# A IDONEIDADE DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

*Margarida Reis*[*]

Abstract: *This paper addresses the issue of the good repute of directors and members of management bodies of credit institutions, in the context of the lack of confidence felt in the post financial crisis of 2007/08. It analyses the regime for enforcement of this good repute in Portugal and in Europe, its concepts, background and scope.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O controlo da idoneidade. 2.1. Antecedentes. 2.2. O regime do controlo da idoneidade. 3. O conceito de idoneidade. 4. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

As consequências da crise do *subprime*[1] nos Estados Unidos e da crise das dívidas soberanas na zona euro[2] continuam a fazer-se sentir um pouco por todo o mundo, e muito em particular na Europa.

Retração dos mercados, aumento do custo do crédito, aumento de impostos, cortes salariais, crescimento do desemprego, o lento desmoronar dos sistemas de apoio social aos mais frágeis, tudo desembocando num recrudescer estrutural

---

* Este artigo reproduz, com pequenas adaptações, o texto do relatório de mestrado científico apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em setembro de 2015, na unidade curricular de mercados financeiros, sob a orientação da Sra. Professora Doutora Rute Saraiva. O texto deste artigo é da exclusiva responsabilidade da autora.

1 Cujo início é situado por alguns autores em meados de 2007, como é o caso de Mishkin, Matthews & Giuliodori, 2013: 148, Larosière, 2009: 6 ou Cordeiro, 2014: 135-139.

2 Iniciada em meados de 2009 (Mishkin, Matthews & Giuliodori, 2013: 148).

das desigualdades sociais[3], são alguns dos fantasmas da crise com os quais nos continuamos a debater, quase oito anos passados sobre o seu início.

Com efeitos menos visíveis e intimamente ligada às suas origens, a crise financeira trouxe consigo uma indelével crise de confiança nos mercados, nas instituições financeiras e nos supervisores, em suma, uma crise de confiança no próprio sistema financeiro.

Com efeito, e como resulta relatado nos estudos sobre o tema, a crise do *subprime* teve a sua origem (também) em falhas grosseiras de avaliação do risco por parte de entidades financeiras, reguladores e supervisores, maximizadas por falhas ao nível da *corporate governance* (recorde-se o estímulo nefasto que os excessos e estruturas remuneratórias vigentes no setor financeiro consubstanciaram[4], estimulando comportamentos de alto risco na busca de obtenção de resultados de curto prazo), tudo contribuindo para a (desastrosa) perceção da imagem do setor, profusamente propagada na cultura popular[5] e concorrendo para a crescente crise de confiança.

E porque os mercados financeiros dependem da confiança, esta circunstância não pode deixar de afetar a economia real[6], num nefasto ciclo vicioso.

É neste contexto que se intensifica a preocupação com a supervisão prudencial, e ainda que num primeiro momento as atenções se tenham virado sobretudo para a consolidação da supervisão macroeconómica, há um reconhecimento de que, por um lado, a supervisão microeconómica é um importante instrumento de fortalecimento da confiança no sistema financeiro, e por outro, que a própria supervisão macroeconómica só será eficaz se tiver impacto ao nível micro (e vice versa), revelando-se essencial a dinâmica entre ambas[7].

É assim que chegamos ao tema desta reflexão: a idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito.

Esta questão encerra um equilíbrio delicado, pois sendo importante garantir a necessária idoneidade de quem exerce funções chave nas instituições de

---

3 Sobre esta questão, vejam-se os relevantes trabalhos de Stiglitz, 2013 e de Pikety, 2014. Ver ainda Stiglitz, 2011.

4 Larosière, 2009: 30-31.

5 Com efeito a crise do *subprime* surge num contexto bem diferente da crise de 1929, em plena "sociedade da informação", sendo tratada intensivamente pela imprensa e dramatizada pela indústria cinematográfica norte-americana, que abordou em várias longas-metragens e documentários o tema da crise, suas origens e do estilo de vida associado à indústria financeira.

6 "Financial markets depend on trust. But much of this trust has evaporated." – Larosière, 2009: 6.

7 Larosière, 2009: 38.

crédito num contexto em que há que antecipar e prevenir todas as circunstâncias que possam levar à assunção de riscos indesejados, assim incorporando as aprendizagens do passado recente, poderá revelar-se contraproducente uma utilização inadequada do conceito, eventualmente levando a uma inquietação e alarme desnecessários, ou a fenómenos de ecologia profissional e de captura do sistema[8].

Por outro lado, a correta operacionalização do conceito de idoneidade encerra as dificuldades – mas também as vantagens – inerentes ao recurso a um conceito indeterminado, como será o caso, que também elas justificam a ponderação que se segue.

Propõe-se assim uma reflexão sobre o conceito de idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito tal como se encontra atualmente consagrado no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), restringindo-se ao regime aplicável às instituições de crédito (IC) – na definição legal, empresas cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder crédito por conta própria [cf. alínea *w)* do artigo 2.º-A do RGICSF, renumerada pela Lei n.º 23-A/2015, de 27 de março[9]] – sediadas em Portugal [sem entrar nas particularidades do regime aplicável à (gerência das) sucursais, aos "titulares de funções essenciais" ou aos adquirentes de participações qualificadas], esperando-se com este breve excurso contribuir para sistematizar algumas conclusões úteis.

## 2. O CONTROLO DA IDONEIDADE

### 2.1. Antecedentes

No período do Estado Novo, não se encontra qualquer alusão à idoneidade dos membros da administração das instituições de crédito no Decreto-Lei n.º 41403, de 27 de novembro de 1957, que veio regular "o exercício das funções de crédito na metrópole e a prática dos demais atos inerentes a atividade bancária", ou no Decreto-Lei n.º 42641, de 12 de novembro de 1959, que promulgou as "disposições destinadas a completar a execução do Decreto-Lei n.º 41403, que reorganizou o sistema do crédito e a sua estrutura bancária".

