

FIT AND PROPER: O CONTROLO ADMINISTRATIVO DA IDONEIDADE NO SECTOR FINANCEIRO*

Luis Guilherme Catarino*

ABSTRACT: *The current high administrative quality control, such as personal and professional suitability to access jobs in the banking and financial domain, comes as a reflex from several paradoxes. The first, freer markets demand more legal rules. The second, to the markets that are left to private initiative, functions and private jobs are becoming public. The third, and most important one, when it comes to relations in Globalized Economy, Administrative Law of the Nation-State, it is brought to replace other ways of legitimation and ruling of conducts, like the ethics and morals of an individual. This individual can become dangerous when it comes to professional conduct, if his level of ethical behaviour is reduced, either for unfamiliarity or bad faith, leading to personal fostering. However, when the individual operates in a strong system of public interest and interacts in an ecosystem grounded in fiduciary relations, come time, he can destroy Trust and Safety in the same environment, that only the true independent public authority, can preserve.*

SUMÁRIO: Introdução: a temporalidade de um tema. I. O controlo administrativo da idoneidade é supervisão: o seu cariz prudencial. II. História recente do regime de controlo administrativo da idoneidade. III. O ato administrativo de autorização: um (velho) meio de controlo regulatório perante angústias constitucionais. 1. *A autorização é um meio de controlo prévio e contínuo.* 2. Controlo jurídico *prévio* e controlo *a posteriori*: importância da distinção. Entre o dever de precaução e o dever de prevenção. A. Controlo *prévio*: a supervisão entre o princípio *da precaução*. B. Controlo *a posteriori*: a supervisão entre o princípio *da prevenção*. IV. Ato administrativo-regulatórios negativos e medidas de urgência. 1. Os atos administrativos de autorização, de recusa, de registo, e revogação. 2. Os atos restritivos urgentes: as medidas provisórias, as medidas de polícia e as medidas cautelares. A. As

* “Idoneidade”: Qualidade do Idóneo: Capacidade, Aptidão, Conveniência (Lat. *Idoneitate*) – Dicionário Porto Editora.

** Professor Auxiliar da Faculdade de Economia UAL. Diretor-adjunto do Conselho de Administração da CMVM. Agradecimentos são devidos aos Senhores Drs. Nuno Casal, *Compliance* do Banco Europeu de Investimento (BEI), e Conceição Aguiar, Eminente Jurista da CMVM. As opiniões expendidas no texto correspondem aos Seminários da FDL 2015/6, e apenas vinculam o Autor.

*medidas de polícia. B. As medidas provisórias. C. Medidas provisórias especiais do sector bancário. D. Medidas cautelares. V. Âmbito subjetivo da autorização administrativa: os titulares, os trabalhadores em funções essenciais e a funcionalização do órgão. VI. Procedimento de avaliação: da autoavaliação à heteroavaliação. VII. O conceito jurídico indeterminado idoneidade. A essencialidade da “norma-padrão” de comportamento perante as “normas-travão” dos “índices exemplificativos” (o *undue process of law*). Que conclusões retirar sobre a Idoneidade e seu regime?*

INTRODUÇÃO – A TEMPORALIDADE DO TEMA

O exercício por pessoas singulares das funções de administração e fiscalização nas instituições de crédito (latamente, de todas as entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, doravante designadas por “instituições financeiras”), encontra-se submetido a um procedimento administrativo de prévia autorização, após avaliação da “adequação” para “o exercício do cargo e no decurso de todo o seu mandato”.

A adequação “(...) consiste na capacidade de assegurarem, em permanência, garantias de gestão sã e prudente das instituições de crédito, tendo em vista, de modo particular, a salvaguarda do sistema financeiro e dos interesses dos respetivos clientes, depositantes, investidores e demais credores” (artigo 30.º, n.ºs 1 e 2 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, doravante Regime Geral ou RGIC¹).

A *adequação* para o desempenho destes cargos – requisito legal que se encontra atualmente estendido a outros cargos ou funções consideradas essenciais nas instituições financeiras – é uma cláusula geral, uma hipótese legal muito genérica que abrange para tratamento jurídico um vasto domínio de casos. Esta cláusula contém conceitos indeterminados, i.e., conceitos cujo conteúdo e extensão são em grande medida incertos, e implica a verificação de pressupostos objetivos mas também subjetivos dos nomeados: a idoneidade pessoal, profissional e patrimonial de que trataremos; a qualificação profissional; a independência pessoal, profissional e de espírito; a disponibilidade (artigos 30.º, n.ºs 3 e 4, e 30.º-C).

Traduz-se num vasto poder administrativo discricionário balizado pelo *objecto* do acto – aferição das condições necessárias para garantir uma gestão

1 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, a versão atualizada e consolidada está disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/Legislacaoenormas/Documents/RegimeGeral.pdf> (consultado em 5.4.2016). Doravante todos os artigos sem indicação de fonte reportam-se ao RGIC.

sã e prudente da instituição –, e pelo seu *fim* – salvaguarda do risco *individual* (proteção dos interesses dos clientes, depositantes, investidores e demais *stakeholders*) e do risco *sistémico* (proteção de todo o sistema financeiro). O exercício desta competência depende da prévia verificação de pressupostos ou *condições legais*, desde logo a verificação pela empresa da adequação funcional do indivíduo e do conjunto de indivíduos (nos órgãos plurais) *i)* face aos cargos a ocupar em concreto, *ii)* às atividades desenvolvidas pela empresa, *iii)* no âmbito da sua política interna de seleção e de controlo, *iv)* com observância de critérios legais prudenciais ou meramente políticos como o de discriminação em razão do sexo (“destinada a aumentar o número de pessoas do género sub-representado (...) em cada momento), artigo 30.º, n.º 5.

Numa tendência contrária ao movimento de desregulação administrativa que apostou na substituição dos regimes de licenciamento e de autorização pelas meras notificações ou comunicações (prévias) à Administração, o Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, procedeu a uma profunda alteração do RGIC, nomeadamente no usualmente denominado regime geral de autorização administrativa para exercício de cargos sociais em instituições financeiras. O reforço da proibição (relativa) do exercício de uma profissão foi instituído numa difícil atividade administrativa de polícia: a que tem em vista a prevenção de riscos de solvabilidade de uma empresa através de garantias de uma gestão *sã e prudente*. A formulação deste juízo implica uma forte averiguação inicial da conformidade ou da *adequação* pessoal (e profissional) dos candidatos ao exercício das funções. A decisão administrativa de autorização ou de proibição funda-se na verificação de *capacidade* dos interessados face a factos presentes e passados conhecidos, que determinarão uma convicção baseada num juízo de prognose de garantia de capacidade futura.

No presente artigo debruçamo-nos sobre este mecanismos legal, pois:

- i)* A verificação administrativa prévia da *idoneidade* de uma pessoa para uma profissão não é uma novidade no ordenamento jurídico nem é condição única, sendo um dos requisitos da verificação da *adequação* pessoal;
- ii)* A aferição da idoneidade é uma atividade de *supervisão prudencial* que se aplica igualmente a outras pessoas que não apenas os membros dos órgãos sociais, porque exercem funções consideradas essenciais ou

- de direção de topo (denominadas de *key persons* ou pessoas elegíveis devido a funções essenciais², artigo 33.º-A RGIC);
- iii) O controlo da idoneidade reveste uma natureza de *poder-dever de vigilância* que incide primariamente sobre as instituições financeiras, sobre as autoridades administrativas reguladoras nacionais (com cooperação interinstitucional nacional e comunitária, *vg* das autoridades de supervisão comportamental), e sobre o Banco Central Europeu no caso de instituições financeiras significativas³;
 - iv) A verificação destas condições legais (também ditas de *fitness and propriety* para o exercício de funções) deve manter-se a todo o tempo, detendo o regulador responsável pela supervisão prudencial fortes poderes discricionários de verificação que permitem atuar a todo o tempo através de medidas individuais e extraordinárias.

Não sendo um tema novo, a verificação deste requisito regulatório ganhou uma especial acuidade enquanto refração do movimento de re-regulação financeira mundial decorrente das graves repercussões para os estados e para cidadãos, para os mercados, os investidores e reguladores, do gigantesco esquema piramidal (*Ponzi Scheme*) criado por Bernard Madoff. A fraude criada por alguém que fora presidente de um dos maiores mercados tecnológicos do mundo, mercado gerido por uma empresa dotada de fortes poderes de autorregulação e supervisão sobre os seus membros e participantes, colocou na agenda regulatória mundial três refrações essenciais:

2 “Colaboradores cujas funções lhes conferem uma influência significativa na administração e fiscalização da instituição de crédito, mas que não são membros do órgão de administração e fiscalização. Podem incluir-se entre quem desempenha funções essenciais os responsáveis por linhas de negócio significativas, os gerentes de sucursais constituídas no EEE, responsáveis por filiais estabelecidas em países terceiros, e ainda os responsáveis pelas funções de apoio e de controlo interno” – Orientações da EBA, de 22nov2012, EBA/GL/2012/06.

3 No caso das “instituições financeiras significativas” a competência para a avaliação da adequação ou idoneidade cabe ao Banco Central Europeu, a quem os reguladores bancários nacionais devem comunicar todos os atos de autorização e registo e demais atos administrativos secundários relativos à composição dos órgãos sociais (bem como outros factos relevantes para esta matéria como processos judiciais ou administrativo-sancionatórios interpostos contra tais pessoas) – artigos 4.º, n.º 1, al. e) do Regulamento n.º 1024/2013/EU do Conselho, de 15 de outubro de 2013, Mecanismo Único de Supervisão ou MUS, e 93.º do Regulamento-Quadro do MUS do BCE, de 16 de abril de 2014. Para uma noção *objetiva, subjetiva e estrutural* de sistema monetário e financeiro, Costa Pina, 2004: 22 e bibliografia citada e Maria Leitão Marques et al., 2008: 413 ss.

1. A primeira, com menos *chances* de sucesso devido à autorreflexividade do sistema financeiro, convoca a *accountability* dos reguladores (desde logo nos *fora* internacionais de desregulação) que falharam na regulamentação, na deteção ou na atuação perante as irregularidades verificadas nos mercados. Esta *accountability* continua a ser diabolizada pela insuportável pressão financeira que traria sobre os reguladores, mas existem outras formas de *accountability* não necessariamente pecuniárias, como o Bank of England, acaba de demonstrar ao colocar em consulta pública medidas legislativas para fazer face a queixas contra os reguladores⁴. As “falhas regulatórias” (que são muitas vezes *governmental failures*) deveriam ser seriamente pensadas para evitar que a *autopoiesis* do sistema financeiro continue a abrir fendas jorrando externalidades negativas para o seu exterior, evitando também o grave efeito reputacional negativo. Na realidade, o caso Madoff acarretou um enorme descrédito para a norte-americana *Securities and Exchange Commission* dadas as anteriores falhas ocorridas desde a década de noventa. Relembramos a falência das socialmente relevantes *morgage and loans companies* (M&L), a explosão das “bolhas especulativas” dot.com (empresas tecnológicas), o fim de colossos como a Enron ou a Worldcom na vertigem da “contabilidade criativa”, os escândalos de aproveitamento de administradores das empresa face aos investidores (que levou ao afastamento da autorregulação da *corporate governance*), o admirável Mundo Novo dos derivados OTC, da securitização e da disseminação pelo público de instrumentos “tóxicos”, do conúbio das sociedades de *rating* e de outros *gatekeepers* privados com grandes bancos internacionais e governos (fenómeno da *revolving door*), da *never ending story* das dívidas públicas nacionais....
2. A segunda traduz-se num crescente apelo global à ética nos negócios e à moral nas condutas dos profissionais do sector, questão importante no atual ecossistema do mundo financeiro global. É real a preocupação decorrente do facto de ser cada vez mais pronunciada a existência de uma “ecologia profissional” ou uma comunhão de interesses profissionais, políticos e de cultura entre indivíduos que funcionam dentro do

4 *Complaints against the Regulators (the Bank of England, the Financial Conduct Authority and the Prudential Regulation Authority)* – CP5/16, in <https://www.fca.org.uk/static/documents/policy-statements/ps16-11.pdf> acedido em 5.4.2016) Sobre as formas de “accountability”, vd o nosso artigo nesta Revista, 2014, pp. 171-239.

mesmo círculo profissional e sectorial⁵. “Estes indivíduos transitam entre o sector privado e o sector público, governamental ou administrativo independente, numa real “captura intelectual”. As suas ligações pessoais e políticas e a vasta informação de que dispõem (e consequente influência mas também conflito de interesses), a sua socialização, determinam uma formação cultural e profissional homogénea, um clube fechado (*narrow*) cujos membros rodam “naturalmente” entre os diversos sectores e criam a respetiva *policy*” – o “Washington corridor”⁶. A idoneidade deverá ponderar no futuro a essência de conflitos de interesses inerente à translação de Presidentes e titulares de órgãos sociais entre instituições financeiras concorrentes, por vezes promovidas pelos próprios reguladores e membros de governos, ou os movimentos destes servidores públicos que, conhecendo todo o sector e *players*, aceitam lugares nas respetivas administrações⁷.

3. A terceira decorre de a *autopoiesis* do sistema ser reforçada perante o movimento da globalização (os *fora* internacionais são atualmente dominados por governos e políticos com falta grave de legitimidade democrática e não por reguladores) e o transbordar do Direito e dos estados (são este *fora* quem dita as normas que regem todo o sistema internacional sem olhar ou conhecer particularidades e necessidades locais). Que padrão de garantia de adequação e idoneidade se pode exigir a administradores nomeados por acionistas com domicílio ou sede fora da União Europeia, com tradições, cultura e interesses diversos? Como combater esta nova “guerra fria” financeira “armada” com novos campeões nacionais, sobretudo de estados emergentes? Qual o estado ou regulador nacional que assume o ónus político-financeiro de se opor a que um fundo soberano ou uma empresa financeira, direta ou indiretamente dominada por um estado autoritário ou teocrático (ou por uma

5 “Board Companies can’t be Old Boys Clubs”, escrevia o *Economist* de 7Dez2013, após o famoso Sarbanes-Oxley Act de 2002. Este Act tinha também como objetivo dar resposta aos escândalos “corporativos” de 2000, mas não evitou o proliferar de conflito de interesses e falta de independência dos gestores.

6 Catarino, 2014: 72 ss.; Catarino e Peixe, 2014: Parte I.

7 A recente lei-quadro de algumas entidades independentes (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto) pretendeu combater este fenómeno de *revolving door* entre sectores, mas de forma parcial: por um lado permitiu expressamente esta “translação” dos membros dos órgãos sociais em exercício (mas não dos demais “dirigentes”, numa demonstração pouco saudável do designado “Washington corridor”); por outro, porque não preveniu a captura do regulador pela entrada de dirigentes da indústria regulada ou de membros de órgãos políticos.

oligarquia familiar ou empresarial opaca), invistam fortemente os seus vastos recursos financeiros nos seus mercados ou nas principais instituições nacionais – adquirindo participações qualificadas e nomeando os seus administradores?

O premente apelo à ética e à moral (e à “ecologia”) nos negócios é uma reação a esta realidade hodierna, tal como o reforço do controlo público visa a salvaguarda da solvabilidade das instituições e do conjunto do sistema. Considerado durante algum tempo como o problema da regulação financeira, a necessidade de adequação é apenas *um* dos muitos dilemas regulatórios que ganhou atualidade e notoriedade devido ao forte impacto público de comportamentos pessoais ilícitos e danosos baseados em “correntes de confiança pessoal”.

O controlo da conformidade legal de comportamentos e qualidades pessoais intrínsecas a estes profissionais e a garantia da sua repercussão positiva no sistema financeiro foi cometido aos bancos centrais. Foram criados à semelhança das *agencies* norte-americanas e do Bundesbank enquanto administração pública especializada, especificamente orientada e meritocrática. As entidades administrativas independentes foram criadas há mais de um século para funcionar como um “Governo de Sábios”. Pretende-se que sejam também imparciais e independentes. Imparciais subjetiva e objetivamente, e Independentes dos governos, dos políticos e da indústria, foram consideradas em tempos como o melhor remédio para a “governance” de sectores específicos e fuga à captura pelas empresas e pela partidocracia, ante a necessidade de proteção individual face a atividades públicas e privadas colidentes com direitos, liberdades e garantias fundamentais⁸.

Após uma era de fraca intervenção num espectro político dominado pelo monetarismo, pelo Thatcherismo e pela Reaganomics, pelo paradigma da autorregulação e posterior desregulação legal, as sucessivas *governmental* e *regulatory failures* do início do séc. XXI quase determinaram o ocaso destas autoridades e dos seus vastos e crescentes poderes. As acusações de captura e de omissão regulatória e os efeitos reputacionais negativos somados à grave crise mundial que eclodiu em 2007/2008 obrigam-nas a caminhar para uma

⁸ Entre a vastíssima bibliografia sobre esta nova forma de administração independente de peritos, Vital Moreira & Maças, 2003: 250; Catarino, 2010; Calvete, 2013; Gonçalves, 2013, Vital Moreira, 1994; Vieira de Andrade, 1997; Figueiredo Dias, 2001; Cardoso, 2002; Morais, 2001, Miranda & Medeiros, 2007; Catarino, 2012a; Maças, 2013.

re-regulação administrativa, forte e tipicamente reativa, mas que não pode redundar na patrimonialização dos cargos ou na auto-captura.

O novo direito administrativo da regulação contém peculiaridades que em parte decorrem da adoção por um regime de administração napoleónica, tradicionalmente denso em termos materiais, e do Direito das formas e dos princípios da *administrative law* norte-americana, assente na criação e regulação do procedimento e das formalidades e em cláusulas materiais abertas. Ao mesmo tempo mimetiza-se a atuação paranormativa e parajurisdicional das *independent regulatory agencies*, esquecendo que tais funções decorrem das particularidades americanas da tradição constitucional madisoniana e de serem uma “longa manus” do Congresso e não do Presidente. Sofre ainda a influência da necessidade de criação de um direito administrativo de natureza global (DAG) que se reflita em atos transnacionais (DAG ainda desacompanhado de um direito constitucional global), numa estrutura normativa tripartida ou triangular (Administração-Regulados-Investidores ou Clientes).

A sua legitimação nos atuais sistemas democráticos, assenta numa atuação legal e constitucionalmente orientada. O procedimento é essencial dado que elas detêm um elevado grau de discricionariedade de ação e de decisão e conseqüente falta de controlo (artigo 267.º, n.º 5 CRP). A legitimação assenta sobretudo na *Auctoritas* dos seus titulares, mais do que na *Potestas*. O Saber e a Experiência determinam um “Mando” socialmente e profissionalmente reconhecido, que legitima a substituição da intervenção de um Governo democrático pela *neutralidade* de um governo de sábios democraticamente deficitário⁹. É esta *Auctoritas* que tem de ser reconhecida por um sector regulado, caracterizado pela porosidade de funções e pela legalidade difusa. Um sector onde, a par da prática dos simples e tradicionais atos administrativos fracos, de *aquisição de conhecimento e declaração*, e dos atos de regulação forte (*hard regulation* que inclui os típicos atos *autorizatórios* de exercício de atividades, as *injunções* ou as *medidas de polícia*), se praticam também atos preceptivos informais (substituição de membros de órgãos sociais mediante propostas regulatórias “irrecusáveis” de renúncia a cargos) ou procedimentos administrativos intrusivos desprocedimentalizados (de fiscalização, de inspeção ou de averiguação para obtenção de informação sobre pessoas concretas).

9 Catarino, 2009: 298-359, 390, 420.

A *Auctoritas* é essencial para a eficácia de uma *soft regulation*, quer se traduza numa Instrução do regulador (verbal ou escrita), quer num Parecer ou numa Recomendação (genérica ou concreta), quer numa Ordem para execução imediata. Só assim esta especial legitimidade pode ser “fonte de juridicidade” de condutas (*soft regulation*¹⁰) e colocar “fontes informais” de Direito num patamar superior às fontes jurídicas de legitimação tradicional. A matéria do controlo das idoneidades é um bom exemplo do que há muito denominamos como “Direito conformador” de um sector, decorrente do efeito de atos quase-normativos e de técnicas informais que só os profissionais conhecem: um vasto sistema autopoiético assente no reconhecimento social que é legitimatório do regulador e dos seus titulares. A perda da *Auctoritas* pode por isso abalar definitivamente a “proposta moral de direção e comando” e esta “mancha” pode-se estender das pessoas individuais à própria instituição reguladora e aos regulados.

I. O CONTROLO ADMINISTRATIVO DA IDONEIDADE É SUPERVISÃO: O SEU CARIZ PRUDENCIAL

No sector bancário são as instituições de crédito que se situam no centro dos respetivos mercados. Tradicionalmente os bancos são intermediários entre o público aforrador e os investidores, prestam serviços e fazem empréstimos aos Estados, às famílias e às empresas. O risco da sua atividade e os custos suscetíveis de serem externalizados para toda a coletividade aumentaram com o movimento de crescente inovação tecnológica e de complexidade financeira. Os bancos têm uma relação fiduciária com os seus depositantes e mutuários que se encontra *on the edge* dado que hoje operam simultaneamente como mercados, como emitentes e colocadores de instrumentos financeiros (alguns com natureza bem complexa) também nos seus clientes, como investidores e especuladores e arbitragistas globais. Há que mitigar os riscos decorrentes destas novas atividades e da junção da tradicional banca de retalho com a banca de investimento e criar a Confiança nos usuários do sistema. A regulação assenta por isso na *supervisão* enquanto atuação de *controlo* e de *vigilância* e *fiscalização* pela administração nacional (vg pelos bancos centrais) para um Estado de Garantia.

A *garantia* para o mercado de que os operadores do sector financeiro observam na sua atividade as normas comportamentais e prudenciais legal-

10 Catarino, 2012: 145-177.

mente exigíveis, assenta na *Potestas*, que vai com poderes jurídicos fortes e discricionários. A constituição de uma relação jurídica regulatória assenta, no nosso tema, no “controlo de entrada” num sector do regulado daqueles que nele desempenham funções que são materialmente de *risk takers* para a instituição e o sector. Este controlo traduz-se na verificação de uma prévia condição legal: a autorização administrativa.

O procedimento autorizativo permite à administração ponderar a pretensão do *exercício de um direito privado* em função de *garantia do interesse público*.

Como veremos, o levantamento da proibição ou de um obstáculo em que se traduz a técnica autorizativa depende de uma prévia atividade de averiguação e valoração de qualidades e de comportamentos passados do interessado, no campo pessoal e patrimonial, que permita um *juízo prospetivo* de cobertura ou minimização de *risco* (princípio da *precaução*). Por isso este perscrutar de condutas se enquadra numa atividade de supervisão *prudencial*¹¹: o poder-dever da Administração decorre da funcionalização da autorização à finalidade de salvaguarda da gestão “sã e prudente” da instituição financeira aquilitando do seu equilíbrio financeiro e métodos de gestão. Num sector económico com impacto na economia total dos Estados (“financiarização da Economia”), as autorizações de entrada são limitadas por forma a garantir igualmente a “salvaguarda do sistema financeiro e dos interesses” de todos os agentes económicos.

