções encontradas no terreno, do mesmo modo que estas reflectirão as regras jurídicas encontradas. Há aqui um domínio de eleição para a cooperação entre o direito e a economia.

## 2. A crise de 2007/2008 e as novos desafios

O governo e a supervisão das sociedades bancárias – uso esta expressão sintética para me referir às sociedades que detêm bancos ou outras instituições de crédito, tal como são definidas no Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (RGICSF) - são hoje vistos a novos olhos, depois de, com a crise de 2007/2008, os governos terem injectado enormes somas na recapitalização dos bancos e de se ter assacado a condutas de gestão menos adequadas uma parte das culpas no desencadear dessa crise. O sector bancário é visto ainda mais nitidamente como um sector fundamental da economia.

Por via disso, a tendência é para consagrar novas regras de governo de sociedades, que permitam um maior controlo interno dos gestores pelos accionistas e por órgãos permanentes e conduzam a uma gestão mais adequada, mas também para reforçar o papel da supervisão externa, em qualquer caso com apelo a uma compreensão muito mais estrita dos deveres de actuação dos administradores. A actuação dos Estados e de instituições internacionais vai no sentido de introduzir profundas alterações nos dois planos: por um lado, alterar os sistemas de regulação e, em especial, de supervisão; por outro lado, rever os mecanismos de funcionamento interno das sociedade bancárias, quer por via de recomendações quer mesmo de imposições sobre o modo de ser estruturado o seu governo.

Neste plano internacional, deve sublinhar-se especialmente a intervenção da União Europeia, que assumiu como objectivos políticos nucleares o reforço dos mercados financeiros e a prevenção de crises, elegendo o reforço do governo das sociedades como instrumento essencial da prossecução desses objectivos. Destaca-se o *Livro Verde da Comissão Europeia “Corporate governance in financial institutions and remuneration policies”* (Green Paper, Comissão Europeia, 2010, Brussels, COM (2010) 284/3), cujos objectivos centrais proclamados são examinar as regras de governo das sociedades e as práticas internas das sociedades que detêm instituições bancárias e financeiras e, quando adequado, fazer recomendações ou impor regras dirigidas a remediar alguma de fraquezas

reconhecidas no sistema de governo. O objectivo geral é conseguir uma maior responsabilização e envolvimento dos accionistas, administradores e do "senior management".

De relevo, ainda, é a acção do Comité de Basileia para a Supervisão Bancária, que, também em 2010, produziu o documento intitulado "*Principles for enhancing corporate governance*" (Março de 2010, [www.bis.org](http://www.bis.org)).

São estes os referentes que podemos tomar para conferir os diagnósticos e propostas do regime das sociedades bancárias, quer no que concerne ao governo interno da sociedade quer no que toca ao seu controlo externo em termos de supervisão. A exposição subsequente apoia-se, pois, nas considerações e propostas constantes desses documentos.

### **3. Sociedade bancária, interesses gerais e imperatividade do regime**

Confrontado com o sentido geral desses documentos, logo é suscitada me primeiro reflexão também de ordem geral. Se há, evidentemente, interesses públicos que podem impor certas regras, o certo é que qualquer sistema de governo de sociedades bancárias não pode pôr causa em aspecto fundamental, que é o ponto de partida da disciplina societária: a sociedade bancária, como qualquer sociedade em geral, é coisa dos accionistas, são os administradores que emanam desses accionistas que as gerem e são todos estes os primeiros responsáveis pela condução geral da sociedade, que imprimem o rumo à sua actuação e que a estruturam pelo modo que entendem mais adequado. Em geral, são os accionistas quem investe o capital e são eles quem decide o modo de governo, o rumo estratégico, o modo de tratar as grandes operações, se assim o quiserem, e quem gere. Nesta matéria, sou muito pouco institucionalista, ainda que seja também muito pouco contratualista: como afirmei, há já alguns anos, na minha dissertação de doutoramento, e não vejo razões para alterar, a sociedade caracteriza-se pela autonomia e esta implica que o interesse da sociedade seja visto como aquele que é definido directa ou indirectamente pelos sócios, seja no contrato de sociedade seja ulteriormente, no espaço

deixado em aberto por este, através dos órgãos próprios da sociedade – não há, pois, um interesse social “objectivo e externamente determinável, que se imporia à sociedade e ao seu órgão competente na matéria”, seja por via de dedução de uma dada opção como a concretização do contrato e do escopo lucrativo ou, se se quiser, do dito “interesse comum a todos os sócios”, seja pela via da consideração da empresa ou da “instituição” como pólo de agregação de interesses de interesses que se impõem ao próprio sujeito societário (as citações são do nosso **“Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006**, págs. 380 e segs.). Outros interesses, que não definidos como sociais pelos crivos da socialização que são o contrato e as instâncias de formação da vontade social (a determinação deste interesse social secundário supõe naturalmente o respeito pelas definições primariamente estabelecidas no contrato), incluindo os de concretos sócios que passam por esse crivo, são necessariamente extrassocietários, e os órgãos da sociedade não são o veículo próprio para os exprimir.