8 Catarino, 2013: 17-18, 25, 42-43; Catarino, 2014.

9 A respetiva tipologia encontra-se elencada no art. 3.º, e os requisitos gerais no art. 14.º, ambos do RGICSF.

Neste período a constituição de bancos comerciais e estabelecimentos especiais de crédito (com exceção dos bancos de investimento) dependia de autorização do Ministro das Finanças, sob parecer do Conselho Nacional de Crédito, estando a mesma sujeita a registo prévio ao início da atividade (cf. respetivamente os artigos 9.º do DL 41403, 6.º e 36.º e segs. do DL 42641), incumbindo a "superintendência, coordenação e fiscalização da atividade das instituições de crédito" ao Ministro das Finanças, através da Inspeção-Geral de Crédito e Seguros, com a colaboração do Banco de Portugal (BdP) e a Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência (cf. artigos. 13.º e 15.º do DL 41403, 13.º e 16.º do DL 42641).

Nas regras referentes à administração das instituições de crédito previam-se os vários impedimentos das mesmas e seus administradores (cf. artigos 22.º e 24.º a 27.º do DL 41403 e 25.º, 26.º e 29.º a 30.º do DL 42641), assim como os casos de inibição de desempenho de funções (cf. artigos 23.º do DL 41403 e 27.º do DL 42641[10]), não se fazendo no entanto qualquer alusão a requisitos de idoneidade dos administradores.

Como é sabido, após a revolução de 1974/75 a banca comercial portuguesa foi nacionalizada, sendo a orgânica de gestão e fiscalização das instituições de crédito estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 729-F/75, de 22 de dezembro, nada adiantando quanto à matéria que aqui nos ocupa[11].

Através da Lei n.º 11/83 de 16 de agosto, o Governo foi autorizado a alterar a Lei n.º 46/77, de 8 de julho, fazendo cessar a limitação de acesso da iniciativa privada (designadamente) ao setor bancário, tendo a autorização sido concretizada através do Decreto-Lei n.º 406/83, de 19 de novembro.

Pelo Decreto-Lei n.º 51/84, de 11 de fevereiro, veio o Governo regular a constituição de bancos comerciais e de investimento e o exercício da respetiva atividade. Entre as condições gerais necessárias à autorização para a criação da instituição bancária a levar em conta na "apreciação da necessidade e oportunidade da instituição" passa a constar a "idoneidade dos acionistas fundadores, no que for suscetível de, direta ou indiretamente, exercer influência significativa na atividade da instituição" [cf. alínea *b)* do n.º 2 do artigo 4.º]. A autorização era assim passível de revogação quando o registo da designação de membros

10 Ficando inibidos de desempenhar funções nas instituições de créditos os responsáveis pela falência de empresas singulares ou coletivas e bem assim os condenados por furto, roubo, burla, abuso de confiança ou falsidade.

11 Como assinala Cordeiro (2014: 108), o DL 729-F/75 limitava-se na prática a consagrar a orgânica dos bancos nacionalizados, compreendendo o conselho de gestão e a comissão de fiscalização.

do conselho de administração fosse recusado por falta de idoneidade ou experiência dos mesmos [cf. alínea *d)* do n.º 1 do artigo 9.º].

Nos termos deste diploma, a exigência da idoneidade e experiência é alargada aos membros dos órgãos sociais dos bancos comerciais ou de investimento [alínea *d)* do n.º 1 do artigo 29.º], assim como aos gerentes de sucursais (n.º 2 do artigo 16.º).

Em 1 de janeiro de 1986, Portugal aderiu à (então) CEE, passando a estar abrangido pelo respetivo regime jurídico, tendo nesse contexto o Decreto-Lei n.º 23/86, de 18 de fevereiro vindo adaptar o regime de licenciamento das instituições de crédito à Primeira Diretiva do Conselho de 12 de dezembro de 1977.

A Primeira Diretiva n.º 77/780/CEE do Conselho, de 12 de dezembro de 1977, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à atividade dos estabelecimentos de crédito e ao seu exercício, dá os primeiros passos no sentido da harmonização do acesso à atividade dos estabelecimentos de crédito e do objetivo da criação de condições uniformes de autorização para categorias comparáveis de estabelecimentos de crédito, indicando as "condições mínimas que os Estados deverão impor" (cf. § 14).

Assim, nela se determinava a exigência pelos EM de uma autorização prévia de início de atividade para os estabelecimentos de crédito (cf. artigo 3.º), impondo-se expressamente que as autoridades competentes para o efeito não concedessem essa mesma autorização prévia quando as pessoas que dirijam efetivamente a atividade do estabelecimento de crédito não possuíssem a *honorabilidade necessária* ou a *experiência adequada* para exercer essas funções (cf. § 2 do n.º 2 do artigo 3.º).

Nela se previa ainda a revogação da autorização, entre outros, nos casos em que o estabelecimento comercial deixasse de satisfazer as condições "às quais a autorização estiver ligada" [cf. alínea *c)* do n.º 1 do artigo 8.º].