O juízo da administração sobre a adequação e em particular sobre a Idoneidade é enquadrado pelos conhecimentos de que dispõe e uma apreciação prévia: *i)* pelos mecanismos disponíveis no âmbito da organização interna da instituição (para a nomeação e posterior controlo); *ii)* da soma das qualidades dos membros dos órgãos colegiais (“adequação” coletiva); *iii)* do funcionamento e atividades da empresa em concreto (projeto de *governance*); *iv)* dos instrumentos de controlo, de reporte e de auditoria da atividade (para “segurança dos fundos confiados à instituição”); *v)* da capacidade individual para contribuir para a satisfação das regras de conduta ou de mercado.

O óculo de verificação da idoneidade é pessoal e profissional mas a lente é *funcionalizada*: na fundamentação de um ato administrativo de recusa ou

11 “A supervisão *prudencial* abrange os mecanismos ligados à organização interna e ao funcionamento das empresas financeiras que se destinem a evitar todo o tipo de riscos financeiros e patrimoniais para a empresa e para o sistema” e “visem criar as condições para a proteção dos fundos e valores dos clientes confiados à empresa financeira” e ainda a satisfação das regras de conduta ou de mercado”. Acerca das diferentes noções e valências da supervisão, inicial e *a posteriori*, comportamental e prudencial – e dentro desta micro e macroprudencial – Catarino, 2010a: 464

de indeferimento não basta alegar que *A* ou *B* foi condenado ou acusado no procedimento *X*. Há que estabelecer um juízo de prognose negativo. Este juízo negativo pode reportar-se à adequação da pessoa em concreto – perante a profissão, a atividade ou aquele pelouro. Pode reportar-se à adequação coletiva – adequação perante o conjunto das competências reunidas no órgão plural que pretende integrar, v.g., o conhecimento técnico reunido no órgão de gestão enquanto resultado dos conhecimentos dos seus titulares. E é necessariamente prudencial – a apreciação encontra-se dependente de um juízo de prognose relativo à probabilidade de assegurar uma gestão “sã e prudente” da instituição e de salvaguardar o ecossistema particular em que se integra. Por isso o controlo se encontra cometido ao Banco de Portugal (artigos 16.º-33.º-A, 65.º e 93.º e 118.º).

No âmbito da supervisão *prudencial* o foco desloca-se para a salvaguarda da solvabilidade da instituição (risco individual) e da do sistema (risco sistémico) decorrente da capacidade de as pessoas que a gerem e representam darem garantias de uma gestão da empresa *sã e prudente* (devem ser *fit and proper*).

Esta idoneidade é um conceito funcional que tem em vista a salvaguarda da relação de fidúcia ou de confiança perante o público em geral que confia à instituição os seus fundos, embora a instituição seja solidariamente responsável pelos atos dos seus dirigentes, artigo 226.º. O regime em questão veio reforçar o regime geral de *fitness and propriety* constante do Código das Sociedades Comerciais (CSC) relativo aos deveres dos membros dos órgãos sociais (artigos 64.º e 414.º CSC). Tendo embora uma fonte diferente, os deveres constantes das novas tendências de *corporate governance*, usualmente de génese autorreguladora, são importantes enquanto cruzam e harmonizam interesses dos próprios titulares de órgãos sociais e destes com a empresa, com os *stakeholders* e com os reguladores.

Na realidade, também servem diferentes *fins* pois esta última visa as relações com os acionistas e a salvaguarda do direito de propriedade acionista (a apreciação do projeto de aquisição de uma participação qualificada numa instituição financeira integra a avaliação da idoneidade do proposto adquirente, artigo 103.º, e de pessoas que venham a assumir por esse facto um lugar nos órgãos sociais – artigo 23.º da Diretiva 2013/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2014, denominada usualmente por *CRD IV*, de *Capital Requirements Regulation and Directive*), bem como as relações com os demais *stakeholders* (o que implica uma forte componente *normativa* mas também *ética*). O primeiro visa as relações com as autoridades reguladoras

que aprovaram uma pessoa para poder atuar num ambiente regulado devido ao forte interesse público em causa.

Com o fim do mito da concorrência perfeita, a Confiança depende da regulação da atividade não só através da criação de “redes de proteção” como os fundos de garantia, mas da intervenção preventiva no estabelecimento de forte solidez prudencial. Intervenção de quem? De uma entidade pública central que regula e disciplina as atividades (que também detém recursos para eventualidades adversas), e com quem os bancos estabelecem uma especial relação de fidúcia¹². Cria-se um “Regime Especial de Pessoas Autorizadas” para o exercício de atividades profissionais no sector financeiro. Este pressupõe o cumprimento de deveres, *inter alia* de colaboração e de cooperação, a par de uma panóplia de deveres profissionais (muitos deles constantes de auto-regulação nos códigos de conduta profissional e nos regulamentos internos das empresas) e de uma especial diligência (artigo 75.º RGIC), com consequente responsabilidade civil (embora a violação destes deveres públicos não crie para os particulares um direito de ação) e responsabilidade pública (*vg* contraordenacional, que na sua génese era de cariz disciplinar). Em última análise, a violação deste regime legal pode levar a uma sanção de morte profissional pelo afastamento pessoal do exercício de atividades financeiras (pelo menos naquelas que requerem prévia autorização ou aprovação)¹³.

Esta relação fiduciária assenta portanto no pressuposto de que estas pessoas autorizadas agirão no melhor interesse da empresa e dos *stakeholders*, na preservação da eficiência e transparência do mercado, e são dotadas de uma especial diligência, honestidade e integridade.

12 A regulação prudencial inicial versava o controlo dos balanços e a liquidez das instituições, a restrição de atividades por sectores e por áreas territoriais ou nacionais – caso da famosa *Glass-Steagall Banking Act* nos EUA, mas de que podemos também dar como exemplo em Portugal a distinção entre as atividades dos bancos comerciais e a distinção entre as instituições de crédito, auxiliares de crédito as instituições parabancárias. A internacionalização das atividades e a globalização crescente levaria à regulação por instância informais internacionais, quer o G7, quer o Comité de Basileia por estes criados em 1975 após a falência no auto anterior do Bankherstatt. A tendência acentuou-se na década de 80 devido à desregulação bancária e seu impacto no forte mercado internacional de capitais e de divisas então existente (não esquecendo o importante papel desempenhado pelas bolsas de valores e *securities*, operações fora do balanço como os derivados, a inovação financeira e a especulação). A declaração de Nixon em 1973 derrubara definitivamente os objetivos que tinham levado à criação em Bretton Woods de um sistema que pretendia regular os fluxos de liquidez entre Estados, os movimentos financeiros entretanto criados e a necessidade de regular a atividade e uniformizar a regulação para lhe dar eficácia (levaria em 1988 à celebração do Acordo de Basileia – Basileia I).

13 Cfr., artigos 212.º, n.º 1, alínea d) RGIC, e 404.º, n.º 1, alínea c) CodVM.

A autorização administrativa não é um privilégio mas um poder-dever de cumprir com as normas legais e éticas que regem a profissão e o sector mas também de colaboração com a autoridade na regulação e supervisão (i.e., pretende-se que tais pessoas se envolvam igualmente na preservação da integridade do mercado).

Por esse motivo a aferição da idoneidade inclui a avaliação da personalidade, ética e moral, e da capacidade pessoal e patrimonial, profissional e académica, dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização das entidades supervisionadas, para o exercício de uma atividade financeira¹⁴. A aferição da idoneidade abrange todas as pessoas que pretendam desempenhar cargos sociais, posições profissionais ou societárias dominantes ou funções-chave (*key persons* e *key shareholders*) – idealmente também nos conglomerados¹⁵.

Os sujeitos cuja idoneidade se afere devem possuir e demonstrar possuir uma honestidade, integridade e reputação acima da média, que garanta uma gestão sã e prudente – regime harmonizado face às liberdades fundamentais da União Europeia.

Estes requisitos aplicam-se a todos os dirigentes: a lei não exige idoneidade coletiva dado ser uma qualidade pessoal, mas uma “adequação” coletiva, baseada em capacidades mas também elevados princípios e valores éticos. A sua falta leva não apenas ao favorecimento pessoal mas também ao esvaziamento da inteligência e do espírito crítico de uma instituição, o que a prazo mina os sistemas onde operam.¹⁶

Veremos que a avaliação de *fitness and propriety* é juízo feito que deve ser continuamente repetido. E a avaliação e exigência é feita a nível individual ou pessoal mas pressupõe uma adequação a nível coletivo visando num primeiro momento formular um juízo de cognoscibilidade e prognose póstuma suficiente (risco *permitido*), i.e., não absoluto e imutável, e que tem diferentes intensidades consoante a pessoa e o momento em que é exercido. Tal não

14 O “órgão ou órgãos de uma instituição, designado nos termos do direito nacional, com poderes para definir a estratégia, os objetivos e a direção global da instituição e que fiscaliza e monitoriza o processo de tomada de decisões de gestão e inclui as pessoas que dirigem efetivamente as atividades” das instituições de crédito e empresas de investimento, na aceção das Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE, e atualmente do artigo 3.º, n.º 1, 1. e 2. da Diretiva 2013/36.

15 Vão neste sentido as recomendações do BIS, o que implica uma cooperação eficaz entre reguladores mas encontra dificuldade nos casos de empresas não reguladas <https://www.bis.org/publ/bcbs47c4.pdf> (consultado em 5.4.2016).

16 Moreira, 1999: 68.

constitui uma novidade no nosso ordenamento jurídico como passamos a expor (*infra*).

II. HISTÓRIA RECENTE DO REGIME DE CONTROLO ADMINISTRATIVO DA IDONEIDADE.

Até ao início da década de noventa vigorou em Portugal o Decreto-Lei n.º 41403, de 27 de novembro de 1957, que continha a regulação do sistema de crédito e da estrutura bancária. Assentava num processo de autorização ministerial para constituição de instituições de crédito, não contendo disposições genéricas sobre a avaliação da idoneidade necessária para ser titular de órgãos sociais de instituições financeiras. Existia neste âmbito um conjunto de normas prescritivas de *disponibilidade* de tempo para a função, de *exclusividade* profissional, de prevenção de *conflitos de interesses* e de proibição de exercício de funções de administração aos responsáveis por anterior *falência de empresas* ou *condenados por crimes patrimoniais* (“furto, roubo, burla, abuso de confiança ou falsidade”, artigos 22.º-28.º). Como sucedia, por exemplo, com o *Glass Steagall Act* norte-americano¹⁷, a regulação distinguia tipos de instituições de crédito: *in casu*, os institutos de crédito do estado, os bancos emissores, os bancos comerciais e os estabelecimentos especiais de crédito (artigo 3.º)¹⁸.

17 Uma das muitas intervenções de Franklin Roosevelt na década de trinta para combater a Grande Depressão económica e financeira e regular a economia, fazendo frente ao individualismo e liberalismo dos agentes económicos suportado pelo Supremo Tribunal Federal, o *Banking Act* de 1933 (na realidade a data relevante é 1932, momento em que se iniciou uma dura batalha para a sua aprovação...) visou restaurar a confiança na economia (até que o movimento de consolidação e a *mergermania* levou à sua revogação por Clinton em 12Nov1999 com o *Financial Services Modernization Act* conhecido como *Gramm-Leach-Bliley Act*, ou por Citigroup Act). Tal como agora, o propósito foi de superar as perdas incorridas pelos bancos comerciais devido ao seu investimento em mercados bolsistas alavancados e extremamente voláteis (por clara influência de Henry Steagall foi igualmente aprovado um sistema de garantia de depósitos visando o pequenos bancos rurais, a *Federal Deposits Insurance Corporation*). Separou claramente bancos comerciais (recepção de depósitos e realização de operações bancárias típicas do financiamento à economia e à indústria) e bancos de investimento (possibilidade de subscrição e investimento em *equity* e produtos mais complexos), proibindo conflitos de interesses relativamente aos seus acionistas e membros dos órgãos sociais. Ganharia o nome dos autores que tiveram em vista reganhar a confiança e a segurança no sistema financeiro – Carter Glass e Henry Steagall.

18 Como institutos de crédito do Estado tínhamos a Caixa geral de Depósitos, o Crédito Predial Português, a Sociedade Financeira Portuguesa, e o Banco de Fomento Nacional – posteriormente de Fomento Exterior (entretanto objeto de OPA pela Sociedade Financeira Internacional originária o atual BPI, SA). Como bancos emissores o Banco de Portugal, o Banco Nacional Ultramarino, o Banco de Angola, incluindo o Instituto Emissor de Macau; a par existiam os bancos comerciais e ainda os estabelecimentos especiais de crédito (Caixas Económicas, Caixas de crédito Agrícola Mútuos). Outros diplomas importantes seriam o Decreto-Lei n.º 44652, de 27 de outubro de 1962 e o Decreto-Lei n.º 45296, de 8 de outubro de 1963 (que regulava

O regime relativo ao exercício do crédito seria regulamentado (e parcialmente alterado) pelo Decreto-Lei n.º 42641, de 12 de novembro de 1959, que pouco inovou no regime jurídico de autorização para exercício de funções no sector bancário. Acrescentaria uma *proibição de concessão de crédito* pela instituição aos titulares dos órgãos sociais, e a proibição do exercício de funções quando existissem relações de *parentesco* ou de *afinidade* com outros membros do órgão (parentes consanguíneos ou afins “até, respetivamente, o 3.º e o 2.º grau, inclusive” – artigo 28.º). Em 27 de abril de 1965 o Decreto-Lei n.º 46302 criou as instituições parabancárias e as instituições que exerciam funções auxiliares de crédito (previstas no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 41403), mas não inovou neste âmbito¹⁹.

No sistema financeiro em sentido lato existia um normativo especial para os mercados financeiros de valores mobiliários – “bolsas de valores” ou “centros de transação de valores” mobiliários – extremamente lacunar e que vinha já do século anterior. O Decreto-Lei n.º 8/74, de 14 de janeiro, pretendeu suprir as lacunas decorrentes da regulamentação constante do Código Comercial de Veiga Beirão de 1888, e da legislação de 1901 e do “Regulamento do Serviço e Operações das Bolsas de Fundos e o Regimento do Ofício de Corretor”, que continham o respetivo regimento. Embora se encontrasse dependente das grandes linhas traçadas pelos citados Decretos-Lei n.ºs 41403 ou 45296, a nova legislação (e a posterior criação de um Auditor-Geral do Mercado de Títulos e a dinamização de um Conselho Nacional das Bolsas de Valores) visou dinamizar os mercados de bolsa, assegurar uma correta formação de preços através da transparência, incentivar à abertura do capital das sociedades nacionais (caracterizadas nos anos setenta ainda por uma grande concentração e domínio familiar e pouco tecnocrático), e abrir a profissão a sociedades corretoras.

o exercício das funções de crédito e a prática de atos inerentes à atividade bancária e sua supervisão e sancionamento nas províncias ultramarinas).

19 A maioria das instituições qualificadas como parabancárias eram sociedades que não podendo receber depósitos prosseguiram, nos termos do respetivo estatuto legal, atividades de locação financeira, de factoring, de administração de compras em grupo ou para aquisições a crédito (que tiveram um “boom” após a proibição de concessão de crédito individual para aquisição de bens de consumo na denominada “era Cadilhe”, de reestruturação da dívida pública). Também se incluíam algumas das atuais sociedades financeiras, como as sociedades gestoras de patrimónios e de fundos de investimento mobiliários e imobiliários. Instituições auxiliares seriam apenas as bolsas, os corretores de fundos e de Câmbios e as casas de câmbios – cfr. enunciação em Athayde, 1990, vol I. Mais especificamente sobre a atividade de intermediação financeira em valores mobiliários (bolsas de valores, corretores, propostos, auxiliares e sociedades corretoras, e o “movimento Cadilhe”) e “nascimento” da CMVM no âmbito regulatório europeu, Catarino, 2010: 65 ss.

As bolsas de valores mantinham a sua natureza de instituições auxiliares de crédito, pelo que os titulares dos seus órgãos sociais deveriam cumprir os requisitos e as exigências pessoais e profissionais constantes do normativo da década de sessenta *supra* referido. A sua constituição e extinção encontravam-se dependentes de autorização ministerial, mediante prévio parecer do Conselho Nacional das Bolsas de Valores, e a supervisão – “orientação, coordenação e fiscalização” – estava igualmente cometida ao Governo (artigo 4.º).

O exercício da atividade de corretor (em nome individual ou através de sociedades corretoras) encontrava-se dependente de requerimento dirigido aos conselhos diretivos das bolsas e à nomeação ministerial (que poderia optar por procedimentos concursais). Os corretores respondiam ilimitadamente pelas dívidas decorrentes da sua atividade e deviam obrigatoriamente associar-se em câmaras corporativas – a Câmara dos Corretores²⁰. A proibição do exercício da atividade deixava de depender de requisitos arcaicos de *fitness and propriety* como a falta de “robustez e a virilidade”, para ser aplicada a funcionários públicos e a todos

(...)

- b) *Os que tiverem sido demitidos do cargo de corretor ou de proposto;*
- c) *Os que tiverem faltado ao cumprimento de obrigações contraídas em negociações de bolsa;*
- d) *Os indivíduos condenados definitivamente por furto, roubo, burla, abuso de confiança, usura, emissão de cheques sem cobertura, falência ou insolvência fraudulentas, simulação, falsificação de escritos ou qualquer crime contra a segurança nacional;*
- e) *Os que tiverem sido condenados pelo exercício ilegítimo do ofício de corretor ou de proposto de corretor(...), artigo 96.º²¹.*

20 Tal atividade estava anteriormente reservada aos corretores e seus propostos (e auxiliares), mas passava a ser possível ao corretor associar-se a terceiros ou “interessar” a sociedade, que revestiria obrigatoriamente a forma de sociedades em nome coletivo ou em comandita simples, sendo sempre ilimitada a responsabilidade do corretor que era obrigatoriamente o gerente (no caso de serem autorizados “gerentes”, todos responderiam de forma solidária e ilimitada), artigo 92.º. O corretor tinha de prestar caução e respondia ainda pelos atos dos seus propostos e dos seus auxiliares (artigo 98.º ss.) – para uma visão da regulação conexa, acedida em 04/08/2014, <http://dre.tretas.org/dre/29119/>. Acerca da natureza pública do ofício e dos mercados de valores mobiliários, e da sua evolução, para o âmbito nacional Teixeira dos Santos, 2001, documento electrónico. Conjugando tal evolução nacional com o movimento internacional e evolução no início do século XX, Catarino, 2010, Capítulo I e bibliografia aí citada.

21 Cfr. o “Regimento do Ofício de Corretor”, artigos 3.º, 7.º, e 8.º-20º. Regulava esta matéria, além do Regimento e do “Regulamento do serviço e operações das Bolsas e fundos públicos e particulares e outros

No âmbito da reflexão nacional sobre o sistema financeiro iniciado em meados dos anos 80 surgiram reformas normativas parcelares e em 1991 e 1992 seria publicado em vários volumes o denominado “Livro Branco sobre o Sector Financeiro” tendo em vista uma reforma profunda que adaptasse o sistema nacional ao espaço da Comunidade e às orientações do Comité de Basileia²². O Decreto-Lei n.º 23/86, de 18 de fevereiro, começou por atualizar e adaptar o regime legal português de licenciamento de instituições de crédito nacionais e a abertura em Portugal de filiais e de sucursais estrangeiras. Em parte tal deveu-se ao necessário cumprimento do *acquis communautaire* na matéria, *vg* aos requisitos mínimos constantes da Diretiva n.º 77/780/CEE, de 12 de dezembro de 1977, e ao denominado “passaporte comunitário” (filho do princípio do reconhecimento mútuo), para cumprimento dos princípios da liberdade de circulação de capitais e de estabelecimento. A constituição das instituições nacionais dependia ainda de autorização ministerial, casuística, mas já não sob forma de decreto. A Portaria conjunta do Primeiro-Ministro e do Ministro das Finanças era precedida de parecer do Banco de Portugal (tratando-se de instituição com sede em Região Autónoma, também de parecer do respetivo Governo Regional).

No domínio das qualidades dos titulares de órgãos sociais os artigos 4.º, n.º 1, al. c) e 10.º do Decreto-lei n.º 23/86 estatuíam, sob pena de recusa da autorização, (...) c) *Que o conselho de administração da sociedade seja constituído por um mínimo de 5 membros, com idoneidade e experiência adequadas ao exercício de funções (...).* Estatuiu também que:

2 – São ainda inibidos de fazer parte dos órgãos de administração de bancos comerciais ou de investimento os que, por outras razões, devidamente fundamentadas pelo Banco de Portugal, nomeadamente por falta de experiência adequada ou por motivo de excessiva acumulação de funções, sejam por este consideradas como não satisfazendo os requisitos necessários para o efeito (na redação do Decreto-Lei n.º 318/89, de 23 de setembro).

papéis de crédito” aprovados pelo Decreto de 10 de outubro de 1901, o Decreto de 24 de dezembro de 1901 e ainda o Decreto 20800, de 22 de janeiro de 1932.

22 Elaborados pelo Conselho para o Sistema Financeiro, i. a. o *Livro Branco sobre o Sistema Financeiro: 1992. As Instituições de Crédito*, 2 vols., Lisboa.

O Decreto-Lei n.º 24/86, de 18 de fevereiro, completava o regime de constituição e condições de funcionamento para os demais bancos comerciais ou de investimento, complementando os requisitos aplicáveis aos membros de órgãos sociais: (...) *são inibidos de fazer parte de órgãos sociais de bancos comerciais ou de investimento:*

- a) *os que tenham sido declarados, por sentença transitada em julgado, falidos ou insolventes ou julgados responsáveis por falência ou insolvência de empresa cujo domínio haja assegurado ou de que tenham sido administradores, diretores ou gerentes;*
- b) *Os que tenham desempenhado as funções referidas na alínea anterior em empresas cuja falência ou insolvência tenha sido prevenida, suspensa ou evitada por intervenção do Estado, concordata ou meio equivalente;*
- c) *As pessoas condenadas por crimes de falsificação, furto, roubo, frustração de créditos, extorsão, abuso de confiança, infidelidade ou usura;*
- d) *Aqueles a quem não tenha sido reconhecida idoneidade, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, al. b) do Decreto-Lei n.º 23/86.*

2. *São ainda inibidos de fazer parte dos órgãos de administração de bancos comerciais ou de investimento os que, por outras razões, devidamente fundamentadas pelo Banco de Portugal, nomeadamente por falta de experiência adequada ou por motivo de excessiva acumulação de funções, sejam por este consideradas como não satisfazendo os requisitos necessários para o efeito.*

É importante salientar que tais diplomas surgem num momento de abertura do sistema financeiro à iniciativa privada e o aumento das exigências nos requisitos de *capacidade e honorabilidade pessoal* foram em grande parte motivados pelo afastamento entre a banca e o sector público (empresarial). As revisões constitucionais operadas em 1982 e em 1989 permitiriam *i. a.* a privatização do sector bancário, financeiro e segurador, acabando com o *duplo vício estrutural* do sistema económico de 1976: (i) irreversibilidade das nacionalizações e (ii) proibição da iniciativa privada em sectores chave da economia portuguesa. Findara o tempo do monopólio estatal constituído por via das nacionalizações (e a submissão das instituições de crédito ao regime tutelar ao governo, vertido no Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril), e a proibição de constituição pelos particulares de instituições de crédito. A reprivatização *total* seria permitida após 1990, com a Lei n.º 11/90, de 5 de abril a regular

especificamente as reprivatizações²³. Em 31 de dezembro de 1992 os diplomas que regiam a atividade bancária desde o início do século XX seriam revogados pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, que aprovou o RGIC²⁴. Fora precedido de um vasto movimento regulatório financeiro de revisão dos mercados de valores mobiliários com a publicação do Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 14 de abril, que aprovara o Código dos Mercados de Valores Mobiliários (CodMVM, usualmente designado de “Lei Sapateiro”, do nome de um dos seus autores, José Luís Sapateiro).