Isto afirmado, é certo que o investimento na actividade bancária tem particularidades relevantíssimas, acrescidas nos tempos que correm. Neste sector, em que os actores económicos jogam com o dinheiro dos outros e com o funcionamento global do sistema económico, os interesses gerais externos à sociedade têm um particular peso. Não são, pois, apenas os interesses dos accionistas que relevam. Os demais interesses têm um peso muito especial: os interesses dos aforradores em geral, dos depositantes clássicos aos consumidores de novos produtos financeiros, os interesses do Estado, porventura até na veste de fornecedor de capital, mas sempre como representante dos interesses gerais da economia nacional ligados ao funcionamento geral do sistema económico, têm hoje um peso fundamental nas sociedades bancárias. Acresce a isto a confluência, para a generalidade das sociedades, de regras impostas pela presença no mercado de capitais e pela recolha de investimento.

Todos estes interesses assumem um papel renovado nas novas circunstâncias abertas pela crise de 2007/2008.

Por isto, se é certo que a sociedade é, em linha de princípio, “coisa dos sócios”, é também certo que no sector que nos ocupa no governo das sociedades não está simplesmente em causa a prossecução do interesse da sociedade. Os interesses externos à sociedade projectam-se no governo delas e nas regras relativas às relações entre accionistas e administradores e à actuação destes. No sector bancário, impõem-se regras específicas, em muitos casos mais estritas, além de um controlo externo especialmente apertado e apetrechado.

Com esta consideração, entramos já naquela que é, a meu ver, a primeira questão: saber quais as especialidades de regime e qual o modo por que incidem sobre as sociedades. Ora, neste ponto, avanço já uma convicção: ao contrário do que está subjacente ao Livro Verde e é nele assumido como traço fundamental de intervenção que preconiza, não me parece que a questão se possa reduzir a um enunciado de boas práticas que se inscrevam em códigos de conduta e em previsões estatutárias voluntárias. Dados os interesses em jogo e a necessidade de os ponderar mesmo no governo das sociedades, e não obstante o princípio de preservação de autonomia da sociedade e clara separação entre aquilo que são regras de governo e a actividade de supervisão, torna-se evidente aos meus olhos que se vêm agregando novos domínios de imperatividade: as regras a adoptar no governo das sociedades bancárias, por força do interesses que as fundam, não podem ficar na disponibilidade de quem controla os destinos da sociedade. Há, pois, aqui um movimento contraditório: se, em geral, o regime das sociedades é deve ser, e é cada vez mais, dispositivo, no domínio das sociedades bancárias há marcadamente novos e reforçados redutos de imperatividade. Assim, ao contrário daquela que vem sendo a tendência em matéria de *corporate governance* em geral, onde se acentua a dimensão voluntária, conferindo-se aos estatutos uma ampla margem de opção no que concerne mormente à estrutura orgânica e intra-orgânica, à relação interorgânica e à definição de sistemas de circulação de informação, os interesses externos em jogo nas sociedades bancárias impõem uma intervenção mais injuntiva, com definição de regras, em sede de regime especial, que disciplinem de modo especial o governo das sociedades em ordem a

tutelar eficazmente os interesses externos, assumindo-se a instrumentalidade dessas regras para a realização adequada destes interesses.

Pode mesmo estabelecer-se aqui um princípio de imperatividade dos preceitos legais: além daqueles cuja imperatividade se funda na tutela do mercado de capitais, os preceitos que regulam o governo de sociedades bancárias devem ser considerados, em linha de princípio, imperativos – só não o sendo quando, por não estarem em jogo interesses externos ou interesses internos que justifiquem também a imperatividade (o que, como também já sublinhei, se justifica sobretudo nas sociedades cotadas: salvo nestas, o direito geral das sociedades anónimas deve ser considerado dispositivo e pode ser afastado nos estatutos, justamente porque *“a regra no ordenamento português é a da liberdade de associação e da liberdade contratual”*, pelo que *“a imperatividade e as suas consequências têm que ser afirmadas com muito maior cuidado – isto é, identificando com rigor os interesses que a justificam e a sua tutela no quadro do ordenamento societário”*: citámos, de novo, o nosso **Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas**, cit., págs. 305 e segs), a interpretação do preceito permita chegar a conclusão diferente.

A regra, pois, é a de que a sociedade bancária, como qualquer outra, é “coisa dos sócios”: eles criam-na, eles estruturam-na, eles definem os seus objectivos e o seu interesse, eles modelam os seus estatutos. O mesmo sucede com a estruturação empresarial propriamente dita - falo agora da empresa, e já não da estrutura societária - que cabe à sociedade, ou, mais rigorosamente, tratando-se de sociedades anónimas, cabe ao seu órgão de administração. O sucesso dos objectivos depende em grande medida desta autonomia. No entanto, a actividade exercida implica especialmente a imposição de regras de conduta e até de estruturação que podem, por exemplo, reflectir-se em as sociedades bancárias poderem ser compelidas a configurar os seus estatutos de certo modo e a sujeitarem-se a regras de controlo externo especialmente apertadas.



#### 4. Governo e supervisão bancária: necessidade de reforço desta e do seu papel

O que se vem dizendo não pode esbater um ponto: interesses dos accionistas e interesses dos outros “*stackholders*” colocam-se em planos diferentes. Afirmações como as que comumente se produzem, segundo as quais os interesses dos accionistas são interesses de curto prazo e que implicam assunção de risco elevado, com vista sobretudo à subida das cotações, ao passo que os “outros” *stackholders* têm interesses mais conservadores, pois querem assegurar o reembolso dos seus créditos sobre as instituições e preferem políticas de longo prazo e com baixo risco, têm justamente subjacente a projecção no mesmo plano desses interesses. Ora, colocar no mesmo plano, no que toca à condução da sociedade bancária, accionistas e “outros” *stackholders*, é, pelas razões que já evidenciámos, mistificador - para mais, tendo subjacente uma espécie de demonização dos primeiros e de santificação dos segundos, que pode ser utilizadas para legitimar uma subversão das relações de poder na sociedade. Os interesses de outros sujeitos que não os sócios são interesses exteriores, que se projectam na sociedade como interesses decorrentes da participação desta no mercado financeiro e no mercado de capitais.