O Decreto-Lei n.º 23/86, de 18 de fevereiro, que veio adaptar o procedimento de licenciamento das instituições de crédito à Primeira Diretiva, manteve a "idoneidade e experiência adequadas" ao exercício de funções do conselho de administração da sociedade como condição geral da autorização prévia de constituição das instituições de crédito com sede em Portugal [cf. alínea *c)* do n.º 1 do artigo 4.º] e a "idoneidade dos acionistas fundadores, no que for suscetível de, direta ou indiretamente, exercer influência significativa na atividade da instituição" como critérios a levar em conta na apreciação da

necessidade e oportunidade da instituição requerente da autorização [cf. alínea *b)* do n.º 2 do artigo 4.º].

Paralelamente, nele se dispunha que a autorização podia ser revogada caso deixasse de se verificar alguma das condições gerais para a autorização – onde se incluíam as supramencionadas idoneidade e experiência adequadas ao exercício de funções do conselho de administração [alínea *c)* do n.º 1 do artigo 10.º] –, ou se o registo da designação de membros do conselho de administração fosse recusado por falta de idoneidade ou experiência (alínea *d)* do n.º 1 do artigo 10.º).

Por sua vez o Decreto-Lei n.º 24/86, de 18 de fevereiro, que veio adaptar o Decreto-Lei n.º 51/84, de 11 de fevereiro, ao regime comunitário de autorização de instituições de crédito, impõe a inibição de integrar os órgãos sociais dos bancos comerciais ou de investimento àqueles a quem não tenha sido reconhecida idoneidade [cf. alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º].

Seguiu-se o RGICSF, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, e entrado em vigor em 1 de janeiro de 1993 (cf. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 298/92), que veio revogar, entre outros, os supramencionados Decreto-Lei n.º 23/86 e Decreto-Lei n.º 24/86 (cf. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 298/92), encontrando-se este regime atualmente em vigor, ainda que entretanto objeto de numerosas alterações.

Revogando a legislação dispersa então em vigor (cf. respetivo artigo 5.º), o Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, ao aprovar o regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras passa a reunir todas as normas do regime de acesso à atividade e exercício por parte das instituições de crédito e das sociedades financeiras e do exercício da supervisão das instituições de crédito e das sociedades financeiras, respetivos poderes e instrumentos (cf. artigo 1.º do RGICSF[12]), assim procedendo, como assinala Menezes Cordeiro, a uma patente simplificação do sistema de fontes de direito bancário, indo mesmo mais longe: "O RGIC (…) não se limitou a acolher, num único texto, a legislação dispersa antes existente, no que seria uma mera atividade compilatória: ele procedeu a uma tarefa coordenadora, arrumando as regras de acordo com critérios jurídico-científicos e procedeu à formulação de determinados princípios. Em suma: ensaiou, na medida em que a atual ciência jurídico-bancária o faculte, uma verdadeira codificação"[13].

12 Na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro.

13 Cordeiro, 2014: 1024.

Também o direito europeu prosseguiu na sua evolução.

Assim, a primeira Diretiva n.º 77/780/CEE do Conselho, de 12 de dezembro de 1977[14] foi revogada pela Diretiva 2000/12/CE[15] do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de março de 2000 (cf. o respetivo artigo 67.º).

A Diretiva 2000/12/CE previa no seu artigo 7.º, n.º 2, a obrigação de as autoridades competentes recusarem a autorização de acesso à atividade das instituições bancárias "se, atendendo à necessidade de garantir uma gestão sã e prudente da instituição de crédito", não se encontrassem convencidas da idoneidade dos acionistas ou associados, diretos ou indiretos, pessoas singulares ou coletivas, detentores de uma participação qualificada nas instituições de crédito, prevendo a possibilidade de consulta entre autoridades competentes dos vários Estados-Membros na avaliação da idoneidade dos dirigentes envolvidos na gestão de entidades de um mesmo grupo (cf. artigo 12.º).

A Diretiva 2000/12/CE foi revogada pela Diretiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006 (cf. respetivo artigo 158.º e anexo XIII).

A Diretiva 2006/48/CE manteve como requisito da autorização prévia a idoneidade ou experiência necessária dos dirigentes efetivos da IC (cf. n.º 1 do artigo 11.º), dispondo no n.º 2 do respetivo artigo 12.º que as "autoridades competentes não devem conceder a autorização se, atendendo à necessidade de garantir uma gestão sã e prudente da instituição de crédito, não se encontrarem convencidas da idoneidade dos acionistas ou associados", assim mantendo o anteriormente previsto na Diretiva 2000/12/CE.

Manteve no seu artigo 15.º, n.º 3 a possibilidade de consulta entre as autoridades competentes dos vários EM para a aferição da idoneidade e competência dos dirigentes envolvidos na gestão de entidades de um grupo.

Através do Decreto-Lei n.º 104/2007 foi efetuada a transposição para o direito interno da Diretiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que foi entretanto revogada[16] pela Diretiva 2013/36/UE do Parla-

---

14 Entretanto alterada pelas diretivas 85/345/CEE do Conselho, 86/137/CEE do Conselho, 86/524/CEE do Conselho, 89/646/CEE do Conselho, 95/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 96/13/CE do Conselho e 98/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (artigo 1.º).

15 De referir que ainda antes desta, a Diretiva 98/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de junho de 1998 alterou o artigo 12.º da Diretiva 77/780/CEE em relação ao acesso à atividade dos estabelecimentos de crédito e ao seu exercício, tendo sido transposta pelo Decreto-Lei n.º 250/2000, de 13 de outubro, que por sua vez alterou os artigos 81.º e 82.º do RGICSF.

16 Com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2014, cf. § 1 do art. 163.º da Diretiva 2013/36/UE.

mento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013[17] (cf. respetivo artigo 163.º), que em conjunto com o Regulamento (UE) n.º 575/2013 passou a constituir o enquadramento legal das atividades bancárias, do quadro de supervisão e das regras prudenciais aplicáveis às instituições de crédito e às empresas de investimento (cf. § 2 da Diretiva 2013/36/UE).