Porquê este movimento? Porque não se poderia regressar ao panorama de 1957, em que era competência de “superintendência, coordenação e fiscalização das instituições de crédito (...) do Ministro das Finanças” (artigo 13.º do citado Decreto-Lei n.º 41403). A época era de *opting out* da economia pelos governos ante a enorme pujança das teorias monetaristas; conforme escrevemos anteriormente, “se o prémio Nobel da economia atribuído em meados de setenta a von Hayeck e posteriormente, ainda na mesma década, a Milton Friedman, poucas dúvidas deixava quanto à nova ortodoxia pós-Keynesiana, a revogação em 1999 por um democrata, Bill Clinton, do *U.S. Banking Act* de 1933 – conhecido por *Glass Steagall Act*, nome dos seus Autores –, seria a marca maior de tal movimento²⁵. Tais doutrinas seriam preponderantes na Europa a partir da década de oitenta (*vd* as soluções aplicadas pelos “Chicago boys” no Chile, as correntes denominadas de “Reaganomics” ou “Thatcherismo”, ou o recente Tratado Orçamental), a par das correntes de privatização, desregulação e de liberalização da economia (“Consenso de Washington”). Após as soluções adotadas em Maastricht, e que dariam origem ao movimento de centralização europeia, à independência do sistema monetário, ao Eurosistema e à União Bancária, toma forma definitiva o movimento de *minimal State* e do denominado Estado Regulador ou de Garantia.

23 A Lei n.º 46/77, de 8 de julho, viria a consagrar a proibição de acesso a alguns sectores importantes, tendo sido objeto de sucessiva revogações (parciais) até 2013.

24 Em rigor, tal diploma seria publicado apenas em meados de Janeiro de 1993, em Suplemento ao Diário da República do dia 31 de dezembro de 1992, por forma a cumprir exigências jurídicas, *vg* comunitárias.

25 Catarino, e Peixe, 2014a. Conforme já referimos, Bill Clinton revogaria em 1999 esta lei que fora criada em 1933 para evitar novo colapso financeiro semelhante ao que ocorrera em 1929, moderando a cartelização e o excesso de liquidez, separando as instituições que poderiam desenvolver a banca dita de retalho ou comercial da dita banca de investimento. Apesar das duras lutas contra o sistema financeiro e os bancos em especial, Franklin Roosevelt não só aprovaria em 1933 este Act mas entre 1932 e 1935 assinou igualmente leis reguladoras dos mercados bancário, dos valores mobiliários (*Securities and Exchange Act*) e um novo regulador (a *Securities and Exchange Commission*), a que se seguiriam outras *independent regulatory agencies*.

Integradas numa era de globalização e num mimetismo europeu das correntes anglo-americanas da regulação económica e financeira, as funções de regulamentação, supervisão e sanção de áreas públicas fundamentais passaram da esfera ministerial para novas pessoas coletivas de direito público com autonomia administrativa e financeira. Como as *agencies* norte-americanas ou os QUANGOS ingleses, foram dotadas de características de imparcialidade e de independência – entre muitas outras autoridades administrativas independentes interessam-nos o reforço de independência do Banco de Portugal mas também da CMVM²⁶.

Com efeito, o CodMVM de 1991 desempenhou um importante papel nesta matéria. Tendo vigorado antes da publicação do RGIC, regulou inovadora e profusamente o âmbito dos mercados e atividades bolsistas, e criou um duplo regime de “autorização-programa” e de registo para todos os intermediários financeiros: no BdP e na CMVM (artigo 632.º).

Com efeito, o exercício de atividades de intermediação financeira por sociedades – necessariamente instituições de crédito ou sociedades financeiras, pois cessara a possibilidade do exercício da função de corretor em nome individual (artigo 613.º) –, passou a depender de prévia autorização ministerial constitutiva, sob a forma de “Portaria do Ministro das Finanças” (*vd* artigos 607.º-18.º, e 625.º-28.º daquele Código para o regime de caducidade e de revogação da autorização). Esta autorização era exigida para a constituição das sociedades mas também para o exercício de atividades de intermediação (artigo 615.º). Findo o procedimento administrativo geral de constituição das sociedades comerciais (artigos 620.º-28.º), existia um posterior procedimento de registo junto do regulador (artigos 629.º-32.º).

Este “duplo regime de autorização-programa”, que se manteve até 1999, foi importante em dois sentidos.

Por um lado, a autorização de *constituição* das sociedades e o posterior *registo* para exercer atividades dependiam, *inter alia*, de os titulares dos órgãos sociais demonstrarem requisitos de idoneidade perante um novo regulador (CMVM). A sua falta acarretava a recusa de autorização ou de registo (artigos 618.º, n.º 1, *b*), 619.º, 631.º, n.º 1), ou a sua revogação. Nalguns casos estávamos perante uma verdadeira “revogação-sanção” sem o *due process of law*, quando tinha como

26 Catarino, 2010: 82 ss e 308 ss acerca da adaptação à Administração das noções judiciais de “independência” e de “imparcialidade”, objetiva, subjetiva e resolutória.

causa ilegalidades cometidas *no exercício* dos respetivos cargos (artigos 626.º, n.º 1, *e*), e n.º 2, 627.º e 631.º)²⁷.

Por outro lado, foi importante porque existia um novo poder de apreciação discricionária dos requisitos contidos numa norma aberta (*vd* artigo 619.º CodMVM). Em rigor, tal efeito acabava mitigado porque excetuando um novo tipo legal de crime (crime de burla), os novos requisitos enquadravam e densificavam os contidos na legislação bancária de 1986, a saber:

- i*) Incompatibilidades profissionais e patrimoniais (alínea *b*));
- ii*) Incapacidades decorrentes de lei especial (alínea *c*), e 618.º, n.º 1, *b*));
- iii*) Incapacidades decorrentes de falta de disponibilidade ou de experiência (alínea *c*), e artigos 618.º, n.º 1, *b*) e 224.º, *b*));
- iv*) Inibições decorrentes de decisões judiciais, ora transitadas em julgado (alínea *a*), e artigo 224.º, alínea *a*)), ora condenatórias (alínea *a*) e artigo 224.º, alínea *c*)).

A revogação do Código pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro, fez cessar este regime de “dupla autorização e duplo registo” e a matéria, atenta a sua natureza prudencial, passou a ser regulada pelo RGIC sendo *primacialmente* competência do Banco de Portugal. Primacialmente porque não existe exclusividade; o regime legal estatutário das *key persons* aplica-se aos titulares dos órgãos de outras empresas, como das sociedades de consultoria para investimento, das sociedades gestoras de mercados regulamentados, de sistemas de negociação multilateral, de câmaras de compensação, de sistemas centralizados de valores mobiliários, de instituições de investimento coletivo, de gestão de fundos de garantia e de sistemas de indemnização dos investidores, de prestação de serviços de auditoria, além das empresas do sistema de crédito agrícola mútuo (*infra*).

O regime geral da adequação e idoneidade é em grande parte fruto da harmonização comunitária e do regime de autorização única para toda a Comunidade Europeia, vertendo nele os requisitos da já referida Diretiva 77/780/CEE, quanto à *disponibilidade pessoal*, à *honorabilidade necessária* e à *experiência adequada* para exercer funções nas instituições de crédito. Esta Diretiva seria posterior e profundamente alterada, sobretudo devido à necessidade de reforço e consolidação prudencial, de que é prototípica a “Diretiva

27 Defendendo a natureza não sancionatória da revogação devida a atos ilícitos, Veloso, 2000: 66.

post-BCCI”, a Diretiva n.º 95/26/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de junho de 1995, mas os requisitos de adequação e idoneidade foram mantidos – *cf.* a Diretiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de março de 2000, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício²⁸.

A interpretação e aplicação do normativo contido no RGIC é feita em concatenação com estes normativos, pareceres, trabalhos preparatórios e outras fontes de *soft law* bancária internacional, dada alguma indeterminação normativa decorrente deste conceito vago de idoneidade. A Diretiva 2006/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006, relativa à regulação do acesso à atividade bancária e financeira *manteve* a indeterminação de conceitos ao estatuir no seu artigo 11.º que a autorização profissional dependia de os dirigentes e sócios terem a experiência necessária ou “idoneidade” para as funções (*cf.* artigo 135.º). No seu artigo 22.º estatuiu igualmente que as instituições de crédito deveriam dispor de dispositivos sólidos em matéria de “governo da sociedade”, incluindo “uma estrutura organizativa clara, com linhas de responsabilidade bem definidas, transparentes e coerentes, processos eficazes de identificação, gestão, controlo e comunicação dos riscos a que está ou possa vir a estar exposta, e mecanismos adequados de controlo interno, incluindo procedimentos administrativos e contabilísticos sólidos”. Decorria assim deste regime:

- i) A existência de um sistema de vasos comunicantes de *responsabilidade por facto de outrem* inerente à imposição legal de forte controlo na organização interna (artigos 17.º, n.º 2 e 115.º-A ss.);
- ii) O dever empresarial de *due diligence* prévio à indicação ou nomeação de titulares de órgãos sociais – que sempre considerámos decorrer dos artigos 17.º, n.ºs 1 e 2 e 69.º-70.º;

28 A Diretiva 89/646/CEE do Conselho, de 15 de dezembro de 1989 (2.ª Diretiva Bancária), aprofundaria o mercado de capitais da União acrescentando à liberdade de circulação a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços das instituições de crédito e o princípio da reciprocidade. O princípio do reconhecimento mútuo das autorizações-programa e da supervisão prudencial (que na década seguinte seria aplicado também nos mercados de valores mobiliários) traria consigo o princípio da competência de supervisão de uma instituição de crédito (ou das suas sucursais na União) pela autoridade reguladora do Estado-membro de origem, i.e., onde se situe a sede estatutária (*home country control*). Como sucederia com as *supra* referidas Diretivas 2006/48 e 2006/49, a Diretiva preocupou-se sobremaneira em verter os princípios acordados em 1988 em Basileia sobre fundos próprios, solvabilidade, limitação de grandes riscos e liquidez, e controlo interno (as posteriores Diretivas de 2006 completariam tais preocupações de solidez financeira vertidas em Basileia II).

- iii) A necessidade de consideração das modernas tendências e exigências de *corporate governance*, *i.a.* na matéria de aferição e monitorização da idoneidade, art. 70.º;
- iv) A distinção entre requisitos de idoneidade, e requisitos de disponibilidade, independência e experiência e qualificação profissional (embora todos eles assentem em conceitos abertos e indeterminados – *cfr.* artigos 30.º-D, 31.º, 31.º-A e 33.º).

O *Action Plan* aprovado em Washington em 15 de novembro de 2008, pelo G20, um ano após o início do *crash* financeiro do *subprime*, apontaria para medidas de maior transparência e de controlo de risco interno e de melhores práticas de governação²⁹. Este Plano seria reforçado na reunião que se realizaria em Londres no ano seguinte, em que um renascido *Finantial Stability Board* ou Comité de Estabilidade Financeira (ex-*Finantial Stability Forum*) foi mandatado para trabalhar com o Grupo Banco Mundial (e cooperar com a IOSCO, OCDE, Comité de Basileia de Supervisão Bancária ou CBSB – *vd* as fortes expressões utilizadas na *declaração de 2 de maio de 2009*³⁰).

As normas prudenciais criadas pelo CBSB em 2010 para reforço de fundos próprios, denominado “Basileia III”, e a Diretiva que o adotou para a União Europeia (Diretiva 2013/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2014 – *CRD IV*³¹) apontam agora de forma clara, como requisitos mínimos da autorização (artigos 8.º e 11.º), para uma idoneidade *individual* e uma adequação *coletiva*: “O órgão de administração deve dispor, em termos coletivos, de conhecimentos, competências e experiência adequados para compreender as atividades da instituição, nomeadamente os principais riscos”,

29 “Declaration Summit on Financial Markets and the World Economy” https://www.g20.org/about_g20/past_summits/2008_washington (consultado em 5.4.2016).

30 “(...) we agree that the heads and senior leadership of the international financial institutions should be appointed through an open, transparent, and merit-based selection process; and building on the current reviews of the IMF and World Bank we asked the Chairman, working with the G20 Finance Ministers, to consult widely in an inclusive process and report back to the next meeting with proposals for further reforms to improve the responsiveness and adaptability of the IFIs (...)” – https://www.g20.org/about_g20/past_summits (consultado em 5.4.2016).

31 A Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, altera a Diretiva 2002/87/CE e revoga as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE. Completada pelo Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho da mesma data relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento (e altera o Regulamento 648/2012), encontra-se disponível in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0001:0337:PT:PDF> (consultado em 5.4.2016).

artigo 91.º, n.º 8. Reafirma a necessidade de independência, de disponibilidade, de experiência e de conhecimentos individuais (cumulativos com requisitos de honestidade e de integridade) também para titulares da “direção de topo”³². Os titulares de altos cargos dirigentes devem “ter idoneidade necessária e possuir conhecimentos, competências e experiência suficientes para as funções”, artigos 13.º e 91.º, n.º 1. A Diretiva englobou a necessidade de uma *governance* robusta dadas as implicações no tema: a *governance* e a estrutura interna das instituições de crédito devem ter instrumentos sólidos que permitam a todo o tempo a autoavaliação, a monitorização, a responsabilização e o controlo internos da existência das condições legais (artigos 88.º, 91, n.º 8).

Também a Diretiva 2014/65/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, embora relativa aos *mercados de instrumentos financeiros* (denominada de *MiFID II* ou DMIF II³³), reforçou os deveres e requisitos que impendem sobre os titulares dos órgãos de administração de empresas de investimento e gestoras de plataformas de negociação (sujeitas à supervisão da CMVM). A Diretiva pugna por uma gestão eficaz, sã e prudente, e por uma avaliação prévia e contínua feita pela empresa dos requisitos necessários à autorização-programa *vg* quanto à qualidade patrimonial e pessoal dos titulares de órgãos sociais à luz das disposições da Diretiva 2013/36 (*CRD IV*). Num aparente retorno a um sistema de “duplo controlo”, prevê-se expressamente a recusa de autorização caso a empresa ou a autoridade “(...) não esteja convicta de que os membros do órgão de administração da empresa de investimento têm suficiente idoneidade, possuem suficientes conhecimentos, competência e experiência (...)”, convicção resultante da informação que as empresas são obrigadas a obter, controlar e comunicar (cfr. artigos 8.º, 9.º, n.ºs 1 a 4, 45.º ou 62.º-63.º, da DMIF/*MiFID II*³⁴).

32 São “as pessoas singulares que exercem funções executivas numa instituição e que são responsáveis perante o órgão de administração pela gestão corrente da instituição”, artigo 3.º, n.º 1, 9. da Diretiva 2013/36).

33 Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros e que altera a Diretiva 2002/92/CE e a Diretiva 2011/61/EU disponível in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0338:0436:PT:PDF> (consultado em 5.4.2016).

34 Para uma visão mais aprofundada do regime constante da denominada MiFID II e do Regulamento (UE) n.º 600/2014 Thomas GINSBURG, “The Regulation of Regulation: Judicialization, Convergence and Divergence in Administrative Law”, in HOPT *et al.*, 2005, 328do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativo aos mercados de instrumentos financeiros (denominado MIFIR) e que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 (denominado de EMIR, <http://www.cmvm.pt/pt/Legislaacao/>

A alteração do RGIC decorrente da transposição da *CRD IV* (Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro) é explícita na exigência de um controlo *apriorístico* da idoneidade (requisito da “adequação”) mas também na monitorização *contínua* que permita detetar factos que afetem ou possam afetar os requisitos de idoneidade previamente verificados (*infra*). Embora não constitua o objeto do presente artigo, refira-se que estes requisitos passam a aplicar-se também aos “titulares de funções essenciais” (artigo 33.º-A) e de “direção de topo” (artigo 3.º, n.º 1/7 da *CRD IV*). O que se deve entender por tal? A alteração do Regime Geral ocorrida em outubro de 2014 veio especificar que por tal se deve entender “as pessoas singulares que exercem funções executivas numa instituição de crédito ou empresa de investimento e que são diretamente responsáveis perante o conselho de administração pela gestão corrente da mesma” (artigo 2.º-A, alínea j) – *inter alia*, de *compliance*, de auditoria interna, de controlo e de gestão de riscos (artigo 33.º-A, RGIC).

Com igual relevância para o tema são as alterações decorrentes da transposição das Diretivas 2014/49/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril relativa aos sistemas de garantia de depósito e da Diretiva 2014/59/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2015 que estabelece um enquadramento para o regime jurídico da recuperação e resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento (*BRRD*). A Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março alterou (também) o RGIC em aspetos importantes do enquadramento legal do controlo *a posteriori* do exercício de atividade profissional por titulares de órgãos sociais e de cargos de direção de topo ou de funções essenciais (“funções que confirmam influência significativa na gestão da instituição de crédito”, artigo 33.º-A RGIC).

É importante salientar que os citados instrumentos legais, comunitários e nacionais, devem ser lidos em conjunção com as Recomendações e Orientações que contêm as melhores práticas determinadas por organismos internacionais que regulam o sector financeiro.

A *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO) criou um conjunto mínimo de requisitos (os membros poderão exigir requisitos para além dos *standards* mínimos criados), que constam de um teste (*Fit and Proper Assessment – Best practice*) baseado no Relatório de dezembro de

2009³⁵. Também a Autoridade Bancária Europeia (EBA) desenvolveu estas exigências regulatórias, ao abrigo das competências vertidas nos artigo 16.º do seu Estatuto, aprovado pelo Regulamento UE n.º 1093/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, e no artigo 91.º da Diretiva 2013/36/EU³⁶. A criação de um *level playing field* permite alguma flexibilidade dos Estados-membros dentro de um princípio de proporcionalidade, mas a par dos instrumentos legislativos comunitários secundários temos orientações genéricas que os reguladores nacionais da União devem seguir numa base coercitiva-sancionatória (“comply or explain”), como as “Orientações sobre a avaliação da aptidão dos membros do órgão de administração e fiscalização e de quem desempenha funções essenciais” (EBA/GL/2012/06, de 22nov2013, adotadas após um *Consultation Paper* de 18 de abril a 18 de julho de 2012 e audição pública).

Finalmente, permite-se também a densificação pelos reguladores nacionais ou outras autoridades nacionais competentes dos conceitos de idoneidade sendo que as próprias empresas devem ter normas internas que conduzam e balizem a sua avaliação prévia de *fitness and propriety* dos seus titulares ou nomeados (*cf.* artigo 30.º, n.ºs 6 e 8 RGIC).

A Certeza e Segurança dos operadores, impõe alguma cautela e controlo na densificação regulamentar destes conceitos pois em matéria tão sensível de direitos, liberdades e garantias e direitos análogos não se pode assistir a uma deslegalização ou a uma regulamentação administrativa *praeter legem* do âmbito material (“leis administrativas”) que viole o princípio da legalidade e o bloco de constitucionalidade protegido pela “restrição das restrições” do artigo 18.º da Constituição (*infra*).

35 As Recomendações (ou melhores práticas) basearam-se no *Report on Consultation and Exchange of Information under Fit and Proper Assessments* preparado pelo *Emerging Markets Committee da International Organization of Securities Commissions (IOSCO)*, na sequência do mandato do *Working Group on Enforcement and the Exchange of Information (WG4)*, e pode ser lido em <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD312.pdf> (consultado em 5.4.2016).

36 Cfr, Regulamentos UE n.ºs 1093/2010 e 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, ambos de 24 de novembro de 2010, a as orientações EBA/GL/2012/06, de 22nov2013. Acerca da mudança de arquitetura institucional e interregulação administrativa até e após os Relatórios Lamfalussy e de Larosière, Catarino, 2010: 405 ss. *idem*, 2012a: 150 ss.; Maças, 1998: 185.

III. O ATO ADMINISTRATIVO DE AUTORIZAÇÃO: UM (VELHO) MEIO DE CONTROLO REGULATÓRIO PERANTE ANGÚSTIAS CONSTITUCIONAIS.

O controlo do exercício da atividade profissional em órgãos sociais de instituições de crédito, sociedades financeiras e empresas de investimento foi objeto de harmonização Comunitária mediante criação de um regime de autorização administrativa prévia.

Ao contrário do que sucede numa licença ou concessão, não estamos aqui perante uma proibição *absoluta* ou uma reserva de atividade pública; estamos perante o levantamento da proibição *relativa* ao exercício de um direito ou de atividades. Um ato que pondera a necessidade de proteção do interesse público face ao exercício de direitos privados. Esta ponderação pela autoridade competente depende da obtenção de informação pelo que foi criado um regime de cooperação administrativa e de comunicação interregulatória, *vg* entre a administração nacional e comunitária (*cfr.* atuais artigos 14.º a 33.º-A e 65.º a 72.º do RGIC).

As implicações constitucionais do exercício da autorização administrativa como técnica regulatória (tal como os atos de aprovação, de notificação prévia, de mera comunicação, de decisão cautelar, e sancionatórios) são importantes.