Ora, é irrealista pensar que os accionistas e os administradores que deles emanam vão prosseguir eficaz e fielmente interesses gerais ou de outrem. A efectiva prossecução dos interesses externos e a sua adequada tutela implicam necessariamente instrumentos também externos. As regras que se imponham para o governo das sociedades têm, pois, um limite à partida: ainda que possam ser justificadas por interesses exteriores à sociedade, estes não têm nelas a via adequada de realização: queremos com isto dizer que não há utilidade em alimentar ilusões e pensar que interesses como o da limitação e controlo da exposição ao risco podem ser eficaz e plenamente realizadas por via dos mecanismos internos de governo das sociedades.

Sem desfazer este equívoco não haverá sistema de governo societário equilibrado e realmente eficaz. Só entidades externas dotadas de mecanismos de controlo e de intervenção estão aptas verificar o respeito pelos interesses externos. Por outras palavras:

havendo um renovado interesse na prossecução de interesses deste tipo, só por via da actuação de entidades de supervisão eles podem efectivamente ser prosseguidos - o que não exclui, pelo contrário, que alguns mecanismos de governo possam ser instrumentos auxiliares dessa prossecução e possam ser até ser predominantemente justificados por ela (por exemplo, a presença de administradores ou auditores realmente independentes).

Eu síntese, e avançando um ponto. O que se vem dizendo não significa que os interesses externos não possam ser colocados como um dos eixos inspiradores de um regime do governo das sociedades bancárias. Pelo contrário. Mas há que ter consciência dos limites de uma tal via para prosseguir eficazmente esses interesses e que só mediante a supervisão externa esse desiderato pode ser alcançado.

Isto mesmo é expresso no RGICSF: prevê-se aí que a actividade de supervisão visa essencialmente a avaliação dos riscos de crédito a que as instituições possam estar sujeitas e a manutenção do seu equilíbrio financeiro e, em geral, o respeito pelas regras de uma gestão sã e prudente (cf. os arts. 116.º-A e 118.º). Com as alterações mais recentes, curou-se significativamente de apurar as regras e os poderes de supervisão, primeiro, com a autonomização, ao lado da supervisão prudencial, da supervisão comportamental, e depois mesmo com acentuação implícita de uma supervisão sancionatória, estruturada com base em dimensões daquelas – num quadro em que o estabelecimento de requisitos de “idoneidade e disponibilidade [que] dêem garantias de gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição” para os membros dos órgãos de administração e fiscalização (bem como dos membros do conselho geral e de supervisão – CGS) (art. 30.º, n.º 1, do RGICSF) e o registo como mecanismo de controlo da verificação desses requisitos (art. 69.º do RGICSF) são momentos fundamentais.

A presença de interesses externos no governo das sociedades bancárias e o reforço da sua tutela pela via da supervisão são mesmo a base sólida para se sustentar que, no quadro legal actual, se pode afirmar já que sobre os administradores bancários impende um dever específico de ter em consideração, além dos interesses definidos pelos

accionistas (ou, mais exactamente, os interesses da sociedade, tal como definidos pelos accionista em assembleia ou no estatuto social), também os interesses dos credores, dos clientes e de outros investidores, bem como os interesses gerais do sistema bancário. Este dever decorre não tanto do ordenamento societário geral (não é esta a sede para determinar o sentido e alcance do art. 64.º do CSC, mas, posso dizê-lo sinteticamente, mesmo na actual versão, ele não consente outra interpretação que não a de que os interesses dos “trabalhadores, clientes e credores” não estão entre aqueles a que devem “lealdade”, mas são simplesmente interesses que têm que se ponderados) mas sobretudo do regime especial que regula a actividade financeira e bancária. Este dever recai de modo especialmente reforçado sobre os membros independentes dos órgãos da sociedade bancária.

Sempre tendo presentes o Livro Verde e documento do Comité de Basileia e os problemas concretos neles identificados, passo a percorrer especificamente os aspectos do governo das sociedades bancárias sobre os quais se coloca a necessidade de intervenção.

#### **5. Participação dos accionistas e estrutura orgânica da sociedade: autonomização da alta gestão e da supervisão societária estratégica**

Reclama-se a necessidade de fazer intervir os accionistas de modo responsável no governo das sociedades. Em simultâneo, pretende-se uma representação adequada dos interesses externos nesse governo. Analisemos os pontos em que a questão se analisa e os véus que a partir daí se vão levantando.

A questão da participação dos accionistas e da consideração de interesses de longo prazo e externos é sobretudo uma questão de estatuto interno, organizativo, da sociedade. Na verdade, não vemos que seja possível obrigar os accionistas a participar na vida da sociedade e a ter em conta interesses de longo prazo. Apenas se poderão introduzir incentivos a essa participação através de uma organização interna adequada e da agilização

de procedimentos, para tornar a intervenção mais atraente e fácil, menos onerosa e, portanto, mais interessante, e melhorar o funcionamento interno da sociedade.