Perpassa na Diretiva 2013/36/UE quanto ao governo das sociedades a preocupação em garantir uma gestão adequada dos riscos, devendo para isso os EM assegurar que o órgão de administração garanta uma (auto) supervisão efetiva, e promova uma cultura de risco sólida a todos os níveis das instituições de crédito (cf. § 54).

Na respetiva nota preambular é salientado que ao nomearem os membros do órgão de administração, os acionistas ou sócios de uma instituição deverão analisar se os candidatos têm os conhecimentos, qualificações e competências necessárias para assegurar uma gestão sã e prudente[18] da instituição, devendo estes princípios ser aplicados e demonstrados através de procedimentos de nomeação transparentes e abertos no que se refere aos membros do órgão de administração (§ 59).

É ainda sublinhada a necessidade de um sistema eficiente de intercâmbio de informações, no âmbito do qual a Autoridade Europeia de Supervisão ou Autoridade Bancária Europeia (EBA), sob reserva das regras de sigilo profissional e requisitos de proteção de dados, tenha o direito de manter uma base de dados central com informações pormenorizadas sobre as sanções administrativas e os recursos delas interpostos, acessível exclusivamente às autoridades competentes, para efeitos da avaliação da "idoneidade"[19] dos membros de órgãos de administração (§ 39).

Assim, a autorização de início de atividade da IC deve ser recusada se os respetivos órgãos de administração não detiverem, *a todo o tempo*, a idoneidade necessária e/ou não possuírem conhecimentos, competências e experiência suficientes para desempenharem as suas funções, mais se estabelecendo que a composição global do órgão de administração deve refletir uma panóplia de experiências suficientemente ampla (cf. artigos 13.º e 91.º, n.º 1).

---

17 Relativa "ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, que altera a Diretiva 2002/87/CE e revoga as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE".

18 Na versão inglesa da Diretiva "proper and prudent management" e na francesa "gestion correcte et prudente".

19 Na versão inglesa "good repute", na francesa "honorabilité", na espanhola "reputación".

Quanto aos órgãos de administração das instituições de crédito resulta ainda do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE que os respetivos membros devem consagrar tempo suficiente ao exercício das respetivas funções na instituição, limitando-se o número de cargos que podem exercer simultaneamente (cf. n.ºs 3 a 5 do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE), devendo dispor, coletivamente, de conhecimentos, competências e experiência adequados para compreender as atividades da instituição, designadamente os principais riscos (cf. n.º 7 do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE). Devem ainda agir com honestidade, integridade e independência de espírito que lhes permita avaliar e criticar efetivamente as decisões da direção de topo, quando necessário, e fiscalizar e monitorizar realmente o processo de tomada de decisões em matéria de gestão (cf. n.º 8 do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE).

Para tanto, exige-se que as IC afetem recursos humanos e financeiros adequados à preparação e formação dos membros do órgão de administração e que os EM ou autoridades competentes delas exijam que no recrutamento dos membros dos órgãos de administração seja assegurado um vasto leque de qualidades e competências e que seja praticada uma política de promoção de diversidade (cf. n.ºs 9 e 10 do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE).

Com efeito, e como é assinalado na nota preambular, a falta de monitorização pelos órgãos de administração das decisões de gestão deve-se em parte ao fenómeno de *conformismo de grupo*, provocado (também) pela falta de diversidade na composição dos órgãos de administração, pelo que uma maior diversidade assegura uma supervisão mais efetiva da gestão contribuindo para melhorar o controlo dos riscos e a resiliência das instituições (cf. § 60 da Diretiva 2013/36/UE).

Por ultimo, de sublinhar que se prevê na Diretiva que caberá à EBA, até 31 de dezembro de 2015, emitir orientações sobre as noções de tempo suficiente consagrado pelo membro do órgão de administração ao exercício das suas funções, de conhecimentos, competências e experiência adequados do órgão de administração, de honestidade, integridade e independência de espírito de um membro do órgão de administração, de recursos humanos e financeiros adequados afetados à indução e formação dos membros do órgão de administração, e de diversidade a ter em conta para a seleção dos membros do órgão de administração (cf. artigo 91.º, n.º 12 da Diretiva 2013/36/UE).

Em 22 de novembro de 2012 a EBA emitiu 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), doravante designadas Orientações EBA[20].

Conforme é referido no *site* institucional da EBA na *internet* como próximos passos a dar nesta matéria, estas "Orientações" (Guidelines) serão revistas à luz do texto final da Diretiva 2013/36/UE (CRD IV).

Talvez devido a esta remissão para um desenvolvimento pela EBA dos conceitos utilizados, na Diretiva 2013/36/UE não se adiante mais relativamente à densificação do conceito de idoneidade para além do já referido n.º 8 do respetivo artigo 91.º – no qual, repita-se, se dispõe que membros do órgão de administração devem agir com *honestidade*, *integridade* e *independência de espírito* que lhes permitam avaliar e criticar efetivamente as decisões da direção de topo, quando necessário, e fiscalizar e monitorizar efetivamente o processo de tomada de decisões em matéria de gestão –, surgindo a idoneidade a par dos requisitos de competência e conhecimentos profissionais, experiência e disponibilidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização.

Refira-se ainda que o requisito de independência surge num sentido mais objetivado que o da suprarreferida "independência de espírito" – por referência a outros cargos ocupados e a relações pessoais e profissionais passíveis de influenciarem o ponto de vista do agente – nas Orientações EBA de 2012, onde surge tratado no ponto 15 a título de "critérios de governação" e não já de "idoneidade".