As *autorizações* são “actos administrativos *permissivos do exercício* por outrem de um direito, ou *constitutivos de direitos* subjetivos, ou criadores de um *status*”³⁷. Atos típicos do Estado (e Administração) de Polícia, eles exercem “uma *função preventiva* típica, porque a atividade prosseguida pelo particular está potencialmente em rota de colisão com um interesse público ou porque oferece *perigo* ou um *risco* (...)”³⁸. No âmbito da *Administração de controlo sectorial*, os procedimentos administrativos *de autorização* são relevantes pelo seu *fim* de proteção e de prossecução de bens e interesses públicos mas também pelos *efeitos* sobre os direitos e interesses dos particulares. Na prática destes atos e perante os interesses em confronto impõe-se uma atividade que “administra

37 Catarino, 2010: 387. *Vd* a completa classificação de Giannini, 1978: 103-119.

38 *Idem, ibidem*, pp. 404 ss. A *aprovação* é um ato administrativo autónomo que exprime um juízo de conformidade relativamente à legalidade de um ato jurídico praticado por outrem (ente público ou particular), dando-lhe usualmente eficácia. Nesta classificação de atos de intervenção prévia da autoridade administrativa como condição de exercício de direitos, Vieira de Andrade distingue entre atos de *autorização permissivos (autorização)*, atos de *autorização constitutivos (licenças)*, e comunicações prévias dos atos de exercício de direitos (como no caso das manifestações populares) – *cfr.* 2001a, 343, em sentido diverso da doutrina de base germânica, Sérvulo Correia, 1982: 461. Para outras classificações, Marcello Caetano, 1980, I: 453-57; Soares, 1981: 179-83; Esteves de Oliveira, 1984: 397; Fracchia, 1996: 73; Maças, 1998: 187; e García de Enterría & Ramon Fernandez, 2000, II: 135-7.

a norma” ou lhe dá eficácia, transformando o acesso livre ao mercado, a livre iniciativa” e organização empresarial (na vertente da organização interna, de gestão e de exercício de atividade pelas empresas, artigo 61.º CRP), a liberdade de profissão enquanto componente do direito ao trabalho (artigo 47.º e 58.º CRP), e a empresariariedade (também na vertente dos direitos dos acionistas, artigo 15.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE) num acesso de algum modo condicionado/regulado para proteção de bens da comunidade”.

A proibição (relativa) de atividade deve ser criteriosamente ponderada perante valores constitucionais pois nos encontramos perante a pretensão de exercício de outros direitos ou liberdades fundamentais – o direito ao desenvolvimento da personalidade, à liberdade económica, à liberdade de iniciativa, à liberdade de empresa e de profissão, à liberdade de contratação (*i.a.* laboral), o princípio de reconhecimento e de integração nacional da economia na União, o tratamento igualitário e não discriminatório face às liberdades económicas fundamentais. E tais valores têm assento na generalidade das constituições económicas nacionais e na comunitária (artigos 61.º, 47.º, 80.º, *c*), 86.º, n.ºs 1 e 2 CRP, 14.º CEDH, artigos 1.º, 2.º parágrafo, e 19.º, 4.º parágrafo, da Carta Social Europeia de 18 de outubro de 1961, 26.º e 45.º ss do TFUE, 5.º e 6.º TUE, e 15.º, 16.º, 45.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

Existem também direitos de personalidade a salvaguardar: o direito ao bom nome, à reputação e imagem, que podem ser indelével e definitivamente afetados conforme publicidade da suspensão e revogação administrativa de autorizações de profissão (artigos 26.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2 CRP).

É certo que os direitos dos particulares devem ser “funcionalizados” pelo interesse coletivo, seja do funcionamento eficiente dos mercados (artigo 81.º, *f*) CRP) ou da defesa dos consumidores/investidores (artigo 81.º, *i*) CRP). Mas a “densificação” legislativa deve ser conforme à constituição material e as limitações ou restrições a tais direitos e liberdades fundamentais não se podem traduzir na “nulificação” do seu núcleo essencial. A prática de atos administrativos que traduzem a atividade de supervisão prévia e contínua, pela sua natureza proibitiva, restritiva ou ablativa do exercício de tais direitos e liberdades ou de situações jurídicas e relações privadas, obedece a princípios de concordância prática, de necessidade e de proporcionalidade que devem ser concretamente alegados e fundamentados para que não anulem o âmbito da vinculatividade constitucional (artigo 18.º da CRP). Ainda, e porque o sistema administrativo de autorização traduz uma forte compressão de direitos e liberdades even-

tualmente acompanhada de uma atividade intrusiva de verificação inspetiva (vg para obtenção de informação), a Administração deve fazer uma leitura e aplicação restritiva das restrições seguindo o princípio *in dubbio pro libertate*.

A par de uma necessária ponderação de *restrições constitucionalmente fundadas* e necessariamente *adequadas* de direitos e liberdades fundamentais por bens com relevância constitucional como a integridade do sistema financeiro (artigos 18.º, n.º 2 e 101.º CRP), o procedimento autorizatório traduz uma relação entre interesses públicos e privados que é duradoura. Constitui-se uma relação *contínua* que se traduz:

- (i) Na constituição de uma relação jurídica administrativa de verificação de requisitos legais, como a capacidade profissional e a idoneidade pessoal – *adequação*;
- (ii) Na posterior constituição de especiais relações jurídicas regulatórias entre o interessado e a Administração que permite a esta ulterior conformação de condutas individuais e profissionais do interessado – *manutenção da adequação*; e
- (iii) Na capacidade de este assumir especiais obrigações jurídicas de cumprimento contínuo dos requisitos e de informação ao regulador ou de sujeição à “devassa” da sua privacidade em casos de inspeção ou investigação – *aferição da adequação*.

“Neste sentido se pode afirmar que o procedimento de autorização é *constitutivo nominado*, e um *adequado meio de controlo* perante atividades que, em princípio, se encontram condicionadas e cuja disponibilidade depende de um ato (público) que prossiga o interesse público³⁹”.

1. A autorização é um meio de controlo *prévio e contínuo*

O ato de autorização é um importante instrumento de exequibilidade do *princípio da precaução* perante atividades de *risco*⁴⁰: risco para o interesse próprio (risco individual) e para o interesse coletivo (risco sistémico). Para além de um efeito do controlo imediato da verificação de condições legais, a autorização administrativa tem um efeito diferido no tempo: permite levantar uma proibição relativa a uma atividade e ao exercício de um direito preexistente. Pode ter igualmente como efeito constituir uma relação jurídica regulatória que previna

39 Assim, Rogério Soares, 1978.

40 Loureiro, 2001: 790.

e controle no tempo o exercício de atividades perigosas, suscetíveis de gerar graves externalidades negativas para um conjunto indeterminado de usuários.

O legislador estatuiu fortes condições e poderes legais de verificação ou controlo público pelo regulador logo na fase inicial de atividade, sendo um importante momento de supervisão. Porquê?

Porque se é verdade que no momento “de entrada” num sector ou atividade o regulado detém mais informação que o regulador, é igualmente verdade que este detém uma grande discricionariedade de ação (na fase instrutória pode pedir informações e até realizar entrevistas ou audiências com o interessado) e de decisão (pode recusar a autorização ou impor condições).

A autorização prévia contém importantes externalidades positivas para a generalidade do público (para o usuário, o sector bancário e financeiro). Porque não tem de suportar qualquer custo como contrapartida (os cidadãos retiram destes atos vantagens sem quaisquer custos), e porque tais atos têm um impacto e um custo que incide sobre um número reduzido de destinatários (os regulados), que têm maior poder económico e meios de influência e de defesa (*vg* no contencioso administrativo de legalidade).

Enquanto ato típico da administração de polícia, a autorização assume hoje efeitos mais *complexos*. Com efeito,

- a perfeição do ato de autorização (ou de proibição) necessita uma série de atos jurídicos e materiais intercalares ou interlocutórios da iniciativa dos particulares e da Administração (e mesmo de outras entidades públicas nacionais e/ou supranacionais);
- o ato prolonga os seus efeitos no tempo através de um feixe de poderes de controlo e *vigilância* (pedidos de informação ou esclarecimento, de documentos legais e complementares ao autorizado);
- o ato implica com interesses de terceiros pois é muitas vezes acompanhado de uma atividade administrativa de avaliação coletiva (por exemplo a adequação plural ou de todo o órgão social) ou de obtenção de informação “in situ” (exercício do poder de inspeção ou de chamamento ao regulador); e
- pressupõe uma Administração de *cooperação*, dada a relação regulatória constituída, e não *de ataque* ou *autoritária*⁴¹.

41 Acerca da simplificação administração e da substituição dos controlos prévios por controlos *a posteriori* ou meras comunicações de início de atividade, e o *deficit* de supervisão daí decorrente (porque a autorização é o primeiro momento da supervisão), Catarino, 2010: 287 e 382 ss.

As características complexas do procedimento e do ato decorrem da *função* de controlo de requisitos legais para o exercício da atividade – função típica da *simples* autorização que tem por *objeto* a prática de um ato ou de uma operação⁴² –, mas também da *função* de conformação de condutas⁴³. Esta última função, dita *operativa*, é produto da evolução da função administrativa de polícia e é mais óbvia nas autorizações para *funcionamento* ou para *atividades* como as que têm por *objeto* o exercício da atividade bancária. Para a prática pela Administração destes “atos-programa” a lei exige prototipicamente uma *programação* pelos interessados que vai ser acompanhada no tempo pelo regulador. É exemplo o pedido de autorização de constituição e de funcionamento de instituições de crédito ao Banco de Portugal: na instrução deve o requerente apresentar, entre outros requisitos, «o programa, atividades, implantação geográfica, estrutura orgânica, meios humanos e técnicos (...)» da instituição, a par de muitos outros requisitos como a “identificação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização com justificação dos proponentes quanto à adequação dos mesmos (...)” (artigos 14.º, 16.º e 17.º, n.º 1, als. *a*) e *g*) RGIC).

Esta função *operativa* ou de conformação de condutas tornou o ato de autorização mais complexo. No caso da nomeação de novos titulares do órgão social numa instituição financeira, na sua renovação ou alteração da composição do órgão (artigo 30.º-B, n.ºs 2 e 7), a função controlo faria com que esta autorização *simples* esgotasse o seu efeito após a sua prática. Mas a duração prolongada, definida ou indefinida, do exercício do cargo, constitui uma relação administrativa regulatória necessária que vai para além da mera permissão de exercício de um direito.

O ato administrativo de aferição da adequação e da idoneidade pessoal para o exercício de um cargo social tem por isso uma eficácia *duradoura* que não esgota os seus efeitos no momento da sua prática. A sua execução postula uma constante exigência de manutenção dos requisitos iniciais e tal implica a possibilidade de o regulador conformar e determinar a conduta cujo exercício foi autorizado, *vg* através de ordens ou instruções (artigos 17.º, n.º 2, *c*), 22.º, n.ºs 1, alíneas *c*), *h*), *j*) e n.º 2, 30.º-A, n.ºs 4, 6 e 9, 32.º e 32.º-A). A par dos atos secundários de anulação da autorização perante vícios invalidantes o

42 As denominadas autorizações *por operação* na classificação de Garcia de Enterría, 2000, I: 138 ss,

43 É Giannini quem distingue dentro da classificação ampla de *procedimenti autorizzatori*, os que têm *funzione di controllo* e os que têm *funzione di programmazione*, pp.136. Para uma visão completa sobre o procedimento autorizatório e a “reinvenção da autorização administrativa”, Figueiredo Dias, 2014.

RGIC prevê por isso a possibilidade de suspensão e de revogação destes atos favoráveis (artigos 14.º, 22.º, n.º 1, alínea *j*) e 2, 30.º-C, 32.º, 32.º-A e 70.º, n.º 4, *c*) – *infra*).

Existem outros atos administrativos *necessários* relativos aos membros do órgão de administração, *i*) quando a instituição nacional pretenda exercer atividades na União Europeia ou em países terceiros através de sucursais ou de filiais (artigos 36.º, n.º 2, 42.º-42.º-A), ou *ii*) quando uma empresa sediada fora da União pretenda estabelecer sucursal em Portugal (artigos 44.º, 45.º e 57.º ss.). Neste sentido se pode dizer que as autorizações são *multilaterais* porque produzem efeitos para além das pessoas interessadas e da instituição (e do sector económico-financeiro nacional em que operam).

Nos casos de recondução dos titulares e de estabelecimento (ou reforço em Portugal de sucursal de empresa com sede efetiva no território de um Estado-membro da União) “parece” bastar uma *mera comunicação* e deferimento tácito (artigos 69.º, n.º 4 e 36.º, n.ºs 2 e 3, 40.º). Na prática, não existe a possibilidade de produção deste efeito de deferimento tácito (n.º 8 do artigo 30.º-B): após a mera comunicação ao Banco de Portugal (n.º 7 do artigo 30.º-B) exige-se o registo comercial prévio ao registo no Banco de Portugal sendo certo que nenhum conservador procederá a este registo sem um comprovativo *escrito* de autorização.

Os atos de autorização podem igualmente ser praticados sob condição suspensiva ou reserva de revogação se o regulador necessitar obter esclarecimentos do visado, por exemplo através de uma entrevista pessoal (artigo 149.º do Código do Procedimento Administrativo – CPA – e artigo 30.º-B, n.º 6).

Este ato de autorização é um ato de *controlo nominado, pessoal* (o controlo incide sobre as qualidades concretas da pessoa física, constituindo-se uma relação não fungível), com obrigações *propter homine* (embora o controlo singular da pessoa possa vir depois a ser preterido pelo controlo plural ou em favor da “adequação coletiva” – *infra*). É um ato *duradouro* (porque se mantém durante o exercício da profissão autorizada e pressupõe a manutenção das condições e requisitos iniciais na pendência da relação regulatória), e com um conteúdo *discrecionário* forte (a par das condições constantes de conceitos indeterminados, pressupõe-se a atualização e a adequação dos interessados a comandos legais). São estas características (e não a constituição de qualquer relação jurídica de supremacia) que permitem a aplicação pelo regulador de atos administrativos de segundo grau como a suspensão, a revogação, o “cance-

lamento” ou a anulação e sanções administrativas de revogação, suspensão ou proibição da atividade⁴⁴.

2. Controlo jurídico *prévio* e controlo *a posteriori* : importância da distinção. Entre o dever de *precaução* e o dever de *prevenção*

Na pendência da relação jurídica constituída assistimos a um acompanhamento administrativo de vigilância e controlo (“supervisão contínua”), assente num feixe de direitos e obrigações recíprocos que ultrapassam o juízo de prognose inicial de idoneidade “como garantia de uma gestão sã e prudente”. As alterações ao RGIC ocorridas em 24 de outubro de 2014 relativas à matéria das capacidades e incapacidades (na “adequação” e na idoneidade, artigos 30.º a 33.º-A) assumiram de forma mais nítida a distinção entre a supervisão *a priori* (autorização ou recusa do exercício de uma atividade), a supervisão contínua (suspensão, substituição ou revogação da autorização) e a atividade reativa (as medidas de polícia administrativa, as medidas provisórias ou cautelares preventivas ou conservatórias e as medidas sancionatórias).

Porque a dinâmica da vida económica tornou um poder de autorização num poder programador de atividades e conformador de condutas – numa espécie de regresso ao Estado de Polícia total ou sem lacunas –, o aplicador do Direito deve compreender que também a sistemática da atividade de supervisão conjuga momentos *estáticos iniciais* (caso dos atos prévios ao exercício de uma atividade ou de uma operação), e momentos *dinâmicos posteriores* decorrentes do controlo ou supervisão contínua (*i.a.* artigos 32.º-32.ºA, e aprovação de renovação de mandatos, de suspensão ou de revogação administrativa dos mesmos).

Assim também a *intensidade* dos atos administrativos de supervisão varia consoante o *momento* do exercício: quando estamos a preencher e aplicar requisitos “de entrada” de uma instituição ou de uma pessoa singular numa atividade regulada, ou quando estamos a aferir dos requisitos no âmbito de uma relação jurídica regulatória já constituída (*cfr.* artigo 30.º-D, n.º 9).

A. Controlo *prévio*: a supervisão e o princípio da precaução

O Estado de Direito Democrático tem de gerir riscos e assegurar expectativas, presentes e futuras, dos cidadãos e dos sistemas. Por isso foram criadas

44 Para uma visão administrativa das técnicas de intervenção, intromissão e controlo sobre atividades privadas no mercado financeiro como as supervisões, inspeções, investigação ou processos sancionatórios, suas características e distinção, Catarino, 2010: 463 ss.

“barreiras regulatórias”. Os atos de controlo *a priori* traduzem um primeiro e importante momento de *precaução* na salvaguarda de bens fundamentais face à incerteza de atividades potencialmente produtoras de danos. Na supervisão inicial formula-se um juízo que leva à aplicação de medidas antecipatórias – tipicamente os atos administrativos de autorização (ou recusa) em análise têm esta função de garantia. Sendo real o *gap* entre a informação detida pelo supervisionado e a informação detida pelo regulador, é natural que a intensidade do controlo público inicial seja superior (artigos 30.º e 30.º-D). Aliás, se os supervisionados não anteviessem a possibilidade de prosseguir atividades ilícitas ou não autorizadas, o *risco* na autorização ou licenciamento (e supervisão prévia) seria tão diminuto que o procedimento poderia ser muito simplificado. Esta *assimetria de informação* e o *princípio da precaução* levaram o legislador a obrigar a uma forte *cooperação e coordenação* entre as empresas reguladas e o regulador, e deste com outros reguladores sectoriais e internacionais, com uma intensa atividade de comunicação e obtenção de informação inicial (*vd* artigo 17.º, n.º 6).

O ato administrativo de recusa de autorização é um ato de *controlo* pela verificação de incumprimento dos requisitos legais, e de *garantia* porque se baseia na *antecipação do risco* e não numa *mera prevenção* de risco.

Deve por isso basear-se em elementos objetivos (factos e indícios fortes e presunções fundamentadas) que fundam a incapacidade, a plausibilidade do risco (ultrapassando o “risco permitido”) ou a probabilidade de dano futuro a bens essenciais e coletivos. Não se pode basear numa mera incerteza dado existir um risco permitido, pois nesse caso deve vigorar o princípio in *dubbio pro libertate*. Como em todos os atos administrativos mas sobretudo nos atos típicos de polícia, assume um especial relevo garantístico o princípio da proporcionalidade entre o bem jurídico a proteger e os direitos fundamentais a limitar, pois a necessidade de uma medida concreta e a sua adequação face ao custo de um provável e futuro dano, ou à necessidade de medidas de intervenção, deve sempre redundar na adoção da medida menos lesiva do direito do administrado.

B. Controlo a posteriori: a supervisão e o princípio da prevenção

Diversamente, os atos de controlo reativo e de controlo *a posteriori* decorrem do exercício efetivo e continuado de poderes funcionais de conformação, de vigilância e de fiscalização, e podem ter uma função *preventiva* ou *conservatória*. Na relação jurídica regulatória, o regulador detém fortes poderes-deveres

de intervenção sobre o regulado e a sua atividade: *i)* de direção e conformação de condutas; *ii)* de controlo e vigilância, estática (receção de informação, ou supervisão “on desk”) ou dinâmica (de inspeção e investigação, ou “on site”); *iii)* de colaboração necessária na prestação de todos os esclarecimentos ou para obtenção de informação necessária.

A informação obtida através de poderes formais e informais que a lei e a *praxis* atribuíram ao regulador é *funcionalizada*: são *poderes ao serviço das atribuições de defesa do mercado, das instituições e dos cidadãos* e devem determinar sempre que necessário, e perante a plausibilidade de *riscos graves* ou a certeza de um *perigo*, a atempada prática de atos de Polícia administrativa, de medidas temporárias ou cautelares para prevenir ou descontinuar condutas lesivas do mercado e dos seus agentes. A *ultima ratio* será a prática de atos administrativos secundários de suspensão ou revogação de autorização. E quanto mais fortes e intrusivos são os poderes públicos, maior é a possibilidade de obtenção de informação e perante os documentos detidos e disponíveis maior é o dever de agir preventivamente.

A ação não exige uma certeza absoluta – que usualmente só advém da concretização do perigo – mas uma probabilidade forte e objetivamente fundada de um *grave risco* ou de um *perigo, real e atual e danoso*: a obrigação de o evitar é tão certa e real como o perigo de lesão pelo que o regulador deve atuar preventivamente cerceando o nexo causal. Como veremos, existem há muito medidas administrativas de polícia para atuação extraordinária e interrupção do nexo causal, afastando assim a responsabilidade pela omissão ou errado exercício de competências.

No caso concreto da idoneidade (ou adequação), a natureza da relação jurídica em causa, o feixe de deveres que se constituem nesta relação contínua, e a diferença entre o *risco* e o *perigo* sempre impediram uma interpretação jurídica que tornasse os requisitos de verificação prévia da idoneidade (na redação do artigo 30.º do RGIC que vigorou até outubro de 2014) referência *absoluta e exclusiva* na supervisão *a posteriori* – e menos ainda que fossem critérios únicos para perda da idoneidade (*cf.* artigos 32.º, 70.º, 118.º, 143.º). Os requisitos de idoneidade vertidos no atual artigo 30.º-D tornam mais clara a dinâmica da regulação e da interpretação jurídica. É certo que o autorizado tem o dever de manter os requisitos que levaram à outorga da autorização; mas tem também o dever de se manter em constante conformidade com as ordens e os requisitos da regulação que vigoram no sector. Pela outra parte, o regulador tem o dever de vigilância e controlo da manutenção dos requisitos iniciais para exer-

cício da atividade mas também do cumprimento das demais condições legais e determinações jurídicas que acompanham *no tempo* o exercício da atividade.

Em suma, a falta superveniente de idoneidade não depende exclusivamente da perda dos requisitos legais iniciais, nem a violação das condições legais iniciais são *exclusivas* e *necessárias* para a fundamentação de um ato administrativo de suspensão ou revogação da autorização (ou de adoção de outra medida provisória considerada proporcional e adequada – *infra*). Mesmo um caso de verificação superveniente de um facto que poderia obstar à autorização inicial – uma decisão judicial condenatória, por factos ilícitos de natureza criminal, contraordenacional ou outra – não pode traduzir numa declaração automática de inidoneidade exigindo-se uma fundamentação baseada na ponderação da gravidade ou reiteração dessa violação (*cf.* o n.º 6 do artigo 30.º-D).

Se no ato inicial temos sobremaneira a necessidade de obviar a um *risco* através de juízos de *presunção* e de *prognose* fundamentais à formulação de uma medida de *precaução*, nas medidas *a posteriori* temos a mais das vezes uma convicção de *perigo*, uma presunção de que um dano ocorrerá se não houver a tomada de uma medida *preventiva* que interrompa o devir ou processo causal entre um facto e um dano. E a não intervenção, na supervisão *a posteriori*, perante uma forte probabilidade de produção de um dano que ultrapassa o prejuízo geral e normal da vida em sociedade ou numa atividade (*especialidade* e *anormalidade* do dano⁴⁵), pode tornar o não exercício de competências públicas em *causa* (e não mera *condição*) de dano. E ao Estado incumbe então o ónus da prova excludente da responsabilidade civil extracontratual⁴⁶.

IV. ATOS ADMINISTRATIVO-REGULATÓRIOS NEGATIVOS E MEDIDAS DE URGÊNCIA

A autorização do Banco de Portugal (artigos 20.º, n.º1, alínea *h*), 30.º-B e C, 66.º, alínea *h*), 69.º) é um ato administrativo primário, constitutivo, que visa *remover um limite legal* ao exercício de uma profissão e *investir uma pessoa num estatuto* especial. Usualmente o procedimento de autorização finda com um ato positivo de autorização e um ato meramente declarativo de posterior registo no Banco de Portugal (após o registo comercial), embora tal ato positivo possa

45 Cfr. o artigo 2.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que aprovou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

46 Acerca da responsabilidade dos reguladores, Catarino, 2014: 171-238.

ser sujeito a uma condição suspensiva, *vg* necessária ao cumprimento de uma determinação (artigos 19.º e 69.º RGIC e 149.º do CPA).