Em todo o caso, a condição especial de accionista de uma sociedade bancária, associada à possível existência de deveres especiais, tem uma expressão na lei. O art. 119.º do RGICSF, ainda que fugindo à directa imposição de um dever – o preceito reporta-se a uma “recomendação” do Banco de Portugal – tem subjacente um especial dever de participação geral de participação na vida societária, não concretizado, que, ao menos no plano do apoio financeiro, não é coercível, por não haver uma derrogação clara do princípio das limitações das entradas inscrito em vários preceitos do CSC (cf. o n.º 2 do art. 86.º, e, sobre isso, o nosso do nosso **“Estrutura associativa e participação societária capitalística”, cit., págs. 226 e segs.**). E o dever não impenderá igualmente sobre todos os accionistas, mas apenas sobre aqueles cuja participação assume uma dimensão reputada relevante para a condução da sociedade.

A concreta participação dos accionistas pode ser potenciada por várias medidas.

Em primeiro lugar, justificar-se-á uma definição especial de competências entre órgãos executivos e não executivos, com uma clara identificação de um âmbito alargado de matérias que aqueles têm que reportar. Neste âmbito, o reforço das competências de um órgão não executivo que emane directamente dos accionistas pode ser decisivo: refiro-me, naturalmente, não à transferência da gestão mas à introdução de competências no âmbito da alta gestão e da supervisão estratégica no leque de poderes de órgãos como o Conselho Geral e de Supervisão (CGS) ou do Conselho de Administração (CA) não executivo. Estas noções, a concretizar naturalmente em específicas competências, implicam a introdução de matérias entre a mera gestão e o controlo: o critério geral poderá ser o de entender como pertencentes ao domínio da alta gestão os assuntos e negócios que exorbitam daqueles que são a concretização comum da actividade objecto da sociedade, ou porque assumem uma dimensão superior aos concretos negócios comuns, inscrevendo orientações gerais de estratégia da empresa ou políticas, ou porque podem ter uma dimensão relevante no

volume quantitativo dos negócios da sociedade ou, ainda, porque criam um risco especial relativamente ao risco geral da actividade. A ideia é, dentro do domínio relativamente indeterminado que é a alta gestão, permitir ou mesmo vincular as sociedades que adoptem o modelo dualístico (com adaptações, a ideia pode ser transposta para os outros modelos) a incluir nos estatutos regras que prevejam, para decisões fundamentais estratégicas, incluindo algumas operações singulares, um sistema de autorização ou aprovação pelo CGS – sempre em vista de uma participação na decisão e não de uma sobreposição (evitando-se, pois, mecanismos que permitam ingerência indevida). A técnica do catálogo de assuntos e operações parece ser a mais adequada e segura.

O fundamento é o de que o CGS não é, neste modelo, mero órgão de fiscalização reforçada – ainda que o CSC assim o pareça configurar supletivamente. Com a co-decisão em matérias de alta gestão, ele é decisivamente convertido em órgão de administração especial.

Esta possibilidade é, aliás, já permitida, ainda que apenas para categorias de actos e para efeitos de consentimento prévio, pela alínea t) do n.º 1 do art. 441.º.

Depois, a experiência no sector bancário parece justificar especialmente o estabelecimento de um dever específico de fornecimento e disseminação de informação, bem como de implementar o correspondente sistema organizativo. Os membros executivos não só não podem escamotear, como têm que estar obrigados a fornecer espontaneamente a informação de que disponham não só aos restantes membros do órgão executivo como aos órgãos de supervisão e controlo – ainda que se trate de um dever com âmbitos diferenciados conforme os destinatários. Correspondentemente, impor-se-á a previsão de um direito à informação de cada membro de órgão social, a exercer através do órgão e, em certos casos, individualmente, pelo qual cada um tenha o poder de solicitar documentos e informações e de assegurar a recepção de todos os documentos e informações solicitados (adiante desenvolverei o ponto).

Por fim, e obviamente sem esgotar a matéria, é curial realçar a importância da definição de um estatuto especial de independência, competência e idoneidade, quer no plano societário quer no plano bancário. Tratarei especialmente da questão da independência mais adiante (cf., *infra*, nº 5).

Não encerro este ponto explicitar algo que vem estando subjacente às considerações que precedem. Noutra plano, talvez fosse uma solução interessante a de impor aos accionistas a adopção de um determinado modelo de estruturação da sociedade. Pensamos designadamente no modelo dualístico, com um reforço do Conselho Geral e de Supervisão através, designadamente, da atribuição precisa a este órgão de competências em matéria de alta gestão e de supervisão estratégica. Não se pretende franquear a possibilidade de intervenção do CGS ou sequer do seu presidente na gestão corrente da sociedade; mas não vislumbro objecção de princípio, em tese, e até se afigura adequado ao tipo de actividade e de relação societária que ela impõe, um sistema de repartição de competências que consagre uma relação do órgão mais próxima dessa gestão. Esta lógica está, aliás, presente no nosso direito, aflorando na possibilidade do presidente ou outros membros do CGS estarem presentes nas reuniões do CA (arts. 432.º, n.º 5 - v. tb., para o Conselho Fiscal, o art. 421.º, n.º 1, alínea *d*)) e na abertura da alínea *t*) do n.º 1 do art. 441.º, que permite sem expressos limites a ampliação das competências do CGS (todos estes preceitos do CSC) – o limite decorre simplesmente do disposto no art. 442.º, n.º 1, preceito com o qual aquela alínea terá que se articular: assim, o CGS não pode, sequer por previsão estatutária, ter competências próprias em matéria de gestão das actividades da sociedade, ainda que possa prever-se estatutariamente (ou na lei, como é evidente: o CSC reportar-se-á decerto a leis especiais, o que tem particular interesse no nosso caso) a necessidade de prévio consentimento para a prática de determinadas categorias de actos.