A Diretiva 2013/36/UE foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, que introduziu várias alterações ao RGICSF.

### 2.2. O regime do controlo da idoneidade

Vejamos então como se encontra configurado o regime do controlo da idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito em Portugal.

Encontra-se o mesmo previsto no RGICSF, sendo o controlo da idoneidade partilhado entre as próprias instituições de crédito e o Banco de Portugal (cf. pontos 3.2, 3.3 e 3.4 das Orientações EBA).

O controlo é permanente, tendo início aquando da designação pelas IC dos membros dos seus órgãos de administração e fiscalização e no momento da

20 Aprovadas em novembro de 2012 pela Autoridade Bancária Europeia e disponíveis para consulta em https://www.eba.europa.eu/documents/10180/106695/EBA_2012_00220000_PT_COR.pdf.

autorização prévia pelo BdP do início de atividade, e perpassando depois por todo o período de vida da instituição.

Nesse sentido dispõe-se no n.º 1 do artigo 30.º do RGICSF que a adequação para o exercício das funções dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito está sujeita a avaliação para o exercício do cargo e *no decurso de todo o seu mandato*.

No que diz respeito ao controlo a efetuar pelas instituições de crédito (cf. ponto 4.1 das Orientações EBA), resulta desde logo da política interna de seleção e avaliação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização (cf. ponto 7.1 das Orientações EBA), que deve promover-se a diversidade de qualificações e competências necessárias para o exercício da função, fixando objetivos para a representação de homens e mulheres e concebendo uma política destinada a aumentar o número de pessoas "do género sub-representado" com vista a atingir aqueles objetivos (cf. n.º 6 do artigo 30.º; nesse mesmo sentido, cf. os n.º 2 do artigo 30.º-A, ambos do RGICSF).

De modo a permitir a correta avaliação da adequação das pessoas a designar para os órgãos de administração, estas deverão apresentar à IC "declaração escrita com todas as informações relevantes e necessárias para a avaliação da sua adequação, incluindo as que forem exigidas no âmbito do processo de autorização do BdP", mais devendo comunicar quaisquer factos supervenientes à designação ou autorização, passíveis de alterarem o conteúdo dessa comunicação (cf. n.ºs 3 e 4 do artigo 30.º-A do RGICSF)[21], circunstância em que a IC reavaliará a respetiva adequação (cf. n.º 8 do artigo 30.º do RGICSF), devendo ainda comunicar ao BdP quaisquer factos supervenientes à autorização para o exercício de funções que possam afetar os requisitos de idoneidade, qualificação profissional, independência ou disponibilidade da pessoa autorizada (cf. n.º 1 do artigo 32.º do RGICSF).

Da constatação pela IC da falta dos requisitos de adequação para o desempenho do cargo devem ser retiradas as devidas consequências, não podendo as pessoas avaliadas ser designadas para o cargo em causa (controlo prévio[22]), ou devendo ser suspensas de funções com vista à sanação da falta detetada, ou

21 Idêntica declaração deverá ser disponibilizada à Assembleia Geral caso o cargo em questão deva ser preenchido por eleição (cf. n.º 5 do art. 30.º-A).

22 Conforme resulta do ponto 6.1 das Orientações EBA, sempre que possível a avaliação pelas IC da aptidão dos membros dos seus órgãos de administração e fiscalização é efetuada antes de o membro iniciar as suas funções.

mesmo destituídas (controlo *a posteriori*[23]), exceto se, em qualquer dos casos, forem autorizadas a assumir funções pelo BdP através do processo de autorização próprio, regulado no artigo 30.º-B do RGICSF.

É também às IC que cabe a iniciativa de promover o registo dos membros dos órgãos de administração e fiscalização, após "a respetiva autorização pelo Banco de Portugal" (cf. artigo 69.º, n.º 1 do RGICSF), ao qual serão averbadas as medidas que o BdP venha a tomar nos termos do disposto no artigo 32.º (cf. n.º 4 do artigo 69.º do RGICSF)[24].

A adequação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização é igualmente avaliada pelo BdP (cf. ponto 9 das Orientações EBA) no âmbito do processo de autorização da própria IC [cf. n.º 1 do artigo 30.º-B, artigo 20.º, n.º 1, alínea *c)*[25], conjugado com o artigo 14.º, n.º 1, alínea *j)*, relativamente à questão específica da idoneidade, e artigo 20.º, n.º 1, alínea *h)*, todos do RGICSF][26], e sempre que se verifique a alteração dos membros dos órgão da administração e fiscalização, devendo neste caso ser solicitada ao BdP a respetiva *autorização para o exercício de funções*, condição necessária para o início das mesmas (cf. n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º-B do RGICSF).

Também esta autorização – para o exercício de funções – será negada pelo BdP quando se constate a falta de idoneidade, qualificação profissional, independência ou disponibilidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização (cf. n.º 1 do artigo 30.º-C do RGICSF), podendo a mesma, ainda que concedida, ser revogada a todo o tempo em face da ocorrência de circunstâncias supervenientes suscetíveis de determinar o não preenchimento dos requisitos de que depende (cf. n.º 4 do artigo 30.º-C do RGICSF).

Refira-se no entanto, que caso ocorra uma alteração de circunstâncias superveniente (à autorização para o exercício de funções) que afete os requisitos de idoneidade, qualificação profissional, independência ou disponibilidade da

23 Cf. ponto 6.2 das Orientações EBA.

24 O registo será recusado nos casos previstos no art. 72.º.

25 A autorização pelo BdP será recusada sempre que a IC a constituir não respeitar os requisitos gerais de autorização previstos no artigo 14.º [alínea *c)* do n.º 1 do art. 20.º, sob a epígrafe "recusa de autorização"] sendo uma dessas condições gerais a existência "nos órgãos de administração e fiscalização [de] membros cuja idoneidade, qualificação profissional, independência e disponibilidade deem, quer a título individual, quer ao nível dos órgãos no seu conjunto, garantias de gestão sã e prudente da instituição de crédito" (art. 14.º, n.º 1, alínea *j)*).