Contribui para evitar um desfecho negativo (indeferimento do pedido) a relação de proximidade, de cooperação e de lealdade entre os reguladores e os regulados (*responsive regulation*). Em caso de dúvidas, fundadas, será usual o regulador requerer mais informação ou determinar a não indicação da pessoa em causa ou a sua substituição, a mais das vezes informalmente e “a instâncias” dos interessados (artigo 125.º e 131.º CPA). Claro que neste último caso de atuação através de um direito “conformador de condutas” informal e desprocedimentalizado, as garantias dos interessados vêm-se diminuídas face aos remédios à sua disposição (garantias) se se traduzir, *p.e.*, num ato administrativo de indeferimento. No entanto, tem a vantagem de evitar reflexos negativos para o futuro do visado e para a sua reputação e da própria empresa e o mesmo deverá suceder se a decisão de inidoneidade for posterior ao início de atividades.

1. Os atos administrativos de autorização, de recusa, de registo, e revogação

O procedimento autorizatório pode culminar com um ato administrativo negativo (artigo 20.º, n.º 1, alínea *j*) RGIC, 299.º CodVM e 152.º CPA). A autoridade administrativa deve recusar a autorização e consequente registo de pessoas que não preencham os requisitos legais de idoneidade (adequação) (artigos 30.º-B, C e D, 69.º, n.º 1 e 4 e 72.º, alínea *e*) – *infra*. Quando autorizado, a eficácia duradoura do ato permissivo permite a prática de atos administrativos secundários, suspensivos ou resolutivos, oficiosamente (por exemplo no âmbito de relações de supervisão ou de sanção, artigos 30.º-C, n.º 4, 32.º, n.º 4, 70.º, n.º 4, 141.º, n.º 1, alínea *c*), 216.º-A, n.º 1 alínea *b*), 227.º-A, n.º 2 ou 212.º, n.º 1, alínea *d*)) ou a pedido do próprio ou da instituição (casos de renúncia ou de conhecimento pela instituição de factos com relevância para a idoneidade, artigo 32.º, n.ºs 1-3).

Mas um ato administrativo primário positivo, ao afastar a proibição de exercício de um direito investindo uma pessoa num estatuto jurídico, limita a liberdade da Administração para a prática de atos secundários ablativos, como a sua anulação ou a revogação. Para além das regras gerais que permitem a revogação da autorização (*vg* por assentimento dos interessados ou na parte do ato que lhes é desfavorável, artigo 167.º CPA), a revogação é possível nos casos de oposição de uma cláusula de reserva de revogação ou de expressa previsão legal. Os atos de revogação ou de anulação dependem então da observância dos

princípios legais e procedimentais fundamentais que regem uma intervenção pública ablativa sobre a esfera privada (casos de reserva de lei ou negocial), conforme previsão legal dos artigos 22.º e 30.º-A, n.ºs 4 a 7:

- i) Pelo erro em que a Administração se encontrava quanto à verificação das condições legais necessárias à prática do ato de autorização (a denominada “revogação-anulação”, artigo 22.º, n.º 1, alíneas *a)* e *j)*, hoje denominada *anulação* com um regime-regra previsto no artigo 136.º do CPA);
- ii) Pela ocorrência de um facto objetivo superveniente que determina uma alteração das condições legais operativas que permitiam a manutenção desta relação regulatória de trato sucessivo (“revogação-cancelamento”, artigos 14.º e 22.º, n.º 1, alínea *b)*);
- iii) Pelo não exercício, prolongado, da profissão, ou por decurso de um prazo ou circunstâncias que extinguem os efeitos do ato (“revogação-caducidade”, artigo 22.º, n.º 1, alínea *d)*);
- iv) Pela verificação de graves irregularidades ou ilícitos (“revogação-sanção”, artigo 22.º, n.º 1, alíneas *e)*, *b)*, *j)*, *k)*, *m)* – *vd* artigo 18.º, alínea *f)* da *CRD IV*).

O ato administrativo de revogação, seja por facto próprio ou por facto da empresa, distingue-se dos atos administrativos sancionatórios vertidos no regime especial do direito de mera ordenação social (artigos 200.º ss.). Tratámos em escritos anteriores do problema da necessidade de distinção entre aqueles atos administrativos desfavoráveis e os atos administrativos sancionatórios, e da necessidade de aplicação do procedimento legalmente devido a estes últimos (*due process of law*), em termos de garantias dos arguidos. Se o ato tem uma *finalidade* punitiva, tem como *fundamento principal e direto* a ilicitude, depende de um *juízo* discricionário de graduação (gravidade do ilícito, e de valoração da conduta ilícita), estamos perante uma punição e vigoram de pleno os princípios ou “bloco de constitucionalidade” do *jus puniendi*⁴⁷.

Neste caso, a conformidade constitucional do ato administrativo secundário denominado de “revogação-sanção” dependerá da prévia existência de uma decisão sancionatória condenatória. Sendo proferida também uma sanção acessória (melhor se diria “complementar”) de inibição do exercício da profissão, o ato de autorização deve ser revogado se o prazo da inibição

47 Catarino, 2010: 331 e 650, 757.

exceder o tempo de duração para o exercício do cargo. Se a inibição for por tempo inferior ao tempo do exercício do cargo a autorização deve ser objeto de reavaliação necessária pelo seu efeito na idoneidade. O cancelamento ou a revogação implicam o cancelamento *ipso jure* do registo.

No caso dos demais atos desfavoráveis, a prática do ato administrativo de revogação ou de anulação está sujeita ao regime dos atos administrativos secundários e aos princípios da competência e do paralelismo da forma e do procedimento. Sem necessidade de prática de atos e formalidades que sejam inúteis ou dispensáveis por natureza – fora dos casos de iniciativa oficiosa a audiência prévia poderá ser dispensada relativamente ao requerente já ouvido ou quando estejam em causa meramente questões de direito (artigos 121.º-5.º, 170.º-1.º CPA) – a fundamentação e a notificação são essenciais (artigo 152.º-3.º, todos CPA), sendo o ato suscetível de impugnação mediante os meios jurisdicionais gerais e os urgentes e cautelares (artigos 46.º, 97.º, 112.º ss CPTA, e 12.º RGIC).

2. Os atos restritivos urgentes: as medidas provisórias, as medidas de polícia e as medidas cautelares

No âmbito da atividade administrativa de supervisão contínua o regulador pode tomar medidas desfavoráveis excecionais que se revelem temporal e estruturalmente adequadas à imediata proteção da ordem pública do sector regulado. Encontramos por isso as designadas *medidas de constrangimento* como as medidas de *vis física* que permitem no âmbito de uma ação de supervisão que os inspetores recorram, se necessário, à força policial, para que os visados conformem de imediato o seu comportamento com a norma, com uma decisão ou ordem concreta ou com um contrato, para restaurar a ordem pública (artigos 41.º-2.º e 54.º RGCORD)⁴⁸.

Estas medidas de excecionalidade traduzem-se (1) numa ameaça ou no uso da força, (2) não procedimentalizada, (3) vinculada à legalidade e demais princípios que regem a atividade pública (como da imparcialidade, da boa-fé e da proporcionalidade), (4) fundada na urgência ou necessidade resultantes de factos que, atentas as regras da experiência e da técnica, traduzam um perigo *concreto, real e atual* para o interesse público.

48 Aprovado pelo Decreto-Lei N.º 433/82, de 27 de outubro. Acerca do especial estatuto de independência funcional dos inspetores e do especial regime jurídico da atividade de inspeção levada a cabo pelos colaboradores dos reguladores (atividade atualmente desprocedimentalizada e não expressamente regulada), com propostas para a sua procedimentalização e normativização, Catarino, 2010: 467 ss.

É sobremaneira importante enfatizar esta vertente de perigo real dada a dinâmica social dos grupos. Num determinado contexto global ou em que o medo é polarizado por grupo ou lançado para a sociedade em cascata (*inter alia* pelos *media*), um meio, um sistema ou um grupo, podem assumir como real e muito sério um risco baseados no contágio por mero medo ⁴⁹. *Social influences, including cascades effects and group polarizations, both heighten and diminish fear. The result is a situation in which people often show baseless fear and confidence about situations that pose genuine danger*, o que pode determinar, sobretudo em ecossistemas profissionais e sociais fechados como o bancário, fenómenos nocivos de excesso ou de falta de atuação⁵⁰.

Existem várias *medidas temporárias* ou provisórias que visam proteger *direta e imediatamente* o mercado, permitindo uma atuação *preventiva* de cariz *negativo* ou *ablativo* que *obste à prática* de um ato ilícito ou a *um perigo ou dano* para o interesse público, grave e eminente. Apesar de as alterações legislativas ocorridas em 2014 e 2015 no RGIC terem consagrado expressamente alguns meios de intervenção urgente no domínio da adequação e idoneidade, existiam já medidas de polícia, medidas provisórias e cautelares, que permitiam aos reguladores intervir em caso de urgência para salvaguarda do interesse público e do mercado. Assim, temos:

A. As **medidas de polícia** que decorrem da função de vigilância e fiscalização conatural à atividade da Administração de Polícia e se destinam a fazer cumprir no imediato a legalidade perante atos de violação, de forma a garantir a ordem pública geral ou sectorial, e prevenir a ocorrência de danos. São particularmente importantes no âmbito financeiro pois pressupõem uma grande flexibilidade de atuação, desformalização e desprocedimentalização, e a uma ampla discricionariedade de *ação* e de *decisão* que se conjuga perfeitamente com um espaço onde existe um “tempo económico”. Corresponde a um espaço temporal de especiais necessidades de urgência balizado pela *utilidade e eficácia* do efeito das medidas – sobretudo das que transferem o risco decorrente de práticas que possam afetar o mercado na forma e tempestividade requeridas⁵¹.

49 Um clássico essencial sobre a questão do contágio e do pânico e seus efeitos é o livro de Charles Kindleberger e Robert Alber, 5.ª ed., 2005, *Manias, Panics, and Crashes: A History of Financial Crises*, N. Jersey, Wiley Investment Classics.

50 Sunstein, 2005: 98.

51 Acerca das medidas de polícia sectorial da CMVM e do BdP e os problemas que levantam no âmbito do *due process of law* ou processo devido em Direito para medidas com finalidade preventiva face à punitiva, Sérvulo Correia, 1993: 393; Catarino, 2010: 592 e 595 ss.

A maioria destas medidas de polícia traduz-se em *ordens*, proibitivas ou prescritivas, e são muito utilizadas no âmbito da regulação de intervenção económica onde cresceram e se desenvolveram. A sua competência foi cometida ao Banco de Portugal, facto decorrente de caber a esta instituição a supervisão prudencial, desde autorizar a constituição e funcionamento das instituições de crédito e empresas de investimento, aferir da adequação e idoneidade dos titulares de órgãos sociais ou de participações qualificadas, monitorizar todo o seu percurso e vicissitudes (alterações de pactos sociais, da composição dos órgãos, da detenção de participações qualificadas) até à extinção. Para que não existam *regulatory failures* e para uma maior celeridade e eficácia no caso de exercício de competências comuns ou concorrentes, deverá haver uma necessária concertação administrativa entre reguladores através de reuniões ou conferências a realizar pela autoridade que inicie o procedimento para aplicação da medida (artigos 77.º ss CPA).

Entre as medidas corretivas ou de polícia temos a possibilidade de proferir determinações ou injunções concretas, a pessoas ou instituições (artigo 116.º, n.º 1, c)), determinar a adoção de medidas corretivas previstas no artigo 116.º-C, de suspensão provisória de funções de qualquer membro dos órgãos sociais “em situações de justificada urgência e para prevenir o risco de grave dano para a gestão sã e prudente” (medidas aplicáveis também aos titulares de funções essenciais, artigos 32.º-A e 33.º-A). No caso de irregularidades praticadas em território nacional por sucursais ou escritórios de representação de empresas estrangeiras, o Banco de Portugal pode tomar as providências que entenda convenientes para prevenir ou reprimir novas irregularidades, e em caso de urgência pode adotar as medidas necessárias para prevenir a instabilidade financeira mesmo antes de fazer a comunicação à autoridade congénere competente (artigos 30.º-C, n.º 7, e 53.º).

O regulador tem o poder-dever de interferir na gestão da empresa quando a não considere “sã e prudente” ou quando a instituição realize ou pretenda realizar operações que a coloquem (ou ao mercado onde operem) em perigo (artigo 118.º). Tal sucederá, por exemplo, nos casos de insolvência ou desequilíbrio financeiro de instituições financeiras de importância sistémica. Atos de intervenção na gestão e tomada imediata de medidas extraordinárias sobre instituições, mercados ou operações, podem ser aplicadas pelo governo quando as irregularidades coloquem em risco a economia nacional (“grave perigo”, explicita o artigo 91.º).

No caso de se verificar a prática de atos que coloquem em “sério risco” o “equilíbrio financeiro ou a solvabilidade de uma instituição ou possam constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro” (artigo 145.º, n.º 1, “in fine”), pode o Banco de Portugal proceder à suspensão de órgãos sociais, designar um ou mais administradores provisórios, vetar ou anular deliberações da assembleia geral (medidas englobadas nas anteriormente existentes “providências de saneamento” do artigo 116.º, n.º 1, alínea *d*)), e ainda toda uma panóplia de medidas de polícia previstas nos artigos 145.º e 145.º-A. Estas medidas de polícia podem ser aplicadas simultaneamente com *medidas provisórias especiais* que se enquadram no âmbito de procedimentos administrativos de intervenção corretiva, de administração provisória ou de resolução, previstas no Título VIII do RGIC (*infra*).

No âmbito comportamental, o Regulamento (UE) n.º 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que criou a Autoridade Europeia de Supervisão dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ou ESMA), atribuiu competências a esta “agência” comunitária poder para suspender ou proibir serviços ou atividades de intermediação financeira ou a venda de produtos financeiros num ou mais mercados de Estados-membros, a um ou mais intervenientes, que constituam uma séria ameaça às atribuições de defesa do mercado para que foi criada (artigo 8.º, n.º 2, alíneas *e*) e *f*), 9.º, n.ºs 3 e 5, 22.º).

Estas medidas de Polícia estão ainda previstas para outras autoridades nacionais como o regulador dos mercados de valores mobiliários na já referida *MiFID II*. *Inter alia*, prevê-se a possibilidade de imposição de medidas corretivas necessárias, como de “exigir uma interdição temporária do exercício de uma atividade profissional” de intermediação ou de “exigir a suspensão da negociação de um instrumento financeiro”, mas também de “exigir a saída de uma pessoa singular do conselho de administração de uma empresa de investimento ou de um operador de mercado” (artigo 66.º, n.º 2, alíneas *f*), *m*), *s*).

As medidas de polícia têm um escopo de garantia imediata da legalidade em geral e da ordem pública geral ou especial, devendo obedecer ao princípio constitucional da *tipicidade* e da *intervenção mínima*. As medidas de polícia são as previstas na lei, e embora a fronteira possa ser por vezes difícil de traçar, estas medidas temporárias não são incluídas em procedimento sancionatório (*cfr.* o Acórdão do TC n.º 336/91, de 3 de julho de 1991). Não devem ultrapassar a *medida necessária* (artigos 61.º, 18.º, 272.º, n.º 2 CRP), o que implica

uma rigorosa aplicação e controlo dos princípios da *legalidade*, *necessidade*, *adequação* e *proporcionalidade*.

B. Na *pendência* ou *por causa* de um procedimento administrativo não sancionatório em curso, podem ser tomadas **medidas provisórias** que se revelem necessárias e adequadas para prevenir uma lesão grave ou de difícil reparação de interesses coletivos ou públicos normativamente protegidos (*periculum in mora*) ou para que os atos que venham a ser praticados pelo regulador no fim do procedimento administrativo mantenham a sua eficácia – *cf.* a previsão genérica no artigo 89.º (ex-artigo 84.º) do Código do Procedimento Administrativo, “Admissibilidade de medidas provisórias”.

Estas medidas são por natureza *temporárias*, *autónomas* da decisão final, e *independentes* da fase do procedimento de que dependem, não se confundindo com atos *preparatórios* (que se destinam a preparar o ato final) nem com atos *provisórios* (que pretendem regular provisoriamente uma situação jurídica). Podem ser decretadas pelo regulador oficiosamente ou a pedido para verificação de requisitos ou de sanção da sua falta. Por exemplo a suspensão de um administrador no âmbito de um procedimento de verificação superveniente de falta de idoneidade; a suspensão do exercício de funções para realização de uma reavaliação da idoneidade e de sanção ou de completude de requisitos considerados insuficientes (inclui os casos de administradores designados mas também aqueles em que é possível o início de atividade antes da designação); a alteração da composição da administração ou não recondução se deixarem de se verificar os requisitos de adequação do órgão. Em todos estes casos o regulador necessitará tomar medidas provisórias enquanto averigua da veracidade ou completude dos requisitos legalmente exigidos e da sua manutenção, fixando prazo para suprir insuficiências ou suspendendo um titular ou todo o órgão para redistribuição de pelouros ou de pessoas ou prestação das informações consideradas necessárias (artigos 30.º-B, n.ºs 2, 3 e 7, 30.º-A, n.ºs 6 a 9, 32.º, n.º 4, 69.º-70.º e 72.º).

A suspensão de funções pode ser voluntária ou depender de deliberação do regulador mas também pode ser automática e operar *ope legis* como sucedia nos casos em que fossem adotadas as denominadas “medidas de resolução” – em março de 2015 o legislador optou por uma solução normativa e funcionalmente questionável, de substituir a suspensão de funções nos órgãos pela sua cessação automática (artigos 145.º-E e F).

Entre as medidas provisórias são importantes as medidas a tomar oficiosamente, como a suspensão ou substituição de um ou mais administradores no âmbito do procedimento de adoção das medidas de intervenção corretiva previstas no Título VIII do RGIC, medidas que se destinam a salvaguardar a solidez financeira individual ou sistémica ou os interesses do público depositante (*cf.* artigos 139.º, 142.º, n.º 3, e 145.º, n.º 1, primeira parte).

C. Colocamos à parte, pela sua importância e gravidade, as **medidas provisórias especiais** de salvaguarda do interesse público e conservatórias da ordem pública financeira. Estas medidas, nominadas, são competência-regra do Banco de Portugal dado visarem prevenir um efeito prudencial, individual ou sistémico, mas também de outros reguladores como a CMVM (*cf.* artigos 139.º ss. do RGIC e 412.º CodVM). Tal como sucede no âmbito das medidas de polícia, é essencial que os reguladores se articulem previamente à adoção de medidas administrativas que tenham potencial impacto na atividade seguradora ou da intermediação financeira, sem prejuízo da intervenção do Governo no âmbito dos poderes-deveres de organização da administração pública e de superintendência (e tutela) da administração indireta (artigo 199.º CRP).

Por medidas provisórias *especiais* referimo-nos à adoção de medidas no âmbito de providências extraordinárias de saneamento de instituições de crédito em caso de insolvência ou desequilíbrio financeiro ou que se destinem à salvaguarda da “solidez financeira da instituição de crédito, dos interesses dos depositantes ou da estabilidade do sistema financeiro” (artigo 139.º, n.º 1). Estas medidas de intervenção supervisora, corretiva, de administração provisória ou de resolução (a que poderíamos acrescentar o procedimento de insolvência) têm uma diferente graduação decorrente da diferente gravidade da situação factual que as funda e dos seus pressupostos legais, numa apreciação prospetiva de risco e de consequência. Há por isso uma *ordem legal de precedência* nesta intervenção preventiva – o que é diferente de existir uma *relação de precedência*, i.e., de uma medida só poder ser aplicada após aplicação de outra (artigo 140.º). Esta ordem legal de precedência resulta clara do articulado legal (*cf.* artigos 141.º, n.º 1, 144.º, 145.º, n.º 1, 145.º-E, n.º 2 e 145.º-H) e da aplicação dos princípios constitucionais de intervenção mínima, da adequação e da proporcionalidade. Pelo seu impacto sobre a instituição financeira e demais usuários do sistema e dos cidadãos, todas as medidas provisórias especiais de intervenção devem preceder, por ordem de gravidade e de

necessidade, as medidas de resolução ou de insolvência (artigos 116.º e ss. e 139.º ss.⁵²).

A maioria das medidas provisórias especiais previstas dispõem também sobre a possibilidade de suspensão, substituição de um ou de todos os titulares dos órgãos de administração (e de titulares de funções de direção de topo, artigos 141.º, n.º 3, 145.º-F, n.º 3), a sua destituição ou designação de um ou mais administradores provisórios. O articulado legal atual é de difícil interpretação pelo aplicador do direito:

- i) É confuso na ordem de precedência da aplicação de medidas (cfr. a conjugação dos artigos 141.º, n.º 1, alínea *s*), 142.º, n.º 3, 144.º, *a*) e 145.º, n.º 1, primeira parte, 145.º-A);
- ii) A natureza de algumas medidas provisórias especiais aproxima-as das verdadeiras medidas de polícia (cfr. artigos 145.º, n.º 1, “in fine” e 145.º-A, n.º 1);
- iii) Nalguns casos podemos estar perante medidas cautelares típicas de procedimentos sancionatórios ou mesmo de sanções automáticas⁵³ não incluídas em procedimento sancionatório (cfr. artigos 145.º, n.º 1, *in fine* e alínea *a*), 145.º-F, n.º 1);
- iv) Finalmente, porque parece pretender que uma comunicação à instituição para substituição ou destituição de um membro do órgão de administração pela verificação superveniente da falta de idoneidade é uma medida corretiva (cfr. artigos 141.º, n.º 1, alínea *s*) e 32.º).

Estas medidas administrativas especiais têm de original o facto de se poderem traduzir em atos híbridos, administrativos e normativos, como é o caso das Medidas de Resolução. Consubstanciam um procedimento de recuperação de empresas e/ou insolvência especial não judicial (artigo 152.º), no qual o Banco de Portugal pode proceder a atos administrativos de *dispensa* de deveres legais (*vd.* artigo 145.º), intervindo na titularidade, na estrutura e na

52 A estatuição de que o “Banco de Portugal não se encontra vinculado a observar qualquer ordem de precedência” na escolha das medidas de intervenção (artigo 140.º) deve ser interpretada conforme a Constituição e os princípios gerais da atividade administrativa que o regem (artigos 18.º, 266.º-268.º), vedando uma aplicação automática e impondo a graduação que cumpra a proporcionalidade e igualdade e a proibição do excesso.