Com efeito, parece-me hoje claro – e essa percepção está presente na doutrina e até na prática – que, pelas características que apresentam e sobretudo pelo modo como pode ser estruturada a actividade e organizado o controlo, os novos modelos de estruturação da SA são mais adequados às sociedades bancárias. Para dar igual resposta, e em alternativa à

imposição que se avanta, o modelo tradicional terá que ser objecto de uma intervenção específica que vincule – no caso das sociedades bancárias, bem entendido - à existência de uma comissão executiva (facultativa no regime do CSC) e a um número mínimo de administradores não-executivos independentes (no sentido que adiante se explicitará) com poderes e estatuto similares aos dos administradores membros da Comissão de Auditoria ou dos membros do CGS. Neste quadro, o regime do art. 15.º do RGICSF é claramente insuficiente.

No fundo, a questão é seguinte: dada a natureza do conselho fiscal no modelo societário clássico, com uma intervenção limitada pela sua natureza de órgão de fiscalização, será talvez adequado obrigar as sociedades que têm por objecto a actividade bancária e financeira a escolher um dos dois modelos previstos nas alíneas *b)* e *c)* do art. 273.º, n.º 1, do CSC, na medida em que o da alínea *a)* não assegura suficientemente o controlo dos interesses que nessas sociedades estão presentes. Isto sem prejuízo de preceitos especiais que introduzam especificidades no sector bancário (as quais, se forem ao ponto que se sugeriu acima, quanto à reconfiguração de aspectos do modelo clássico, podem evitar a imposição rígida de um modelo, na medida em que, no que é relevante para o sector, promovem uma relativa aproximação dos modelos).

## **5. A independência dos membros de órgãos e de auditores externos**

Daqui, passo para alguns apontamentos sobre a questão do estatuto, competência e independência dos administradores. Fala-se, a este propósito, de requalificação, de exclusividade, de independência, de reforço dos poderes e deveres do presidente do órgão de administração. Que dizer?

Quanto aos administradores que provêm de eleição livre dos accionistas, representando-os, não vejo que se lhes possa “tocar” para lá daquilo que será um reforço do regime de controlo externo, no quadro da supervisão, consagrado no RGICSF, em matéria de competência e idoneidade. Poderão porventura fazer-se especiais exigências

sobre o presidente com funções executivas, em termos de experiência e exclusividade. Remeto, quanto a este ponto, para o que já disse acima, sobre a supervisão e o registo.

Já quanto aos administradores independentes que são membros da Comissão de Auditoria, aos membros do Conselho Fiscal (CF) e aos membros do CGS, o regime que resulta do CSC parece ser insuficiente. Na verdade, para o CF e o CGS, o requisito especial do n.º 4 do art. 414.º reporta-se apenas a um dos membros (cf., para o CGS, o n.º 4 do art. 434.º) – o que no caso das sociedades especializadas, de actividade multifacetada e complexa, que jogam com dinheiro e têm relevo fundamental no sistema económico, e atentos os interesses externos que aí se projectam e necessidade da sua ponderação mesmo no governo da sociedade, parece ser pouco, justificando-se sem dúvida uma maior presença de membros independentes.

Por outro lado, pode questionar-se também a específica configuração da independência no sector bancário e financeiro. Há que começar por recordar que os membros independentes de órgãos sociais nasceram basicamente para assegurar uma participação nesses órgãos que fosse independente em relação ao grupo de controlo ou à maioria, sobretudo no quadro das sociedades cotadas – visando pois, fundamentalmente, a tutela de interesses dos accionistas estranhos à maioria e do respectivo capital. Nesta medida, pode dizer-se que o “administrador independente” é uma figura estranha à configuração tradicional da sociedade anónima e que se justifica sobretudo nas sociedades cotadas.

Ora, no caso que consideramos, a relação da “independência” é sobretudo com interesses externos aos dos accionistas. Por força desta diferença, “independente”, no sentido bancário e financeiro, tem que ser objecto de outra compreensão: estes novos independentes já não vão prosseguir interesses intrassocietários. Vejamos.

A independência, no CSC, vem definida no n.º 5 do art. 414.º, reforçado com o disposto no art. 414.º-A. Além das questões que podem ser postas relativamente a cada um dos critérios que enuncia, o CSC desconsidera um aspecto básico: num sentido estrito, a





independência perde-se logo que alguém é nomeado (e, nesse sentido, entra em potência o conflito de interesses) e a essa nomeação se segue uma remuneração. Quem tem o poder de nomear, destituir e renomear para funções pagas, tem em alguma medida uma relação com o nomeado, e a independência perde-se aí. A questão não está tanto na remuneração, note-se, isto é, em quem paga, mas em quem designa e pode renomear para as funções que alguém há-de remunerar.