26 A autorização pelo BdP será recusada sempre que os "membros do órgão de administração ou fiscalização que não cumpram os requisitos de idoneidade, qualificação profissional, independência ou disponibilidade nos termos dos artigos 30.º a 33.º" [art. 20.º, n.º 1, alínea *h)*].

pessoa autorizada, a consequência não tem necessariamente de ser a da revogação da autorização, podendo o BdP fixar um prazo para a adoção das medidas adequadas ao cumprimento do requisito em falta, suspender a autorização para o exercício de funções pelo período de tempo necessário à sanação da falta dos requisitos identificados, ou fixar um prazo para alterações na distribuição de pelouros ou para alterações na composição do órgão em questão (cf. n.º 4 do artigo 32.º e artigo 32.º-A do RGICSF), apenas ocorrendo a revogação da autorização se no prazo fixado para o efeito pelo BdP não forem adotadas as providências necessárias por parte da pessoa visada ou da IC (cf. n.º 6 do artigo 32.º do RGICSF).

Quanto ao modo como o controlo é efetuado, de acordo com informação institucional disponível do BdP[27], para além das já citadas disposições do RGICSF, aplicam-se-lhe ainda as Instruções do BdP n.º 73/96 (sobre acumulação de cargos)[28] e n.º 30/2010 (sobre o processo de registo dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização das instituições sujeitas à supervisão do BdP)[29], assim como a Carta Circular n.º 23/11/DSPDR (sobre as Orientações EBA).

Recorde-se a propósito que desde 22 de maio de 2013 (cf. ponto 16 das Orientações EBA) as autoridades de supervisão europeias e as instituições supervisionadas devem dar cumprimento às supramencionadas Orientações EBA[30].

As Orientações EBA definem os critérios e procedimentos a observar pelas instituições de crédito e autoridades competentes na avaliação da aptidão dos membros propostos ou nomeados do órgão de administração e fiscalização de

---

27 Disponível para consulta na internet em https://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/SupervisaoPrudencial/Paginas/Controlo-de-idoneidade.aspx [consultada em julho de 2015].

28 Disponível para consulta em http://www.bportugal.pt/sibap/application/app1/docs1/manual/textos/73-96m.pdf [consultada em julho de 2015].

29 Disponíveis para consulta em http://www.bportugal.pt/sibap/application/app1/docs1/manual/textos/30-2010m.pdf [consultada em julho de 2015].

30 Como resulta do disposto no art. 16.º do Regulamento (UE) n.º 1093/2010, a EBA emite orientações e recomendações *dirigidas às autoridades competentes* ou a *instituições financeiras* (conforme definidas no art. 4.º), a fim de definir práticas de supervisão coerentes, eficientes e eficazes no âmbito do Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF) e garantir uma aplicação comum, uniforme e coerente da legislação da UE (n.º 1 do art. 16.º). Por sua vez as autoridades competentes e as instituições financeiras "desenvolvem todos os esforços para dar cumprimento a essas orientações e recomendações" (n.º 3 do art. 16.º). Recorde-se que o principal objetivo do SESF é o de "assegurar que as regras aplicáveis ao sector financeiro sejam aplicadas adequadamente para preservar a estabilidade financeira e garantir a confiança no sistema financeiro no seu conjunto e uma proteção suficiente aos consumidores de serviços financeiros" (cf. n.º 1 do art. 2.º do citado Regulamento).

uma instituição de crédito no exercício das suas funções tanto de gestão como de fiscalização, estabelecendo ainda disposições relativas à avaliação de quem desempenha *funções essenciais*, assim como medidas aplicáveis no caso de esses indivíduos não serem adequados para os cargos em questão (cf. o respetivo § 1).

Como resulta do respetivo §2, pretende-se que as mesmas sejam implementadas por todas as autoridades competentes e instituições financeiras suas destinatárias, efetivando-se essa implementação através da respetiva incorporação nas práticas de supervisão "consoante se revele mais adequado (p. ex., alterando o seu enquadramento jurídico ou os seus processos de supervisão), incluindo os casos em que as orientações têm como principal destinatário as instituições" (cf. n.º 3 do artigo 16.º do Regulamento (UE) n.º 1093/2010).

Como foi já referido, estas Orientações serão revistas em obediência ao disposto no já citado n.º 12 do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE, com vista à sua conciliação com o texto final da mesma.

## 3. O CONCEITO DE IDONEIDADE

O conceito de "idoneidade" é um conceito indeterminado, no sentido que lhe é usualmente atribuído, de conceito caracterizado "por um elevado grau de indeterminação"[31], ou com conteúdo e extensão em larga medida incertos[32].

Importa indagar se o mesmo encerra um grau de indeterminação tal que permita concluir que confere discricionariedade na respetiva aplicação.

Vejamos então.

Ainda que não dispondo todos da mesma configuração[33], os conceitos indeterminados consubstanciam nalguns casos um mecanismo de atribuição pela lei de poder discricionário à Administração[34]–[35].