53 Acerca do problema da conformidade constitucional das sanções administrativas (contraordenações), *vg* das “automáticas”, o nosso trabalho anterior – Catarino, 2010: 692 ss.

gestão de empresas privadas (artigo 86.º, n.º 2 CRP). A par da aplicação dos princípios gerais que regem toda a administração, tem cariz *excecional* porque potencialmente colidente com direitos, liberdades e garantias fundamentais, da economia de mercado (de iniciativa e propriedade privada) e do Estado de Direito Democrático (regra da justa indemnização no caso de intervenção definitiva em empresas privadas ou de prévia decisão judicial na intervenção provisória), e implica uma especial fundamentação de facto e de direito. Com cumprimento dos deveres de necessidade e adequação o regulador deve também ter em mente que tais atos têm de obedecer ao princípio da restrição das restrições e a uma concordância prática que não esvazie de conteúdo os direitos fundamentais com que colide (artigo 18.º da Constituição).

D. Podem ser igualmente tomadas medidas administrativas provisórias no âmbito sancionatório. As *medidas cautelares*, que se distinguem das “sanções acessórias” pela natureza instrumental, também têm carácter *provisório ou temporalmente limitado*, são *excecionais* (atento o princípio da presunção de inocência) e *instrumentais* a um caso concreto ou a um procedimento. Têm como finalidade *pôr termo* imediato aos efeitos prejudiciais de uma conduta ilícita ou *prevenir* o efeito útil de uma investigação ou decisão sancionatória (cfr. artigos 216.º-A, n.º 1, alínea *b*) RGIC e artigo 412.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*) CodVM).

Quais as condições da sua aplicação? A existência de indícios suficientes (*fumus boni iuris*) que permitam concluir numa *summa cognitio* pela verosimilhança e plausibilidade da prática de um facto ilícito lesivo do interesse geral, e sejam *necessárias* face à *urgência* em evitar prejuízos graves ou irreparáveis antes de uma decisão definitiva (*periculum in mora*) ou a evitar que as medidas que venham a ser tomadas percam eficácia. A sua discricionariedade e consequente legalidade encontra-se balizada pela *razoabilidade* perante a *finalidade* que prosseguem, a *proporcionalidade* perante os efeitos do ilícito e os interesses a defender, e pela *finalidade* (não punitiva) e *necessidade* de garantir a eficácia de uma eventual resolução final.

Quais as medidas cautelares sectoriais previstas? Estas medidas consistem *tipicamente*: (i) na possibilidade da suspensão “preventiva” de alguma(s) atividade(s) ou funções exercidas pelo “arguido” (o que pressupõe a constituição do sujeito como arguido) ou (ii) na sujeição de tais atividades a condições “determinadas”, consideradas “necessárias”, nomeadamente o cumprimento de deveres de informação.

Estas medidas são imediatamente exequíveis e podem ser aplicadas sem audição prévia dos visados ou interessados (o recurso da medida tem efeito meramente devolutivo, artigo 216.º-A, n.ºs 2 e 5), vigoram sem limite temporal até à sua revogação por decisão final (administrativa ou judicial), à caducidade ou início de cumprimento de sanção acessória *homogénea*. Devem ser igualmente *revogadas quando durante o processo* deixem de se verificar os pressupostos ou circunstâncias que levaram à sua aplicação (extinguindo-se em caso de prescrição do procedimento). A lei aceita a *fungibilidade* das medidas cautelares com posteriores sanções acessórias; impõe-se por isso a homogeneidade para se proceder ao desconto no tempo das sanções acessórias do tempo que durou a medida cautelar com os mesmos efeitos (artigos 216.º-A, n.º 4 RGIC e 412.º, n.º 4 CodVM).

A homogeneidade deve igualmente impor a caducidade de uma medida cautelar, p.e. de suspensão de um administrador, quando se cumpra o tempo máximo fixado para a correspondente sanção acessória (suspensão da atividade do administrador por *X* meses). De outro modo permitir-se-ia, com base num mero juízo perfunctório, a imposição material de uma sanção atípica, sem o processo devido em Direito, indeterminada (pela falta de *quantum* temporal), e que coloca em causa o núcleo essencial do direito fundamental (no caso, à profissão e ao trabalho). Exige-se por isso uma especial diligência processual ou procedimental sob pena de violação, também, do direito fundamental a uma decisão num prazo razoável (refração de um *due process of law* vertido no artigo 20.º, n.ºs 4 e 5 CRP, e no artigo 6.º CEDH)⁵⁴.

Resta-nos uma última questão: estando perante um atividade materialmente de supervisão e não sancionatória, quando se inicia materialmente um procedimento sancionatório e finda o procedimento de supervisão? A importância da distinção não necessita demonstração: pela aplicação de um regime jurídico mais garantista mas também face aos problemas, reais, de validade da prova recolhida e de aplicação e segregação de atividades administrativas. Depende formalmente de uma deliberação de abertura do processo sancio-

54 O facto de um arguido ser objeto de medidas cautelares implica que o *dominus* do processo tenha um dever de diligência acrescido na sua célere resolução, e o princípio da necessidade e da proporcionalidade deverão levar a que as dificuldades de obtenção de prova ou de fundamentação afastem o sacrifício assim imposto. Tivemos oportunidade de afirmar, a propósito da análise da Jurisprudência do TEDH na sua aplicação do artigo 6.º da CEDH ao direito de mera ordenação social, que o dever de decisão num prazo razoável e a responsabilidade pela sua violação se encontram estritamente ligadas ao processo, ao seu conteúdo e atividade das partes e não só à apreciação temporalmente quantitativa – Catarino, 2010: 748 ss. *Idem*, 1999: 3.

natório pelo órgão competente (artigo 213.º)⁵⁵. Questão diversa e sobre a qual tivemos oportunidade de nos debruçar anteriormente, é *quando deve* a Administração declarar o início de um processo de contraordenação, pela verificação de forte indícios de práticas ilícitas, no âmbito de ação de supervisão em curso...

Estas medidas de constrangimento podem por isso ser aplicáveis de forma célere e com efeito útil, devendo ser posteriormente analisadas e alteradas ou revogadas consoante se verifiquem alterações nos factos que lhe deram origem ou cessem as circunstâncias (*causa*) que as fundamentaram, cumprindo-se assim os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade (artigo 216.º-A RGIC).

3. Âmbito subjetivo da autorização administrativa: os titulares, os trabalhadores em funções essenciais e a funcionalização do órgão.

O ato de autorização depende do preenchimento de condições legais, e estão subjacentes à questão da idoneidade características pessoais. Veremos que os proponentes (sociedade, interessados e seus representantes) assumem conjuntamente com a “proposta de atividade” a fundamentação legal de *fitness and propriety* de tais indivíduos (artigo 17.º, n.º 1, alínea *b*). É neste momento inicial que se coloca com maior acuidade a necessidade de eles fundamentarem e de justificarem os requisitos de idoneidade (e de adequação), dada a falta de informação detida pelo regulador.

As pessoas singulares objeto destes atos administrativos de autorização ou *key persons*⁵⁶ são pessoas que têm ou terão funções de responsabilidade na gestão, na superintendência e na administração de uma instituição ou empresa *licenciada* ou *autorizada* para atuar num *sector económico fortemente regulado*. Abrange os membros dos órgãos de administração e de fiscalização das instituições de crédito e de sociedades financeiras além de outras funções

55 Nesta matéria mantém-se uma porosidade regulatória com uma clara deferência judicial e doutrinária face aos poderes de investigação e sanção pela Administração independente que contrastam vivamente com o escrutínio a que têm estado sujeitos os órgãos de investigação criminal e o próprio Poder Judicial no âmbito do processo criminal – Maças, 2006: 31. A propósito do aprofundamento do estatuto do arguido e da aplicação dos princípios fundamentais dos processos sancionatórios a este ramo de Direito, Catarino, 2010: 343 e 441; *idem*, 2014: 174 ss. e 197 ss.

56 A IOSCO considera aplicáveis as melhores práticas de avaliação de *fitness and propriety* a outros agentes do Mercado e stakeholders para além das Key Persons – *any person responsible for managing or overseeing, either alone or together with another responsible person, the activities of a licensed provider relating to the rendering of financial services*, <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD312.pdf> (consultado em 5.4.2016).

que o legislador venha a prescrever no respeito pelo regime constitucional de restrição às restrições profissionais. As exigências de *fit and proper* têm, dissemo-lo já, um forte cunho prudencial pelo que a vontade administrativa se encontra balizada e funcionalizada: a deliberação de recusa de autorização só se pode fundar em factos objetivos de que decorra a existência de fortes indícios (*probable cause*) de uma falta de idoneidade, que trará uma probabilidade real de não assegurar no futuro e em permanência (*juízo de prognose*) as garantias de gestão sã e prudente das instituições de crédito (adequação), ou, de modo particular, de não ser apta a salvaguardar o sistema financeiro e os interesses dos respetivos clientes, depositantes, investidores e demais credores” (artigo 30.º, n.º 2). Porque as qualidades se devem manter durante todo o mandato, a instituição financeira e o interessado assumem deveres de verificação periódica da manutenção das qualidades legais exigidas, de comunicação e mesmo de denúncia e participação ao regulador de “indícios sérios de infrações a deveres” constantes do Regulamento 575/2013 (artigo 32.º).

A conjunção do fenómeno da globalização financeira e da concentração empresarial (horizontal ou vertical, ou por conglomerado) implicaram alargar o âmbito das pessoas coletivas cujos titulares de órgãos sociais são objeto de controlo: não necessita demonstração, por exemplo, que a insolvência de empresas que atuem como contrapartes centrais ou que girem sistemas de liquidação e compensação de operações de mercado, se traduzirá na criação de um “buraco negro” no sistema financeiro. A concentração económica postula uma necessidade (real) de desconcentração de competências, pela delegação de fortes responsabilidades de *governance* e de direção em níveis pessoais funcionais mais baixos da pirâmide hierárquica. A eficácia da desconcentração e a ética da responsabilidade individual implicam avaliar outras pessoas chamadas a “funções que lhe confirmam influência significativa na gestão da instituição de crédito”. São as funções relevantes ou essenciais (artigo 33.º-A) ou de “direção de topo” (artigo 3.º, n.º1/7 da *CRD IV*).

Comparando o atual regime jurídico da adequação com o normativo vigente no início do séc. XX, as exigências legais de *fitness and propriety* tendem a alargar-se a outras pessoas. A Diretiva *CRD IV* assumiu um forte intervencionismo na gestão das instituições de crédito tornou as funções de direção superior administrativamente *controladas* ou *supervisionadas* (artigos 33.º-A, n.ºs 4 a 5 e 32.º, n.º 4). Esta “chamada” à direção da instituição de outras pessoas para além das titulares de órgãos de administração e de fiscalização tem o seu expoente máximo num regime de corresponsabilização sancionatória, aparen-

temente objetiva (artigos 204.º e 226.º⁵⁷). O legislador enumera como detendo funções essenciais para a salvaguarda do sistema e como tal sujeitos a avaliação e autorização, os responsáveis pelas áreas de *compliance*, de auditoria interna, de controlo e de gestão de riscos. Mas não só. Por um lado, através de norma legislada expressa, conforme aos princípios constitucionais e direitos fundamentais, o legislador ou o regulador legalmente habilitado podem alargar esta restrição a outros cargos cujos titulares “exerçam funções que lhes confirmam influência significativa na gestão da instituição de crédito” (artigo 33.º-A, n.ºs 2, “in fine” e 6). A extensão do âmbito material (condições essenciais), e/ou o seu âmbito subjetivo (pessoas ou funções) poderá também decorrer de regulamentação interna da empresa, no âmbito da liberdade contratual, negocial e de organização interna (artigo 33.º-A, n.º 2, primeira parte).

A regulação do exercício da atividade profissional não se fica por aqui. Deve haver uma verificação pelos proponentes e pela administração reguladora de que da soma das competências individuais dos titulares de órgãos plurais resulta uma *unidade*, um colégio que no conjunto *também* garante uma gestão sã e prudente para *todas* as atividades e funções concretas da instituição (artigo 30.º, n.ºs 4 e 5). A avaliação da capacidade, aptidão ou conveniência é aferida perante a pessoa singular (é *pessoal*) mas também perante o órgão que vai integrar (é *funcionalizada*), *i.e.*, a aferição da idoneidade é pessoal, *necessária* mas não *suficiente* pois a final a adequação é *individual* e *coletiva*. A lei estatui que esta “deve ser acompanhada de uma apreciação coletiva do órgão, tendo em vista verificar se o próprio órgão, considerada a sua composição, reúne qualificação profissional e disponibilidades suficientes para cumprir as respetivas funções legais ou estatutárias em todas as áreas relevantes de atuação” – artigos 30.º, n.º 4 e 22.º, n.ºs 1, alínea *j*) e 2. O fenómeno de *cross fertilization* implica diversidade e criticidade dentro dos órgãos, e daí que deve ser objeto de análise a “idade, género, origem geográfica, habilitações e antecedentes profissionais (...) por forma a assegurar uma diversidade de opiniões e experiências” (*vd* Considerando n.º 60 da Diretiva 2013/36/EU).

57 Não cumpre desenvolver aqui esta vertente. Estes requisitos também se aplicam à *própria entidade que desenvolve atividades reguladas*. A sua condenação em processos-crime (de mercado, fiscal, patrimonial), em processos de contraordenação de que resulte a aplicação das denominadas sanções acessórias (publicidade, suspensão temporária de atividades), também poderão redundar a final no cancelamento da autorização – artigos 70.º, n.º 3 e 30.º, n.º 3 e CRD IV. Estaremos perante aquilo que se denomina de “revogação-sanção” (*infra*). Sobre a matéria administrativa sancionatória (contraordenações), os seus limites constitucionais, tipos de sanções e seus efeitos (incluindo a figura da revogação-sanção), Catarino, 2010: 557 ss. e 610 ss., e vasta bibliografia aí citada.

Do atual normativo resulta que um sujeito pode ser individualmente apto e idóneo para desempenhar funções numa instituição de crédito, mas o Banco de Portugal não o autorizar a desempenhar a profissão em função da qualificação ou competência específica necessária ao colégio. A estes critérios técnicos e de *policy* devemos ainda acrescentar outros critérios de inclusão: *i*) políticos, como o que resulta da discriminação em favor de um género (“quotas” para “géneros sub-representados”, artigo 30.º, n.º 6); sociais e laborais, e seguindo o paradigma alemão, da “representação dos trabalhadores no órgão de administração (...) uma vez que introduz uma perspetiva fundamental e um conhecimento autêntico do funcionamento interno da instituição” – considerando n.º 60 *supra* referido, artigo 91.º, n.º 13 da mesma Diretiva)⁵⁸.

Concluimos que as exigências legais de idoneidade “*latu sensu*” incidem sobre as pessoas singulares que têm funções de responsabilidade na gestão, na superintendência e na administração da empresa, e reflexamente sobre a própria instituição. São consideradas *key persons*: *i*) as pessoas titulares dos órgãos de administração e de fiscalização e de gerência de algumas sucursais (*supra*); *ii*) as pessoas que sejam “titulares de funções essenciais” ou de “direção de topo”; *iii*) o órgão colegial da instituição de crédito, enquanto conjunto de qualificações e competências necessárias e adequadas às atividades a prosseguir; *iv*) a instituição de crédito *autorizada* ou *licenciada* para atuar num *sector regulado*.

Parecerá estranho incluirmos na aferição da idoneidade de uma pessoa singular factos relacionados com a conduta das próprias instituições de crédito. É que a conduta desta última tem reflexos reais na apreciação da idoneidade das pessoas singulares: a prática de irregularidades graves ou a violação de leis e regulamentos pela instituição implica para os titulares dos seus órgãos a possibilidade da declaração de inidoneidade superveniente na instituição, ou a falta de idoneidade para futuras nomeações (artigos 22.º, n.º 1, alíneas *e*), *h*), *j*) e *m*), *e*), 30.º-A, n.ºs 6 e 8, 30.º-D, n.º 6 e 30.º-C).

Assim, a par da “funcionalização” do instituto, i.e., de a capacidade do sujeito individual estar dependente da aferição da idoneidade do coletivo (órgão), para fins comportamentais mas também para fins prudenciais, a lei assumiu

58 Também a Diretiva 2014/59 pugna pela informação e intervenção dos trabalhadores no âmbito da aplicação e tomada de medidas de resolução (artigo 10.º, n.º 7, *m*), 34.º, n.º 5, 84.º, n.º 4, *b*), normas que se enquadram no âmbito dos poderes-deveres da União de prossecução de políticas económicas e sociais de integração (artigos 7.º s TFUE e 27.º e 27.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia).

a total “reflexividade” do sistema ao estatuir que a conduta da instituição, por exemplo se foi objeto de uma ou mais sanções, também influi sobre a aptidão e idoneidade individual, atual e futura, dos próprios titulares dos órgãos.

VI. PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO: DA AUTOAVALIAÇÃO À HETEROAVALIAÇÃO

Os atos de autorização administrativa fazem fé pública perante os demais reguladores: as pessoas a designar provaram *possuir* e *manter* os requisitos legais e demais códigos de conduta externos e internos (artigos 17.º, n.º 2, 22.º, n.º 2, e 30.º-A, n.ºs 1 a 4). Mas o controlo da idoneidade, de experiência pessoal e profissional, tal como o de disponibilidade e de prevenção de conflito de interesses, deve ser efetuado num primeiro nível pelas próprias empresas interessadas de acordo com normas de política interna e com base na informação recebida e solicitada à pessoa a propor ao regulador (artigos 17.º, n.º 1, alínea g), 30.º, n.º 6 e 30.º-A, n.º 3).

Desta forma reforçam-se os mecanismos de prevenção de risco nacional mas também a nível da União – o atual regime legal é direito comunitário harmonizado – pois o sistema de passaporte das empresas impõe que exista apenas “uma porta” para a entrada em todo o espaço da União (*single entry point*). O reforço do papel das instituições financeiras como *gatekeepers* do sistema bancário (e consequente responsabilidade pela nomeação e pela vigilância) reside num primeiro momento nas assembleias gerais e nos demais órgãos internos de nomeação (comités de nomeação, artigo 115.º-B), ou de vigilância (órgãos de fiscalização ou de *compliance*) e de controlo interno (de auditoria e/ou de risco), das instituições (artigos 30.º, n.º 1, 30.º-A n.º 5). É apenas neste sentido de *gatekeeper* que falamos em autoavaliação distinguindo a avaliação pela autoridade pública.

1. O procedimento de autoavaliação

A expressão de *gatekeeper* foi utilizada para os profissionais ou agentes privados que têm a possibilidade de *impedir* ou *interromper* uma conduta irregular mediante um diálogo com os agentes, uma noção que abrange auditores, consultores, advogados especializados no mercado de valores mobiliários, intermediários que prestam serviços a emitentes, analistas financeiros, agências ou sociedades de notação de risco (*rating*). Tradicionalmente, a expressão é utilizada latamente para abranger pessoas ou entidades com elevada reputação profissional adquirida no mercado ao longo de um espaço de tempo pelos

serviços prestados a muitos clientes, que asseguram ou garantem a objetividade de dados ou relatos por ele realizados, verificados ou certificados – fenómeno de *auctoritas* revertido em *imperium*” ou de partilha de autoridade e de responsabilidade entre a administração e sujeitos com um saber publicamente reconhecido e aceite⁵⁹.

O legislador comunitário obrigou os Estados-membros a conferir tais competências de controlo às próprias instituições financeiras (artigo 30.º-A, n.º 1). O regulador espera que as instituições tenham políticas internas de definição de aptidão, seleção e avaliação, e que no processo de candidatura de *Key Persons* a empresa proponente tenha aferido uma série de requisitos profissionais e de idoneidade: i) face às informações e às declarações do próprio (artigo 30.º-A, n.ºs 3 e 4); e, ii) face aos requisitos da sua política interna, *vg* no que respeita aos procedimentos internos de avaliação da adequação (artigos 30.º-A, n.º 2 e 30.º, n.º 6); iii) que o/s responsável/eis pela avaliação interna tenha/m atuado diligentemente certificando-se através de diplomas, entrevistas, obtenção de referências (artigo 30.º-A, n.º 2 e 115.º-B para o comité de nomeações); e iv) que tais informações constem do relatório final de avaliação a ser disponibilizado aos órgãos sociais e/ou apresentado à assembleia geral em caso de eleição, e ao Banco de Portugal para instrução do pedido de autorização (artigos 30.º-A, n.ºs 5).

Não esquecemos que esta avaliação prévia (*due and diligent enquiries*) pode ser custosa para o regulado (no sentido de *time consuming*) mas compete-lhe fazer prova dos requisitos que fundamentem a idoneidade dos candidatos devendo os interessados fornecer e manter-se disponíveis para as informações complementares necessárias à avaliação (artigos 30.º-A, n.ºs 4, 7 e 9 e 30.º-B, n.ºs 1 a 6)⁶⁰.

59 Catarino, 2010: 269. O termo *gatekeeper* implica um fenómeno da partilha de responsabilidades do regulador com entidades privadas ou com profissionais do sector (muito mais poderíamos citar, desde sociedades gestoras de mercados, ou de sistemas de liquidação e de compensação), cuja reputação confere uma especial credibilidade a atos ou factos (auditores, contabilistas, empresas de notação de risco, advogados especializados em *corporate governance*) – neste sentido, Kraakman, 1984: 857. Também é vulgarmente utilizado para designar uma qualquer pessoa ou entidade que presta uma atividade ou serviço ou certificação necessários para que uma empresa proceda a uma operação ou transação – Coffee, in Hopt *et al.* 2006: 605 –, que demonstra como, perante o sucedido no mercado norte-americano após 2000 (escândalos iniciados com o caso ENRON) ou 2007 (crise do *subprime* no mercado hipotecário), o capital em que se traduz tal reputação tem sido vendido a um preço baixo...

60 Neste sentido temos as orientações do Banco de Portugal relativamente ao controlo de idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização (“Adequação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização e dos titulares de funções essenciais”), in <https://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/SupervisaoPrudencial/Paginas/Controlo-de-idoneidade.aspx> (consultado em 5.4.2016).

A autoavaliação faz-se através da verificação, pela instituição, da existência de capacidade e experiência suficientes para o candidato desempenhar um determinado cargo, atendendo à sua complexidade perante as atividades desenvolvidas pela instituição e meio em que as desenvolverá. Perante a insuficiência de requisitos de adequação a resposta não é necessariamente a não nomeação ou afastamento do candidato, pois existem opções legais: pode por exemplo a empresa dispor de um espaço de tempo adequado para que o nomeado venha suprir um *deficit* de experiência em concreto; ou, pode proceder o regulador a uma audição ou outro meio de prova direta com o interessado (*cfr.* artigos 20.º, n.º 2, 30.º-A, n.º 6, e 117.º ss. CPA – *vd* o caso particular do registo de analistas financeiros e consultores para investimento contantes da regulação CMVM)⁶¹.