Ponderado tudo isto, e recordando sempre a especial posição das sociedades bancárias e a confluência nelas de interesses externos, a existência de um maior número de membros dos órgãos verdadeiramente independentes, que permitam um controlo por dentro, e não apenas externo, parece impor-se. Não pensamos, porque isso seria contraditório com a básica autonomia da sociedade, num sistema de nomeação directa pela supervisão ou por qualquer entidade externa – só em situações de crise e de intervenção isso será legítimo. Mas talvez autonomizar a profissão e função de “administrador bancário independente”, com um quadro de profissionais qualificados registados no Banco de Portugal ou numa entidade específica, de entre os quais a sociedade deveria fazer a sua eleição, conjugado com um sistema de inamovibilidade por 2 ou 3 mandatos, salvo justa causa de destituição reconhecida pela entidade registante em procedimento célere, associado, repito, ao número de independentes e a uma definição clara das suas competências, que partisse de uma nítida base intra-societárias das funções mas não olvidasse os deveres de cumprimento de regras mais amplas inerentes ao funcionamento do sistemas bancário, talvez permitisse desatar um nó especialmente intrincado – como assegurar, como escasso número de independentes e com o incontornável sistema de nomeação em assembleia, a fidelidade ao “sistema” (digamos assim, por comodidade) da gestão e da orientação estratégica das sociedades bancárias?

As regras que, neste âmbito, se definam, são, em todo o caso, regras de âmbito especial, aplicáveis apenas às sociedades bancárias e do sistema financeiro, sempre tendo em conta a dimensão de cada uma.

Resta assumir que está subjacente a estas ideias uma descrença convicta, quase axiomática, na possibilidade de a supervisão externa ter uma intervenção eficaz no controlo da gestão – o reforço do número e da posição de membros independentes pode contribuir para suprir essa impossibilidade. Em todo o caso, o requisito e o controlo da independência devem também ser colocadas no plano do RGICSF e do registo dos membros dos órgãos no BP – justamente por a sua especial configuração decorrer mais da natureza da actividade do que de exigências do plano societário.

Uma nota, à margem, a propósito da questão, com algum paralelismo, dos auditores externos. Em relação a estes, estando eles colocados fora da estrutura societária, é nítido que eles devem estar vinculados a três interesses:

- interesses da sociedade e dos seus accionistas: trata-se de verificar a gestão ao serviço de quem investiu e no plano do cumprimento das regras estatutárias e do regime societário;
- interesses do sistema económico e bancário: trata-se, agora, de verificar, tendo em conta todo o conjunto de regras que regula o sistema bancário, a fiabilidade e completude da documentação social e o respeito pelos *standards* a que a gestão está sujeita;
- interesses do mercado de valores mobiliários, no caso das sociedades cotadas.

Ora, tendo em atenção isto e o que antes dissemos sobre a nomeação, que vale, *mutatis mutandis*, para o caso dos auditores externos, a questão fundamental aqui é assegurar um sistema de nomeação e renomeação que não anule a independência.

## 6. Deveres de informação dos órgãos e membros dos órgãos

Passo a outro ponto fundamental para a tutela dos interesses internos e externos presentes nas sociedades bancárias – repensar os deveres de informação impostos aos órgãos e em especial ao presidente do órgão executivo.

Assinala-se hoje aos administradores executivos e ao presidente de órgão executivo, em geral, um dever de actuar no sentido da criação de uma estrutura organizativa eficiente, adequada à natureza e dimensão da empresa social. Este dever desdobra-se, entre outros, no dever de criar um sistema de circulação da informação intra-orgânica e inter-orgânica que abranja não apenas os aspectos relativos à situação e evolução económico-financeiras da sociedade, mas também os relativos ao cumprimento de deveres específicos do sector em que a sociedade se move.

Note-se que a informação de que aqui falamos não é tanto a informação a que têm direitos os sócios, mas antes aquela a que devem ter acesso os órgãos da sociedade e os seus membros, que é inerente ao exercício das funções que lhes compete e pode até ser pressuposto da tomada de uma decisão correcta – os membros dos órgãos têm mesmo o dever de agir de modo informado, o qual tem como correspondente o dever por parte dos outros de prestar a informação instrumental.

No entanto, este dever de informação – de obtenção e de comunicação da informação, em rigor – relaciona-se também com a autoridade de supervisão. Apesar da diferença de campos, ele pode, em certa medida, estender-se, quanto à comunicação, a essa autoridade.

Vejamos o quadro legal vigente.

No CSC, há que ter presente o art. 407.º, n.º 6, alínea *a)*, disposto para as sociedades anónimas de estrutura clássica ou monista, nos termos do qual o presidente da comissão executiva deve assegurar que seja prestada toda a informação aos demais membros do conselho de administração relativamente à actividade e às deliberações da

comissão executiva. Como o preceito tem em vista as relações entre um órgão e aquele do qual ele emana, reporta-se directamente à informação sobre *a actividade da comissão*, e não a informações sobre *a actividade da sociedade*.

Nas sociedades de estrutura dualista, o conselho de administração executivo deve informar o presidente do conselho geral e de supervisão sobre *“qualquer negócio que possa ter influência significativa na rentabilidade ou liquidez da sociedade e, de um modo geral, sobre qualquer situação anormal ou por outro motivo importante”* (n.º 2 do art. 432.º). Abrangem-se informações relativas a ocorrências nas actividades de sociedades em relação de domínio ou de grupo *“quando possam reflectir-se na situação da sociedade considerada”* (n.º 3).

Nestas sociedades, o presidente do órgão de supervisão, além de poder assistir às reuniões do órgão executivo (n.º 5 do art. 432.º), pode exigir deste *“as informações que entenda convenientes ou que lhe sejam solicitadas por outro membro do conselho”*.