A indeterminação da lei e o correlativo aumento do "protagonismo metodológico da Administração Pública"[36] na densificação normativa encontra a

31 Sousa, 1994: 23.

32 Engisch, 2014: 208.

33 Amaral, 2014: 119-126. Sobre esta mesma questão, cf. Sousa, 1994: 23-31.

34 Amaral, 2014: 86. Assinalando a importância da distinção entre o que considera serem verdadeiros conceitos indeterminados (conceitos indeterminados *strito sensu*, envolvendo a atribuição de um verdadeiro poder discricionário) e conceitos cuja imprecisão se resolve por recurso à interpretação, Correia, 2008: 38-40.

35 Cf. também Maurer, 1994: 147.

36 Otero, 2003: 893.

sua justificação não só no aumento das tarefas do Estado e na complexificação social e técnica da vida moderna[37], mas também na incapacidade do legislador de prever (e lidar adequadamente) com "os novos riscos que espreitam as modernas sociedades desenvolvidas"[38], de entre os quais, aliás, se contam também as crises financeiras.

Importa sublinhar que a indeterminação da lei não é uma fatalidade, pois confere à norma a plasticidade que permite a sua sobrevivência num contexto de crescente complexificação da realidade[39], salvaguardando a segurança jurídica[40]. Por outro lado dá à Administração o espaço de atuação necessário à obtenção, caso a caso e em concreto[41] de uma melhor composição dos interesses opostos em disputa e da conciliação entre princípios conflituantes[42].

Com efeito, não subsiste hoje qualquer dúvida de que o poder discricionário, que permite à Administração, movimentando-se no espaço que lhe é deixado pela indeterminação da norma, escolher a solução (mais ajustada) do caso concreto, não é um poder arbitrário mas sim um "poder jurídico"[43], conferido e delimitado pela lei, que a compromete a procurar a solução que fundadamente considere que melhor se conforma com o interesse público[44] que lhe cabe realizar[45].

Deste modo, constituem sempre limites (legais) externos do poder discricionário a competência, o fim a prosseguir, o procedimento, os princípios constitucionais relativos à atividade administrativa (cf. artigo 266.º, n.º 2 CRP) – a

37 Correia, 2008: 41-42.

38 Otero, 2003: 158.

39 Correia 2008: 41-42.

40 Otero, 2003: 159.

41 Maurer, 1994: 130.

42 Maurer, 1994: 160 e 896. Identificando seis tipos principais de "conflitualidade normativa dentro de um mesmo sistema jurídico", Maurer, 1994: 259-262.

43 Amaral, 2014: 89-92. Como refere este autor, o poder discricionário não é uma exceção ao princípio da legalidade, mas sim uma das formas possíveis de estabelecer a subordinação da Administração à lei" (Amaral, 2014: 98).

44 Neste sentido cf. Soares, 1955: 217-219, 221; Engisch, 2014: 220; Maurer, 1994: 132; Neves, 1995: 560; Correia, 1987: 480, 482, 493.

45 É importante de qualquer modo compreender que a crise financeira tenha trazido consigo novos receios nesta matéria. Assim a captura de interesses que muitos apontam como estando na origem da crise iniciada em 2007/8, associada a um fenómeno de "ecologia profissional", aliada a uma excessiva autocontenção do poder judicial perante áreas de grande tecnicidade, justifica uma desconfiança acrescida nestas matérias, como sublinha Catarino (2013: 17-18 e 25).

saber, os princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé –, o conhecimento correto dos factos, e os direitos fundamentais[46].

Por outro lado, a atuação da Administração terá como limite a sua auto-vinculação[47].

Paralelamente, o controlo jurisdicional dos atos discricionários atém-se à sindicância da respetiva legalidade, podendo ser sindicados todos os aspetos vinculados do ato ou sujeitos às já referidas limitações externas ou condicionantes jurídicas da discricionariedade – podendo ser anulado por ilegalidade fundada, por exemplo, em incompetência, usurpação de poderes, falta de audiência prévia ou outro vício do procedimento (por ex., falta de pareceres técnicos exigidos pela lei), falta de fundamentação do ato, desvio de poder (de difícil comprovação[48]), violação dos princípios constitucionais da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé, violação de direitos fundamentais, ou defeitos da vontade, como será o caso do erro de facto nos pressupostos[49].

O controlo de mérito (entendendo-se como tal a respetiva adequação ao interesse público) dos atos discricionários encontra-se reservado à Administração, não podendo o Tribunal substituir-se àquela "no desenvolvimento do raciocínio causal-teorético em questão", cabendo-lhe apenas um controlo pela negativa, por exemplo "por inadequação do critério de avaliação ou prognose, ou seja, erro grosseiro ou manifesto de apreciação, que constitui a violação da primeira das três vertentes do princípio da proporcionalidade"[50].

Com efeito, no limite poderá estar em causa uma violação ao princípio da separação de poderes[51], pelo que o poder judicial deve usar de autocontenção perante a reserva de discricionariedade da Administração[52].

---

46 Amaral, 2014: 93, 104-105; Correia, 2008: 43.

47 Amaral, 2014: 93, 104-105.

48 O "vício de desvio de poder consiste no exercício de um poder discricionário por um motivo principalmente determinante que não condiga com o fim que a lei visou, ao conferir aquele poder" (cf., designadamente, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de janeiro de 1998, processo 039321), cabendo ao recorrente "alegar e provar factos que demonstrem que foi outro o fim visado pelo ato recorrido, que não o fim legal, e, portanto, que o ato padece do vício de desvio de poder que invoca" (cf. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 4 de abril de 2006, processo 0280/02).

49 Amaral, 2014: 113-116; Correia, 2008: 43.

50 Correia, 2008: 40. No mesmo sentido, Amaral, 2014: 94: "Entendemos hoje que as hipóteses de erro manifesto de apreciação correspondem, dogmaticamente, a situações de desrespeito do princípio da proporcionalidade".