A empresa deve manter atualizada esta sua política interna e proceder a reavaliações periódicas dos seus membros e do coletivo (órgão) face aos requisitos legais (artigo 30.º, n.º 2, 30.º-A, n.ºs 7-8). A verificação de factos novos (por recentes ou anteriormente desconhecidos) que possam colocar em causa o juízo inicial, deve ser feita perante as concretas orientações internas das empresas, de entre as quais deve existir a necessidade de comunicação pelo interessado de factos relevantes (artigo 30.º-A, n.º 4), ou pelos responsáveis pela vigilância (artigo 115.º-B), e sua comunicação às autoridades de supervisão (artigo 30.º-A, n.º 9).

2. O procedimento de heteroavaliação

A autoavaliação pela instituição não afasta a heteroavaliação pela qual apenas o regulador é responsável. Uma prova positiva da verificação das condições legais decorrente da autoavaliação não afasta nem diminui a necessidade de o regulador proceder de uma forma diligente à sua própria avaliação no momento da autorização e/ou do registo (artigos 14.º, 20.º, 30.º, 30.º-A, n.º 3). É verdade que as normas jurídicas externas e apriorísticas traduzidas em regras e princípios jurídicos, tal como as recomendações e orientações (*soft law*), são previamente conhecidas dos agentes que operam no mercado e do público interessado. O *full disclosure* dos requisitos e das informações necessárias e relevantes é essencial à boa administração, à proteção da confiança

61 O Regulamento CMVM n.º 2/2007 foi alterado em 2010, passando a exigir-se forte requisitos académicos (CFA, certificado de curso reconhecido pela EFFA – *cfr.* artigo 10.º). Atentos os princípios jurídicos de proteção da confiança, o regulador estatuiu então um prazo para que os candidatos que desempenhassem o cargo À época da entrada em vigor mantivessem, mas para aqueles que iniciassem durante o vasto período de *vacatio legis* criado, deveriam possuir as habilitações académicas necessárias num prazo máximo de 4 anos).

dos interessados e à celeridade dos procedimentos (artigos 17.º, n.º 1 e n.º 6, 20.º, n.º 1, alínea *b*) e n.º 2). Mas esta heteroavaliação é um momento único de controlo, desde logo pela independência, isenção e imparcialidade que deve acompanhar a análise do relatório de avaliação da instituição, os documentos oficiais e informais juntos ao processo, as eventuais entrevistas pessoais. Existe uma *tool box* de competências muito forte, meios para coordenação e troca de informação com outros reguladores, nacionais ou internacionais, através dos quais o regulador deve obter a informação relativa ao desempenho pelo interessado, vg em cargos em empresas não financeiras que tenham influência significativa em empresas reguladas.

O legislador conferiu também ao regulador uma “válvula de escape” procedimental que permite o pedido fundamentado de quaisquer outras informações pessoais ou profissionais que entenda relevantes para formular o juízo de probidade e adequação (*cfr.* artigo 17.º, n.º 6 RGIC e 299.º, alínea *d*) do CodVM, e consequente aplicação dos artigos 89.º ou 104.º CPA).

É sumamente importante a coordenação administrativa no exercício da atividade reguladora pelas diversas entidades nacionais (*cfr.* artigos 29.º-A e B, 30.º-B, n.ºs 10 e 11, 30.º-D, n.º 7, 37.º, n.º 3, 81.º), com os reguladores sediados em Estados-membros diferentes (artigos 18.º, 22.º, n.º 3, 23.º, 82.º, 118.º), e com as autoridades da União Europeia que concentram informação relevante sobre as empresas e os titulares de órgãos sociais (artigos 16.º, 22.º, n.º 3, 23.º, n.º 2, 30.º, n.º 7, 30.º-D, n.º 8, 81.º, n.ºs 2-4).

A cooperação e troca de informação é necessária à supervisão contínua (artigo 93.º), embora no caso dos conglomerados exista uma dificuldade real em fiscalizar a adequação de quem desempenha em empresas não reguladas cargos funcionalmente importantes para as instituições de crédito, sobretudo se se tratar de empresas estrangeiras e de Estados pouco cooperantes. Tal não exime o regulador de procurar obter informação junto do regulador que possa ter tido previamente uma relação ou avaliação da pessoa em causa, sendo certo que as relações de supervisão constituídas no âmbito de nova regulação sobre empresas não financeiras favorecem a obtenção e troca de informação. Pensamos na denominada regulamentação EMIR, de *European Market Infrastructure Regulation* que traduz a regulação e supervisão da negociação de contratos de derivados em mercado de balcão ou OTC por contrapartes financeiras e não financeiras⁶².

62 A *European Market Infrastructure Regulation* reporta-se à regulação do mercado de contratos de derivados negociados em mercado de balcão mas também às contrapartes centrais e aos repositórios de

Assiste-se a um movimento em que as autoridades comunitárias de regulação como a EBA e a ESMA centralizam, tratam e disponibilizam informação sobre a vida – e até sobre as sanções – de cada pessoa ou instituição (artigos 16.º, 20.º, 69.º da Diretiva 2013/36/UE), bastando ao regulador a prova das diligências encetadas para afastar uma eventual responsabilidade por omissão.

O momento de heteroavaliação é também importante pela fé e força pública de que a Administração independente se encontra dotada: as pessoas já autorizadas por idóneas por outros reguladores do sector financeiro dispensa, por regra, nova apreciação (artigo 30.º-D, n.º9).

Estes procedimentos de avaliação são diversos, e mesmo que a instituição conclua num relatório de reavaliação que uma pessoa deixou de ter idoneidade para o cargo tal não determina a sua suspensão ou substituição pela sociedade enquanto o Banco de Portugal mantiver a autorização – embora tenha o dever de o informar de imediato (artigo 30.º-A, n.ºs 6 e 9). Do mesmo modo, a demonstração positiva de factos que qualifiquem como idóneo e adequado um interessado não impede o regulador de rejeitar a nomeação – embora tal implique uma fundamentação particularmente exaustiva quanto às circunstâncias factuais e jurídicas que determinam este ato negativo face à informação e relatório apresentado pela empresa, com a prévia audição dos interessados e respetivo contraditório (e o mesmo sucederá nos casos em que entenda verificar-se falta ou perda de idoneidade superveniente, artigos 114.º, 121.º-125.º, 152.º-153.º CPA e 268.º CRP).

VII. O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO “IDONEIDADE”. A ESSENCIALIDADE DA “NORMA-PADRÃO” DE COMPORTAMENTO PERANTE AS “NORMAS-TRAVÃO” DOS “ÍNDICES EXEMPLIFICATIVOS” (O *UNDUE PROCESS OF LAW*)

Mas em que se traduz esta idoneidade? Materialmente, uma *fit and proper person* é alguém que detém reconhecidamente experiência profissional, competência e disponibilidade para o cargo em causa, uma situação financeira estável, e uma superior reputação, honestidade e comportamento ético pessoal reconhecido “inter pares”.

dados sobre transações, vertida no Regulamento (UE) n.º 648/1012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012. Alterado entretanto, a legislação atualizada e respetivas normas técnicas encontra-se disponível em http://ec.europa.eu/finance/financial-markets/derivatives/index_en.htm (consultado em 5.4.2016).

Estamos perante um conceito jurídico indeterminado (“idoneidade, que dê garantias de gestão sã e prudente” – artigo 30.º do RGICSF), que tem de ter no seu preenchimento factual todas as variáveis referidas *infra*. Inexiste jurisprudência que permita densificar o conceito, e a “praxis” administrativa dos casos concretos encontra-se encoberta pelo dever de sigilo profissional e de segredo bancário. A matéria de facto é essencial à formulação de um juízo (e à tutela judicial efetiva) quanto à pessoa, quanto à empresa e quanto ao cargo a exercer em concreto. Como preencher em concreto o conceito indeterminado perante o vasto normativo legal?

Até à alteração do artigo 30.º do RGIC (“Idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização”) pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro de 2014, a aferição da idoneidade era feita com base num *padrão de comportamento* descrito no n.º 2 (vertidas no n.º 1 do atual artigo 30.º-D). Na apreciação de uma idoneidade que dá garantias de uma gestão sã ou prudente devia ter-se em conta “o modo como a pessoa gere habitualmente os negócios ou exerce a profissão em especial nos aspetos que revelem incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, ou tendência para não cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança no mercado”.

Este *padrão de comportamento* habilitava o aplicador a preencher um conceito jurídico indeterminado. O legislador enumerou circunstâncias exemplificativas que podemos designar por “índices de inidoneidade de comportamento”, que se encontravam contidos numa tipicidade enunciativa de factos que permitiam ao aplicador formular mais facilmente um juízo prospetivo (n.º 3). O juízo de inidoneidade traduzia a aplicação do princípio da precaução *supra* referido: face a uma conduta pessoal e profissional anterior que por habitual ou reiterada, denotava características que formavam um *padrão* (“tendências”, “circunstâncias” ou “incapacidades”), pontuado por um usual incumprimento “pontual” de obrigações ou decisões imponderadas ou não criteriosas (“indícios”), o regulador inferia uma *forte probabilidade* de gestão imprudente ou malsã (“presunção de falta de “garantia”), que contrariava a necessária Confiança.

Mas o *padrão* sobre põe-se sempre aos “indícios” de *presumida* falta de idoneidade decorrente de *factos objetivos* vertidos no n.º 3 (vg. condenações por crimes comuns ou económicos); apesar dos mesmos poderia a autoridade entender que a pessoa cumpria com o padrão necessário ao preenchimento da cláusula geral (“gestão sã e prudente”). Isto é: o padrão de boa conduta não era

afastado pela aplicação, ou mera enunciação, dos factos objetivos enumerados como “circunstâncias atendíveis” para indiciar falta de idoneidade⁶³).

Permitia-se ponderar o preenchimento e a fundamentação (necessária) do conceito jurídico indeterminado de idoneidade, no confronto entre bens constitucionalmente protegidos, dando ao aplicador e ao julgador uma enumeração *enunciativa* de índices. Estes índices legais baseavam-se em decisões judiciais desfavoráveis ao interessado mas a sua existência não determinava automaticamente a falta de idoneidade. A necessidade de os conjugar com as finalidades de prevenção no âmbito da supervisão prudencial afastando a automaticidade da consequência seria vertida no n.º 6 do atual artigo 30.º-D, para a avaliação inicial e para a avaliação subsequente⁶⁴.

A jurisprudência entendia ser de exigir uma condenação judicial, por regra transitada em julgado, para a declaração de inidoneidade não violar os princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e proporcionalidade (artigos 32.º, n.º 2, 18.º e 266.º, n.º 2 CRP e 7.º-8.º CPA)⁶⁵.

Porque a enumeração não era esgotante ou taxativa (estatuía a norma “entre outras circunstâncias atendíveis”), a jurisprudência aceitava outros índices ou circunstâncias desde que pudessem “revestir uma gravidade análoga”. A ênfase era dada à existência de outras situações de condenação em processos judiciais⁶⁶, porque as circunstâncias ou índices elencados pelo legislador enunciavam situações que pressupunham um grau de certeza que se não compagina com meras dúvidas, suspeitas ou “dúvidas razoáveis”. Mas a condenação judicial *necessária* podia não ser *suficiente*: o Banco de Portugal está vinculado

63 Catarino, 2010, 630.

64 No sentido da automaticidade, o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa decidiu no Processo n.º 197/02 que “verificada uma condenação por tais crimes, terá o Banco de Portugal de considerar imediatamente prejudicadas as condições de gestão sã e prudente da instituição em causa, com base num critério negativo de idoneidade diretamente estabelecido pelo legislador e, portanto, sem margem para outras apreciações.”

65 “O princípio de prevenção de riscos ou preservação da confiança do mercado não é um princípio fundamental, enquanto o princípio da presunção de inocência constitui uma garantia constitucional do Estado Social e Democrático de Direito, inserindo-se na categoria dos Direitos, Liberdades e Garantias”, Acórdão do STA de 3 de maio de 2005, processo 010009/04.

66 Segundo o STA, as situações análogas serão necessariamente factos, circunstâncias ou índices que possam firmar um juízo de inidoneidade por razões essencialmente semelhantes às escolhidas pelo legislador. E o indicador comum seria a existência de decisões judiciais condenatórias transitadas em julgado, embora no artigo 30.º as decisões administrativas ou judiciais condenatórias pela violação de regras que regem o sector económico-financeiro em causa ou as *leges artis* não fossem pelo legislador equiparadas às demais decisões judiciais. No mesmo sentido o Acórdão do TCAS de 26 de abril de 2012, 2.º Juízo, Proc. 03836/08.

ao *padrão* e não aos *índices*. Na realidade, uma condenação não pode acarretar como consequência ou sanção automática uma *capitis deminutio* ou uma espécie de morte profissional num determinado sector de atividade (artigos 34.º e 47.º da Constituição). E perante o ex-artigo 30.º também as decisões administrativas condenatórias de pessoas singulares pela violação de regras que regem o sector económico-financeiro ou as *leges artis* não eram equiparadas às decisões judiciais exigindo-se uma decisão transitada – por maioria de razão, podemos dizer o mesmo de uma condenação administrativa sancionatória.

A aferição da idoneidade deve ser feita numa base casuística, atenta a gravidade do ilícito o comportamento posterior, a reiteração, a reabilitação e o tempo já decorrido⁶⁷. O n.º 6 do artigo 30.º-D vem manter em letra de lei esta orientação.

Na autorização do exercício de profissão de uma pessoa em concreto também “não está (nem pode estar) em questão um interesse próprio do regulador que conflitue e se sobreponha ao do interessado. Não podem estes procedimentos prévios vir a ser utilizados de forma deturpada como pretensão informalmente sancionatória (definitiva ou “cautelar”), proibindo ou banindo do meio profissional uma pessoa singular (sanção “encapotada” na *recusa de autorização*). Também não podem ser utilizados como um sucedâneo da condenação judicial, à míngua da possibilidade de um resultado condenatório (porque se encontra pendente uma investigação) ou de uma decisão final (porque uma decisão administrativa condenatória se encontra em recurso, ou porque a AAI não conseguiu prova ou decisão em anterior processo de investigação ou sancionatório, ou mesmo para suprir a prescrição da responsabilidade). Não é igualmente aceitável que se afirme que “a recusa ou cancelamento do registo não se baseia numa afirmação negativa da idoneidade de certa pessoa, que a lei não exige, mas sim na falta de garantias positivas suficientes da idoneidade por ela oferecidas. Tal significaria que uma simples dúvida fundada constitui motivo legal de recusa ou cancelamento”⁶⁸.

67 Neste sentido, vd *The Fit and Proper test for Approved Persons* (FIT) da FCA, relativo aos requisitos de *fitness e propriety*, disponível in <http://www.fca.org.uk/firms/being-regulated/approved/approved-persons/fitness> (consultado em 5.4.2016),

68 Afastando qualquer consideração sobre a diferença entre risco e perigo, e avaliação *a priori* e a investigação *a posteriori*, o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, em 9 de junho de 2009, no Proc. 197/02, perante uma investigação em curso pela CMVM por alegada participação num crime de abuso de informação, também decidiu ser aceitável e “normal” uma dupla relevância dos mesmos factos no plano criminal e no plano administrativo. Para além de se levantarem os cada vez mais relevantes problemas

O atual regime manteve o caminho hermenêutico anterior mas é legalmente muito mais poroso e difuso (*fuzzy legality*), e não deve ser visto como uma “extensão” de um anterior estatuto de “indiciado”, arguido ou condenado imprescritível⁶⁹. “Há que ver em cada momento o enquadramento da providência da Administração em termos normativos (...) ontológico e teleológico (...) assim se aferindo da sua verdadeira natureza. (...); é perigosa a utilização frequente deste mecanismo prévio de recusa de autorização simplesmente por virtude da prática de um ilícito anterior num juízo de censura que liberta a Administração da aplicação de princípios e garantias do procedimento sancionatório, o mesmo pode suceder em casos de cancelamento e revogação. O grau de Certeza e Segurança conferido por uma decisão judicial de condenação para interditar ou inibir a entrada na profissão (e a enumeração do artigo 30.º RGIC assenta neste grau de certeza) não pode ser substituído na interdição ou inibição *a posteriori* pela mera convicção da Administração ou uma sua suspeita ou dúvida da prática de atos ilícitos ou irregulares (que sempre tem de provar (...))”⁷⁰.

E na realidade a atuação administrativa *a priori* (aquando da autorização) ou *a posteriori* (cancelamento de autorizações e necessariamente dos respetivos registos, por factos supervenientes) não podem funcionar materialmente como uma nova sanção ou uma forma de sanção perpétua, nem como “mera execução de decisões penais⁷¹”, nem sequer ser uma espécie de segunda via (ou *second best*) da ação sancionatória perante a falta de prova para acusação ou condenação. O atual articulado legal (art 30.º-D, n.ºs 3, 5 e 6) criou um “lençol” normativo desordenado e difuso, em parte decorrente da Diretiva *CRD IV* mas em grande parte devido às Orientações vindas da EBA⁷², e às Instruções

de *bis in idem* (Catarino, 2010: 732 ss), a ordem jurídica não pode ter duas decisões judiciais definitivas opostas sobre os mesmos factos e realidades.

69 “Uma doutrina da neo-retribuição que tenha como eixo central a memória, como elemento de reencontro necessário do “eu” (que é “nós”) consigo – e por isso a pena não é a pura manifestação de um mal, mas um bem porque necessária (enquanto pedaço de memória, enquanto chamamento e olhar para factos passados) ao livre desenvolvimento da personalidade – (...) pode e deve, perfeitamente, aceitar o esquecimento como uma outra dimensão inescapável das nossas relações com o passado” – Faria Costa, 2003: 1159.

70 Catarino, 2010; 630 ss e 719 ss.

71 Nas palavras do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, de 9 de junho de 2009, Proc. 197/02.

72 As orientações versam verdadeiramente sobre a apreciação das qualidades éticas, morais, cívicas da pessoa avaliada, numa análise profissional mas também pessoal. Na realidade as Orientações da EBA vão bem mais longe, e para além de estas Orientações elencarem atos e factos que o legislador nacional verteu em letra de lei, “são particularmente tidos em conta” como sendo “susceptíveis de levantar dúvidas sobre a

e Circulares do Banco de Portugal⁷³. O aplicador do direito deverá tomar em conta não apenas decisões condenatórias, administrativas ou judiciais, transitadas em julgado ou não (n.ºs 3, 5 e 6), mas também a existência de uma mera acusação ou de uma pronúncia (n.º5, alíneas *b*), *c*) e n.º 4, *g*). Num grau de legalidade ainda mais difusa temos de atender também aos meros “indícios” de possíveis ilícitos ou de falta de diligência na relação com o regulador, ou de “atos”, “factos” ou “razões” que tenham relação de pessoalidade ou de causalidade com outras decisões judiciais (artigo 30.º-D, n.º 3, alíneas *a*), *c*), *e*), *b*) n.º 5, alíneas *d*), *e*) e *f*).

As Orientações da EBA no quadro do Sistema Europeu de Supervisão Financeira, atualmente em fase de revisão, foram bem mais longe do que as normas nacionais e comunitárias. A sua origem é claramente a prática anglo-americana e designadamente o “Fit and Proper test for Approved Persons” constante do Handbook aprovado pela FSA em janeiro de 2004. Inclui a ponderação dos factos subjacentes a investigações sancionatórias “relevantes”, “passadas” ou em curso ... mas não explica se se distinguem os factos apurados e ainda em sede de supervisão! Claro que perante um indivíduo acusado ou sob investigação, se tal estatuto for público – sem violação pelo regulador do segredo de Justiça –, deverá o próprio ou a empresa inibir-se da nomeação sob pena de sanções jurídicas e sociais (*naming and shaming*). Mas estas normas (e por maioria de razão os instrumentos de *soft law*⁷⁴) nunca poderão ser utilizadas como um *undue process of law* que permite punir atos ou sancionar culpas individuais ou perpetuar sanções temporárias. De outra forma estaríamos a

idoneidade de um membro”, incluem-se as meras “investigações relevantes, presentes ou passadas, e/ou medidas coercivas” no âmbito das disposições que regem a matéria bancária, seguradora e de intermediação de valores mobiliários ou “quaisquer outras entidades reguladoras ou profissionais” (Ponto 13.5 das Orientações). Não entramos aqui na questão da força quase-normativa de tais Orientações criadas pela Autoridade ao abrigo do artigo 16.º do Regulamento (UE) n.º 1093/2010 supra citado.

73 A Instrução do BdP sobre registo de membros dos órgãos de administração e de fiscalização, (Instrução n.º 30/2010 e a atual Instrução 12/2015, bem como a Carta Circular n.º 2/2015/DSP sobre política interna de seleção e de avaliação dos membros dos órgãos sociais e titulares de funções essenciais – para além das regras e orientações relativas a *governance*) tem anexo um questionário em que as questões de idoneidade são colocadas sobremaneira em processos em que o interessado foi condenado (cíveis, criminais, contraordenacionais, disciplinares), ou procedimentos em que foi arguido ou que se encontrem em curso (incluindo processos por alegada violação de normas relativas ao exercício da profissão, da atividade comercial ou de atividades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal da CMVM ou da ASFP) <https://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/SupervisaoPrudencial/Paginas/Controlo-de-idoneidade.aspx> (consultado em 5.4.2016).

74 Acerca da transformação desta *soft law* da “autoridades” europeias em *hoft law*, normas com efeitos externos e *hard* pela sanção pelo não cumprimento, Catarino, 2012: 169.

substituir o grau de Certeza na ordem jurídica decorrente “de uma decisão judicial de condenação, por uma mera convicção, suspeita ou dúvida razoável de um órgão administrativo, sob pena de violação do princípio da separação de poderes insito no artigo 2.º da Constituição”⁷⁵.

A interpretação errada deste normativo levará à criação de uma relação de supremacia ou de sujeição especial dos indivíduos face à administração, relação de sujeição a que é tradicionalmente associada como natural a compressão ou supressão de direitos, liberdades e garantias fundamentais⁷⁶. A assunção de um *padrão de conduta* negativo decorrente de meros indícios ou suspeitas sobre uma pessoa traduziria uma espécie de “pecado original” da pessoa que Hobbes não desdenharia na sua conceção social e organizativa do Leviatã. Ademais, converteria a autorização, enquanto remoção de limites ao exercício de direitos pré-existentes, em verdadeira licença enquanto pura atribuição de direitos. Finalmente, assim se reforçaria o poder público de supervisão pois tais poderes discricionários dificilmente seriam sindicáveis.

É compreensível esta desconfiança no “Homo oeconomicus” e a pretensa assunção ou reconhecimento legal de uma sociedade pós-Humanista, individualista e utilitarista, que promoveu um *Homo homini lupus* que na luta e competição pelo *dever ter* esquece o *dever ser* recorrendo a práticas desonestas. As normas jurídicas seriam a mera proteção de um ecossistema. Mas ao assumir esta finalidade a regulamentação pública tornar-se-ia perversa pois protegeria a alcaeteia e os interesses já estabelecidos em detrimento da sã concorrência, da liberdade de iniciativa e de empresa, da atomicidade e da renovação.