Num claro afloramento de um princípio geral em matéria de dever de informação intra-orgânico, o presidente do CGS tem o dever de transmitir a todos os membros do órgão as informações obtidas (n.º 7 do art. 432.º).

Também o revisor oficial de contas está, pelo art. 420.º-A, n.º 1, adstrito a comunicar ao presidente do CA ou do CA executivo, por carta regista, *“os factos de que tenha conhecimento e que considere revelarem graves dificuldades da prossecução do objecto da sociedade...”*. Na sequência, não obtendo resposta ou não considerando esta satisfatória, o revisor pode suscitar uma reunião do órgão de administração (n.º 3) e, se este não reunir ou não tomar as medidas *“consideradas [pelo revisor] adequadas à salvaguarda do interesse da sociedade”*, pode requerer que seja convocada uma assembleia geral (n.º 4).

Vejamos agora o que dispõe o RGICSF nesta matéria. Sob a epígrafe *“Deveres de informação”*, estabelece o art. 120.º que:



*“1 - As instituições de crédito são obrigadas a apresentar ao Banco de Portugal as informações necessárias à verificação:*

*a) Do seu grau de liquidez e solvabilidade;*

*b) Dos riscos em que incorrem, incluindo o nível de exposição a diferentes tipos de instrumentos financeiros;*

*c) Das práticas de gestão e controlo dos riscos a que estão ou possam vir a estar sujeitas;*

*d) Das metodologias adoptadas na avaliação dos seus activos, em particular daqueles que não sejam transaccionados em mercados de elevada liquidez e transparência;*

*e) Do cumprimento das normas, legais e regulamentares, que disciplinam a sua actividade;*

*f) Da sua organização administrativa;*

*g) Da eficácia dos seus controlos internos;*

*h) Dos seus processos de segurança e controlo no domínio informático;*

*i) Do cumprimento permanente das condições previstas nos artigos 14.º, 15.º e 20.º, nº 1, alínea f).*

*2 - O Banco de Portugal pode regulamentar, por aviso, o disposto no número anterior.”*

Para assegurar estes deveres, o n.º 3 prescreve o dever de as instituições facultarem pleno acesso ao supervisor, bem como outros elementos que ele considere relevantes. Singular, mas significativamente, o n.º 5 dispõe um dever de informação a cargo de accionistas ou detentores de participações: *“As entidades não abrangidas pelos números precedentes e que detenham participações qualificadas no capital de instituições de crédito são obrigadas a fornecer ao Banco de Portugal todos os elementos ou informações que o mesmo Banco considere relevantes para a supervisão das instituições em que participam”*.

Em matéria de registo, enquanto pressuposto para o exercício da função de administrador bancário (cf. o n.º 3 do art. 69.º do RJCSF), o art. 70.º do RJCSF (este preceito tem por epígrafe “Factos supervenientes”) obriga as instituições de crédito a, logo que tomem conhecimento, comunicar ao BP os *“factos referidos no n.º 3 do art. 30.º que sejam supervenientes ao registo da designação e que digam respeito a qualquer das pessoas referidas no n.º 1 do mesmo artigo”*.

A articulação destes preceitos e a ponderação dos seus fundamentos permite-nos sustentar que, mesmo no actual direito positivo, eles são afloramentos de princípios gerais e que permitem, por isso, sustentar que, mesmo no actual direito positivo:

1º) há um dever de os membros dos vários órgãos disseminarem entre si a informação de que disponham que seja relevante no quadro das competências do órgão, dever que impende especialmente sobre o respectivo presidente (o qual deve assegurar a organização de sistemas de disseminação e circulação intra-orgânica da informação);

2º) os presidentes dos órgão executivos ou de administração e os administradores-delegados têm o dever de informar o órgão que tem competências de controlo, supervisão ou fiscalização sobre a actividade do órgão e sobre os elementos relevantes relativas à actividade da sociedade;

3º) os órgãos de administração, e em especial o órgão executivo, têm o dever de informar a entidade supervisora sobre os pontos constantes do art. 120.º do RGICSF e, em geral, sobre qualquer irregularidade na gestão ou sobre a violação das regras que regulam a actividade bancária, designadamente se relevante para efeitos de cancelamento do registo (a apreciação do exacto âmbito deste dever, no quadro do registo, suscitando embora questões de grande interesse, não pode ser feita na presente instância).

A estes deveres correspondem direitos por parte dos órgãos ou dos membros deles. Quanto aos mecanismos de intervenção e actuação de cada órgão social e dos seus membros para a concretização desses direitos, e em especial dos órgãos com funções de controlo ou fiscalização, o art. 441.º, n.º 1, para o CGS, prevê um elenco de competências alargado, tal como o faz o art. 423.º-F para a comissão de auditoria. A questão estará hoje, contudo, também na previsão de concretos mecanismos para actuar essas competências: deveria prever-se uma ampla liberdade do órgão na definição dos actos inspectivos e de controlo, bem como na estruturação de sistemas permanentes de disseminação de informação. Por outro lado, importante será também que se generalize a possibilidade de esses actos de inspecção e controlo serem delegados (a delegação que é especificamente prevista para o CGS pelo n.º 1 do art. 441.º) e que se preveja a possibilidade de serem potestativamente desencadeados por um só ou (o que será porventura mais seguro) por um número mínimo de membros do órgão.

## **7. Conflito de interesses**

Entro agora, com necessária brevidade, no tema do conflito de interesses – para, muito simplesmente, fazer algumas observações relativamente à disciplina especial que as sociedades bancárias suscitam.