Para evitar esta armadilha e possíveis inconstitucionalidades, o legislador guiou-se pelos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da adequação e criou um sistema de “pesos e de contra-pesos”. Como? Criou “normas-travão” nos n.ºs 2, 4 e 6 do artigo 30.º-D. Tendo em conta os inumeráveis atos, factos, indícios e circunstâncias enunciados na lei e desenvolvidos em *soft law*, estas normas-travão são um segundo estágio de valoração e de afastamento de qualquer “juízo automático” do intérprete, que levará igualmente a comple(men)tar o “critério-padrão de idoneidade” vertido no n.º 1 do artigo 30.º-D. Assim,

75 Nas palavras do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa de 9 de Junho de 2009, Proc. 197/02, “Ainda que se aproximasse o princípio da preservação da confiança do mercado do interesse público, aquele princípio não pode justificar o sacrifício ou compressão de direitos do cidadão tão fundamentais quanto o princípio da presunção de inocência”.

76 No sentido de que estamos perante poderes vinculados os já referidos Acórdãos do STA de 3 de maio de 2005, Proc. 010009/04, e do TCAS de 26 de abril de 2012, 2.º Juízo, Proc. 03836/08.

há que verificar o impacto do tempo decorrido desde as circunstâncias ou atos em causa, a sua gravidade e também a eventual repercussão sobre a reputação de uma empresa, a conduta posterior da pessoa e, *inter alia*, se houve práticas que demonstrem reabilitação – nos casos de condenação – ou de explicação de circunstâncias explicativas nos casos de investigação. Sempre com o necessário contraditório, vg audição e apreciação das explicações da pessoa em questão.

Neste percurso hermenêutico tortuoso, o intérprete/aplicador deve guiar-se pelos princípios constitucionais da proporcionalidade e da restrição das restrições, e ainda pelos princípios da igualdade e da não discriminação de tratamento (imparcialidade, razoabilidade, Justiça e isenção), para que a valoração e consequente juízo de prognose póstuma da norma-padrão não redunde num desvio de poder. Se os próprios índices legais de ponderação da falta de idoneidade visam apenas formar uma convicção sem afastar “ab initio” o “comportamento padrão” que completa o conceito indeterminado (idoneidade, para uma boa e sã gestão), muito menos se poderá basear uma recusa numa mera subjetividade. Pensamos nos casos em que esta se baseie na mera existência de “indícios” ou em que, “no final do processo de avaliação, e considerando todos os elementos recolhidos, subsista uma dúvida, objetivamente fundada, sobre essa mesma idoneidade”⁷⁷. Conforme referido *supra*, não se pode exigir uma prova que afaste todo o risco mas uma prova que o diminua para o risco aceitável, de uma forma discricionária e não arbitrária, juridicamente sindicável junto dos Tribunais das liberdades e garantias.

O reforço dos poderes intrusivos, ablatórios e de restrição do Banco de Portugal tem como contrapartida o ónus da prova. Aos interessados não cabe a diabólica prova positiva de que são idóneos, mas a junção de todas as informações e documentos necessários para uma decisão administrativa justa, imparcial e de boa-fé. Como sucede sempre que se atua sob o manto diáfano do *princípio da precaução*, fundando-se o ato num juízo de prognose potencialmente conflituante com direitos fundamentais, a sua fundamentação tem de assentar em *critérios de natureza objetiva* (prognose póstuma objetiva). A gravidade, reiteração ou habitualidade de atos, razões ou indícios fundarão uma forte probabilidade de inidoneidade (i.e., uma falta objetiva de garantia de gestão

77 Neste sentido vai o Livro Branco do Banco de Portugal sobre a regulação e supervisão do setor financeiro, publicitado em maio de 2016, e disponível in <http://www.bportugal.pt/pt-PT/Publicacoes/Intervencoes/Banco/OutrasPublicacoes/Documents/LivroBranco2016.pdf> (consultado em 5.4.2016).

sã e prudente segundo as melhores práticas). Só assim a garantia da gestão sã e prudente pode ser ponderada sob as vestes da imparcialidade pública:

- i) Imparcialidade subjetiva, enquanto “poder-dever de não prejudicar ou privilegiar um administrado e de atuar através de uma justa, ponderada e proporcionada ponderação dos interesses em presença. Uma decisão não é meramente um ato de conhecimento (*fact-finding*), mas também um processo de personalidade e formação de vontade (sobre factos ou sobre aplicação de norma) pelo que, tal como no âmbito jurisdicional, deve estar o mais possível afastado o erro sobre a realidade ou qualquer interferência de circunstâncias exteriores”, e
- ii) Imparcialidade material, pois “num sentido *material* a imparcialidade decorre da independência *objetiva* de atuação do regulador enquanto “parte imparcial”. Faz-se apelo às suas funções e organização específicas, e ao sistema de garantias criado para garantir o afastamento de toda a dúvida legítima sobre a imparcialidade através da *função* e *procedimento*. Já não se tem em vista afastar um “pré-juízo” mas um “pré-julgamento” dos reguladores independentes”⁷⁸.

Finalmente, não esqueçamos que a Certeza e a Segurança continuam a ser princípios fundamentais do Direito, com especial enfoque nos fins de controlo e garantia nas relações da Administração com os administrados. Sendo essencial o cumprimento do bloco de constitucionalidade perante a porosidade normativa e os conceitos difusos, a aplicação nacional do normativo e sua importância no âmbito da União (pelo *single entry point* autorizatório e pela procura de um *level playing field*) determinam que a par das orientações que densificam os conceitos e uniformizam os critérios de decisão seja publicitada pelo regulador a *policy* regulatória.

A proteção da Confiança dos regulados também serão reforçadas se se proceder com transparência e tal implica *full disclosure* das decisões administrativas concretas sobre idoneidade – salvaguardando os direitos ao bom nome e à privacidade dos visados quando não estejamos perante atos sancionatórios complementares ou acessórios e sujeitos à sanção de publicitação necessária. Esta política de transparência constitui também um meio de afirmar a inde-

78 Catarino, 2009: 308 ss. (para “independência” administrativa) e 318 ss. (para uma análise dos conceitos de imparcialidade resolutória, imparcialidade subjetiva e imparcialidade material).

pendência e a imparcialidade e de afastar quaisquer alegações futuras de discriminação, de falta de imparcialidade ou de independência dos reguladores na comparação da aplicação de medidas diversas a pessoas com idênticas funções numa mesma empresa ou grupo, reforçando a *Auctoritas* necessária ao regulador.

CONCLUSÃO: QUE CONCLUSÕES RETIRAR SOBRE A IDONEIDADE E SEU REGIME?

A necessária idoneidade ou probidade pessoal para o exercício de uma profissão não é um requisito pós-moderno, sendo de há muito conhecido do nosso direito societário. Ter “a idoneidade necessária” é possuir conhecimento, competência e experiência suficientes para as funções a desempenhar em concreto, fazendo simultaneamente apelo a uma conduta moralmente acertada de adesão continuada ao respeito pelos compromissos assumidos, seja por contrato, seja por regras de conduta ou por códigos éticos internos de uma instituição. Paredes meias com a integridade, a probidade pressupõe também uma conduta conforme os padrões de cooperação e informação com quem se estabelece uma relação jurídica de subordinação ou de supervisão, superiores hierárquicos ou reguladores públicos.

As sucessivas alterações ao regime das idoneidades efetuadas no Regime Geral não simplificaram o quadro em que se move o regulador bancário. A reação epidérmica em que se traduziu o Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro (influenciado pelo princípio de que “onde não há ética todos falam de ética”), criou um regime de forte controlo administrativo da “adequação” pessoal. Existe no entanto uma forte desproporção entre as normas que regulam as questões de “idoneidade”, e as normas sobre “qualificação profissional”, “independência”, “disponibilidade” e muito em particular sobre “conflito de interesses”. A falta de proporcionalidade do regime talvez decorra do facto de o problema essencial da independência pessoal, profissional e de espírito tentar ser prosseguido e solucionado por poderes *hard* baseados numa norma etérea, vaga e indeterminada (“idoneidade”) que parece convocar a Ética, a Moral e a Conduta Social (“habitualidade”).

À falta de definições o legislador optou por recorrer a uma norma-padrão que constitui uma cláusula aberta para cuja aplicação utiliza uma enumeração de índices, factos, atos e circunstâncias que possibilitem fundar juízos de *probabilidade* ou de *prognose* sobre comportamentos individuais que garantam uma gestão sã e prudente de empresas. Existem requisitos *objetivos* que se prendem com a natureza e complexidade do cargo a exercer, com o tipo de entidade

em causa e com as atividades para as quais a pessoa é nomeada. Os requisitos *subjetivos* respeitam à experiência própria, aos conhecimentos, à integridade e honestidade do próprio na sua conduta própria e com os outros (e, sendo o caso, com os reguladores). Não é um apelo à averiguação das convicções internas da pessoa ou à sua formação mas à forma como se conduz e comporta, à sua prática ou habitualidade – à exteriorização da Ética individual perante a observância das regras da Moral. O primeiro controlo de tais requisitos deve ser feito pela empresa face à sua cultura interna, aos seus objetivos e à função a desempenhar, às competências inerentes ao posto ou estatuto na empresa e na hierarquia. São de há muito elementos essenciais a que todo o ser humano se enquadre num espaço que será a maior parte da sua vida, aí se realize pessoal e profissionalmente e possa prosseguir o interesse da empresa. O cumprimento de tais requisitos pressupõe a existência de órgãos, internos e externos, com competência para a sua orientação e controlo, a definição de regras internas de conteúdos claros e de linhas de reporte e cooperação e cadeias de controlo interno. Estas regras devem estar vertidas em *procedimentos e políticas internas* de definição de funções e de avaliação de perfis, bem como de regras de *corporate governance*⁷⁹. É sabido que um importante fator preventivo da prática de atos irregulares ou ilegais decorre da possibilidade de responsabilização direta de *senior managers*, e tal pode ser facilitado pela definição de relações funcionais na estrutura interna.

Tais políticas internas, que deverão ser alargadas a requisitos de *governance* e que poderão ser completadas através de elementos relativos a conflitos de interesses, deverão abranger também cargos de senioridade e funções essenciais ou críticas objeto de explicitação e de revisão contínua (responsáveis pelo controlo de risco, pelo *compliance*, pelo controlo e auditoria interna, pelo controlo financeiro, pela prevenção e luta contra atos de branqueamento de capitais).

Entramos num registo em que a vertente *objetiva* se soma à *subjetiva*, pois são igualmente importantes as competências e as capacidades concretas ou pessoais (perante as exigências para uma dada atividade), vertidas na experiência académica, na experiência profissional (nível de estudos, anos de experiência profissional, cargos de direção anteriores ou similares), no conhecimento

79 Neste sentido, *vd* as Orientações da Autoridade Bancária Europeia sobre a governação interna das instituições, de 27 de setembro de 2011, que trata expressamente das qualificações do órgão de administração e de fiscalização, bem como do controlo organizacional interno, avaliação e sistemas de alerta, disponível em https://www.eba.europa.eu/documents/10180/103861/EBA_2012_00210000_PT_COR.pdf (consultado em 5.4.2016).

de áreas específicas da atividade em que a empresa atua (mercados financeiros *lato sensu*, *governance*, controlo de risco, contabilidade bancária, produtos financeiros). O perscrutar do interior da pessoa tem necessariamente de ser feito mediante recurso a índices externos e objetivos que possam fundamentar juridicamente o ato da Administração. A honestidade e a integridade podem até um ponto ser objeto de escrutínio pelo passado, pela conduta conhecida e pela diligência encetada em cargos anteriores porque nada substitui esta solidez pessoal e financeira e reputação sobretudo se adquiridas no próprio meio em que se vai inserir.

Mas se tal é *necessário* também não é *decisivo*. Nenhuma forma de controlo público ou privado substitui a falta de ética no quotidiano de qualquer profissão. Se a ética está hoje na moda tal deve-se precisamente à sua crescente falta em múltiplos domínios da sociedade. A ética refere-se ao interior das pessoas, ao seu carácter, princípios, valores intrínsecos (*éthos*). Mas para além deste modo de ser e sua refração externa, também indica o modo de agir habitual ou Moral, que com os Costumes se traduz em ações e normações concretas. São estas vertentes da conduta pretérita e não qualquer perscrutar da interioridade ou subjetividade Moral ou dos Valores de um indivíduo em concreto que deverão ser apreciadas, descritas e fundamentadas aquando da formulação de um juízo positivo ou negativo de idoneidade. É verdade que a atual Era é de Sacralização do individualismo. O *Homo oeconomicus* individualista e solitário diverge claramente do *Homos juridicus* da tradição grega e da escolástica: as teorias do mercado e da economia e a procura a satisfação do *self interest* invadem toda a realidade – pública, privada, social, familiar, política. Baseada numa (nova) Religião pessoal de sucesso financeiro e de “fundamentalização” dos Mercados, é natural a subalternização do interesse público e da Justiça social e a tendência para a Captura do Estado regulador por ecossistemas pessoais e por ecologias profissionais que se auto-perpetuam (políticas, financeiras e administrativas a cujo círculo pertencia “Bernie” Madoff). Nesta senda, nada mais natural que bramar pela entrega dos Mercados a personalidades Imaculadas (com passados “in albis”), à regressão do *Self* e integração num grupo (regresso ao contrato da sociedade), à expiação pública das condutas incorridas em pecado financeiro (se possível, com irradiação ou danação eterna).

Não se pode pretender substituir o Direito e a autoridade pública por um chamamento de outras pretensas formas de legitimação e normação de condutas, como a Ética (os escândalos financeiros sucessivos ocorridos desde a década de 90 demonstram-no à saciedade). A regulação de condutas profis-

sionais e o controlo comportamental não repousam já em “guildas” ou “associações profissionais” ou em “clubes de gentlemen” – e tão pouco em Tribunais, excluídos do diálogo técnico-regulatório. A regulação repousa no poder público administrativo, certamente técnico mas dotado de *Potestas*.

Com uma regulação inicialmente dominada pelo paradigma da autorregulação, as sucessivas *regulatory failures* têm-nas feito caminhar para a hetero-regulação. O direito administrativo da regulação contém peculiaridades liberalizantes como a substituição do Estado administrativo “licenciador” pelo estado administrativo “supervisor”, movimento de libertação da sociedade civil da intervenção pública. Paradoxalmente, os procedimentos administrativos de autorização e verificação prévia transformaram-se em práticas de supervisão essenciais após o movimento de privatização da atividade financeira e implica novas formas de intervenção pública. A libertação da sociedade civil demonstrou uma vez mais a necessidade de maior vigilância e fiscalização, pelo que o legislador e a administração reguladora municiam-se de novos meios que permitem escrutinar exaustivamente a vida pessoal dos profissionais que operam em instituições reguladas.

A regulação administrativa tradicional foi sendo substituída por uma atividade administrativa informal que neste tema se revela não menos intrusiva e *hard*, de troca de impressões ou de informações *vg* com outros reguladores, com os supervisionados e os sancionados e demais interessados. A natureza independente e imparcial da nova administração reguladora impõem que no perscrutar de condutas pessoais a *Auctoritas* do regulador se sobreponha à sua *Potestas* – com as vantagens e os riscos inerentes. Esta opção impõe simultaneamente que os órgãos que prosseguem e defendem o interesse geral sejam proactivos e não repousem meramente nas informações que lhe sejam enviadas, sendo a possibilidade de responsabilidade por omissão ou erro na tomada de medidas, com a culpa *in vigilando* a pedra de toque da atividade. Os agentes de mercado têm de assumir um papel de autocontrolo e de autovigilância e denúncia que é reforçado por uma forte responsabilização pública e privada, *in eligendo* e *in vigilando*.

O tema das idoneidades entronca com o tema da *governance* das instituições de crédito que foi objeto de “ossificação” regulatória (longe vão os tempos em que os seus princípios decorriam de meras Recomendações e que eram anualmente premiadas as instituições que demonstrassem as *best practices*). Um dos elementos essenciais para a autorização das instituições é estas contarem com estruturas de governo e de organização claras e adequadas, orientadas a criar

uma cultura geral de controlo de risco sólida, com linhas de responsabilidade bem definidas. Se existir uma cultura de honestidade, cooperação e competência *top-down*, mesmo que existam indivíduos desonestos a interiorização coletiva de valores éticos, morais e sociais cria uma tendência comportamental nas organizações e nas pessoas que é deontologicamente correta. É essencial que se criem políticas internas (padronização), vertida em letra de lei interna (regimentos), de onde constem orientações que permitam de forma clara decidir e controlar desde a admissão a aptidão de uma pessoa singular para o exercício de um determinado cargo ou função.

Não decorre desta responsabilidade das empresas e das pessoas uma desresponsabilização pública. A criação dos reguladores independentes teve como fito evitar a politização e a captura pela partidocracia da Administração económica e financeira – embora acabem a mais das vezes por servir de álibi ao poder político nos maus momentos da economia ou da regulação. Confiar o controlo e vigilância do sistema financeiro a vários *gatekeepers* não exime a Administração, do Governo aos reguladores independentes, da responsabilidade pelo cumprimento dos seus deveres funcionais dando corpo à máxima, “diz-me que Administração tens e dir-te-ei em que Estado de Direito vives”.

BIBLIOGRAFIA

ATHAYDE, Augusto, *em col.*

1990 *Direito Bancário*, vol I, Lisboa, s.e.

CAETANO, Marcello

1980 *Manual de Direito Administrativo*, 9.^a ed., II, Almedina: Coimbra.

CARDOSO, Lucas

2003 *Autoridades administrativas independentes e a Constituição*, Coimbra Editora: Coimbra.

CATARINO, Luís Guilherme

1999 “A propósito dos “casos” Lowry e Assento 1/99 do STJ – dois exemplos responsabilizantes do Estado-Juiz?”, *RMP* n.º 77, pp. 31-57 (Separata da *Revista do Ministério Público* de maio de 1999).

2010 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Almedina: Coimbra

2010a “Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários”, in Paulo Otero & Pedro Gonçalves (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. III, Almedina: Coimbra, pp. 373-525.

2012 “A Nova Regulação Europeia dos Mercados: a *Hoft Law* no *Balancing Powers* da União.”, AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J.J. Gomes Canotilho*, vol. IV, SJ, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 145-177.

2012a “A “agencificação” administrativa na regulação financeira da UE: Novo meio de regulação?”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.º 9, jan/mar, pp. 147-203.

2014 “Governar com a Administração Independente: *Quis custodiet ipsos custodes?*”, in *Revista da Concorrência e da Regulação*, Ano V, n.º 17, jan/mar, pp. 171-239.

CATARINO, Luís Guilherme & PEIXE, Manuela

2014 “A nova regulamentação dos mercados financeiros – um Tsunami regulatório?”, (Parte I) disponível in, http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1417450522emir_tsunami_final_parte_i_8out2014_parte_i_dezembro.pdf (consultado em 5.4.2016).

2014a “A nova regulamentação dos mercados financeiros – um Tsunami regulatório?”, (Parte II) disponível in, http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1417450571emir_tsunami_final_parte_i_8out2014_parte_ii_dezembro.pdf (consultado em 5.4.2016).

COFFEE, John

- 2006 “Gatekeeper Failure and Reform”, in, Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch, Hideki Kanda & Harald Baum, *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan and the US*, OUP: Oxford.

CORREIA, José Sérvulo

- 1982 *Noções de Direito Administrativo*, Danúbio: Lisboa.
1993 “Polícia”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa.

DIAS, José Eduardo Figueiredo

- 2014 *A reinvenção da autorização administrativa no direito do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora.
2001 *Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes*, Coimbra Editora: Coimbra.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário

- 1984 *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina: Coimbra.

FARIA COSTA, José

- 2003 “O Direito Penal e o Tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo)”, *BFDUC* Volume Comemorativo, n.º 75, dez., p. 1159.

FRACCHIA, 1996, 73

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & RAMON FERNANDÉZ, Tomás

- 2000 *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 10.ª ed., Tomo II, 7.ª ed., Civitas: Madrid.

GIANNINI, Massimo Severo

- 1978 *Corso di diritto amministrativo*, A. Giuffrè: Milano.

GONÇALVES, Pedro

- 2006 “Direito Administrativo da Regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. II, Lisboa: FDUL, pp. 535-73.
2013 *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Almedina.

KINDLEBERGER, Charles & ALBER, Robert

- 2005 *Manias, Panics, and Crashes: A History of Financial Crises*, N. Jersey, Wiley Investment Classics.

KRAAKMAN, R.

- 1984 “Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls”, in *Yale Law Journal*, n.º 93, p. 857.

LOUREIRO, João

- 2001 “Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 797-891.

- 1995 *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- MAÇÃS, Maria Fernanda
- 1998 “Algumas considerações sobre o conteúdo das normas que regulam o regime de autorização das instituições de crédito”, in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal*, Lisboa, Banco de Portugal, p. 185.
- 2006 “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, jul/ago, pp. 21-49.
- MEGALE, Januário
- 1989 *Introdução às Ciências Sociais*, S. Paulo: Atlas, pp. 169 ss.
- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui
- 2007 *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Ed., p. 586.
- MORAIS, Carlos Blanco de
- 2001 “As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, janeir;
- MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Maria Fernanda
- 2003 “Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei Quadro”, *Direito Público e Regulação*, n.º 4, Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, Vital
- 1994 *O Direito de Resposta na Comunicação Social*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, José Manuel
- 1999 *Ética, Economia e Política*, Porto: Lello&Irmãos.
- PINA, Carlos Costa
- 2004 *Instituições e Mercados Financeiros*, Almedina: Coimbra.
- SOARES, Rogério Ehrhardt
- 1978 *Direito Adminsitrativo II*, Universidade de Coimbra.
- 1981 “Princípio da legalidade e administração constitutiva”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LVII.
- 1982 *Direito Administrativo*, Porto, UCP, policop., s.d.
- SUNSTEIN, Cass,
- 2005 *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 98.
- TAVARES DA SILVA, Suzana
- 2010 *Um Novo Direito Administrativo*, IU, Coimbra.
- 2010a “La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo”, in *Comunicaciones al IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*,

disponível em: <http://www.uco.es/congresos/HispanoLuso/documentos/Comunicaciones/tavares%20da%20silva.pdf>.

TEIXEIRA DOS SANTOS, Fernando

2001 *A evolução do Mercado de Capitais Português*, artigo e bibliografia disponíveis in <http://www.cmvm.pt/CMVM/A%20CMVM/Conferencias/Intervencoes/Documents/58ee22e0dc804950ada7a5517f16cd1a200104EcoPura.pdf>.

VELOSO, José António

2000 “Sobre a natureza não sancionatória da revogação da autorização das instituições de crédito e outras questões de fiscalização de actividades reservadas; algumas notas de justificação de decisões legislativas”, *Direito e Justiça*, RUCatólica, vol. XIV, Tomo I, pp. 63-89.

Livro Branco sobre a Regulação e a Supervisão do Setor Financeiro

<http://www.bportugal.pt/pt-PT/PublicacoesIntervencoes/Banco/Outras Publicacoes/Documents/LivroBranco2016.pdf>