Começo por sublinhar que o governo destas sociedades convoca um sentido mais amplo e específico do que aquele que encontramos no clássico regime societário do conflito de interesses. Na verdade, neste, a questão do conflito põe-se em concreto, para

uma certa decisão social, entre o sócio e a sociedade ou entre esta e o administrador. Pelo contrário, nas sociedades bancárias, a questão coloca-se a um nível que transcende esse plano: o exercício de certas actividades ou funções exteriores à instituição pode colocar, sem mais, o sujeito em conflito de interesses, não propriamente com uma concreta decisão a tomar, mas com a condição de accionista ou de membro de um órgão social. Recordo aqui os casos apontados no Livro Verde: os de participações cruzadas e os de negócios cruzados indirectamente (considerando as relações de participação entre sociedades). Situações desse tipo deverão conduzir não apenas a impossibilidade de participar em decisões mas antes a inelegibilidades para o exercício de certas funções ou mesmo na incapacidade para assumir a condição de accionista, não bastando, ao menos nos casos mais graves, sistemas de transparência de informação.

Por outro lado, também no que concerne ao conflito de interesses concreto há especificidades. É certo que o recurso a cláusulas gerais nas normas do CSC permite uma certa elasticidade, mas uma específica previsão das situações não só tornará mais segura a aplicação do direito como tornará mais clara a identificação à partida das situações. Além disso, a cláusula geral, no sector financeiro, poderá ter que ir para lá do caso em que o sujeito tem “a possibilidade de contribuir para a formação da vontade da sociedade e de, em simultâneo, ser sujeito do outro lado da relação” (cito, de novo, o que escrevi em **“Estrutura associativa e participação societária capitalística”, cit.**, pág. 443), isto é, de um regime que previna formas de negócio consigo mesmo – caso que a alínea *d*) do n.º 6 do art. 384.º do CSC abrange amplamente. Com efeito, o impedimento de voto poderá ir até casos em que se atende não apenas à titularidade directa ou formal de relações jurídicas, mas também à titularidade indirecta e estender-se a situações em que se presume o conflito a partir de uma situação geral do accionista ou administrador. Por outro lado, a consequência de certas situações poderá ir além do simples impedimento de voto: em casos como o de exercício de funções em outras sociedades ou de certas relações entre sociedades e de relação entre a sociedade bancária e sociedades em que participam membros de órgãos sociais, ainda que estes não intervenham directamente na decisão



sobre a operação, a consequência pode ser mesmo a absoluta proibição da própria operação – domínio em que obrigações de transparência e troca de informações podem ser instrumentos relevantes.

## **8. Breves apontamentos finais: do CRO às relações intra-grupo e à política de remuneração**

Resta-me o tempo para, em simples tópicos, abordar alguns temas que estão na ordem do dia.

Começo pela ideia de nomeação de um comité de risco com um CRO (*chief risk officer*) à cabeça. A possível institucionalização de um órgão societário com uma função tão específica – outra coisa, note-se bem, será a estrutura empresarial ter uma tal função – merece-me as seguintes observações. Desde logo, trata-se de uma transposição de categorias e funções de origem anglo-saxónica, que não têm correspondência na nossa tradição, sendo que a assimilação que se vai fazendo entre o CEO (*chief executive officer*) e o presidente da comissão executiva ou o presidente do conselho de administração executivo não é passível de extensão linear a outros *chief officers*. Depois, só vislumbro sentido se à função corresponder um estatuto de verdadeira independência e efectivos poderes de controlo. Por fim, recordo que no modelo dualístico já está prevista, para as sociedades cotadas e as grandes anónimas, a necessidade de criação de uma comissão para as matérias financeiras (art. 444.º) que, nas sociedades bancárias, pode adicionar essa competência específica.

No que respeita às relações intra-grupo, assinalo a crescente tendência para não se atender apenas à sociedade que detém a instituição bancária ou financeira, mas para, quando é o caso, olhar para todo o grupo em que ela se integra. Em tópicos:

1º) grupo, no caso, não deve ser entendido no sentido societário inscrito no nosso CSC; como o efeito que se visa é a apreensão de reais relações inter-empresariais - distinto,



pois, do regime do CSC - a noção deve ser outra, mais ampla, abrangendo pelo menos a relação de domínio e o chamado grupo de facto;

2º) a eventual sociedade de topo deve ser responsabilizada pela direcção e coordenação e até estruturação e funcionamento intra-orgânico da sociedade bancária, aplicando-se-lhe, numa espécie de desconsideração ou “disclosure” de fim específico (não esqueçamos que não é ela que detém directamente o banco), algumas regras que se aplicam à sociedade controlada;

3º) designadamente, devem ser proibidos negócios intra-grupo relativos directa ou indirectamente à actividade bancária, assim como devem ser proibidas actividades da sociedade de topo ou outros membros do grupo que obtenham directa ou indirectamente resultados alcançáveis com a actividade bancária.

Por fim, uma breve observação por um dos aspectos que mais intervenção efectiva vem suscitando, a política de remunerações. Esta tem sido objecto de intervenções várias, da Comissão Europeia e do Banco de Portugal – que, em qualquer caso, são meras recomendações, salvaguardando a autonomia da sociedade. Questiona-se apenas se não deveriam ser introduzidas regras imperativas, filiadas numa evolução da ordem pública económica e societária, que vedem certo tipo de práticas que liguem a remuneração a objectivos de curto prazo.