51 Correia 2008: 41; Amaral, 2014: 97.

52 Andrade, 2006: 99. Como bem assinala Costa (2012: 25-29), trata-se de um equilíbrio complexo.

A lei processual espelha isto mesmo[53].

Antes de mais, recorde-se que dos atos praticados pelo governador, vice-governadores, conselho de administração e demais órgãos do BdP[54], ou por delegação sua, no exercício de funções públicas de autoridade, cabem os meios de recurso ou ação previstos na legislação própria do contencioso administrativo, incluindo os destinados a obter a declaração de ilegalidade de normas regulamentares, sendo a respetiva apreciação da competência dos tribunais administrativos (cf. artigo 39.º da Lei Orgânica do BdP, aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 118/2001, de 17 de abril, e n.º 1 do artigo 12.º do RGICSF[55]).

Para o julgamento dos restantes litígios em que o Banco seja parte, incluindo as ações para efetivação da responsabilidade civil por atos dos seus órgãos, bem como a apreciação da responsabilidade civil dos titulares desses órgãos para com o Banco, são competentes os tribunais comuns judiciais (cf. artigo 62.º, da Lei Orgânica do BdP)[56].

Por sua vez, as ações atinentes a questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas *em processo de contraordenação* são da competência do tribunal da concorrência, regulação e supervisão [cf. artigo 112.º, n.º 1, alínea *c)* da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, da Organização do Sistema Judiciário].

Assim, resulta desde logo do disposto no n.º 1 do artigo 3.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) que no respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos

---

53 Almeida, 2014: 94-104; Almeida & Cadilha, 2010: 466-479.

54 O BdP é uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, cf. art. 1.º da respetiva lei orgânica, aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro e sujeita a várias alterações posteriores.

55 Pronunciando-se em concreto pela competência material dos TAF numa ação de impugnação de deliberação de cancelamento de registo pelo Conselho de Administração do BdP de um vogal de um conselho fiscal, veja-se o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 21 de novembro de 2013 processo 07623/11. Ali se refere que "(...) a decisão de cancelamento de registo pelo Banco de Portugal consubstancia-se num exercício de poder público e sob o domínio de normas de direito público, pelo que as consequências dessa decisão, designadamente ao nível de responsabilidade civil imputável ao Banco de Portugal, têm forçosamente de ser igualmente aferidas à luz desses *ius imperii* (...)".

56 Questionando-se sobre o efeito do disposto na alínea *q)* do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF relativamente a normas anteriores, designadamente ao disposto no art. 62.º da Lei Orgânica do BdP quanto à competência dos tribunais comuns para apreciar ações para efetivação da responsabilidade civil por atos dos seus órgãos, cf. Maçãs, 2006: 32.

que a vinculam *e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação*, acrescentando o n.º 3 que os referidos tribunais asseguram ainda a execução das suas sentenças, designadamente daquelas que proferem contra a Administração através da emissão de sentença que produza os efeitos do ato administrativo devido, *quando a prática e o conteúdo deste ato sejam estritamente vinculados*.

Mais resulta do disposto no n.º 2 do artigo 71.º do CPTA que "Quando a emissão do ato pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido"[57].

Como explicita Almeida, é possível a condenação da Administração à prática de atos administrativos de conteúdo discricionário desde que a respetiva emissão seja devida, sendo que neste caso os processos serão de "geometria variável", podendo ir de situações em que no caso concreto seja possível concluir que só resta à Administração a prática de um ato com um determinado conteúdo[58], até aos casos em que o tribunal mais não pode do que condenar a praticar um ato sem qualquer especificação quanto ao respetivo conteúdo, passando pelos casos que não podendo condenar à prática de um ato com um conteúdo determinado, explicita as vinculações a observar na respetiva emissão, como resulta do disposto no n.º 2 do artigo 71.º do CPTA[59].

Situada genericamente que está a questão da discricionariedade administrativa, importa delimitar e caracterizar o conceito de "idoneidade" dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito tal como se encontra consagrado no regime jurídico vigente.

Os critérios a levar em conta na avaliação da idoneidade são definidos no artigo 30.º-D do RGICSF, disposição que foi renumerada e alterada pelo já mencionado Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, sendo sucessora do (anterior) artigo 30.º da versão originária do RGICSF, por sua vez conferida pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, e objeto de alterações pelo Decreto-Lei n.º 201/2002, de 26 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 145/2006, de 31 de julho, e pelo Decreto-Lei n.º 126/2008, de 21 de julho.

---

57 Cf. ainda arts. 167.º, n.º 6, 179.º, n.º 5, 95.º, n.º 3, 168.º, n.º 3 e 179.º, n.º 1, todos do CPTA.

58 Almeida, 2014: 101, nota 38. Cf. os acórdãos do Tribunal Central Administrativo Norte de 4 de janeiro de 2007, processo 1113/04, e de 26 de julho de 2007, processo 648/04, citados por este autor.

59 Almeida, 2014: 98-102.

No respetivo n.º 1, elenca-se um conjunto de aspetos ou características que devem ser levadas em conta na apreciação da idoneidade, e que devem ser ponderadas "tomando em consideração *todas as circunstâncias* que permitam avaliar o comportamento profissional para as funções em causa" (itálico nosso).

Nos termos daquela disposição, na avaliação da idoneidade deve ter-se em conta o modo como a pessoa gere habitualmente os negócios profissionais ou pessoais ou exerce a profissão, em especial nos aspetos que revelem a sua capacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, ou a sua tendência para cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos compatíveis com a preservação da confiança do mercado.

Terá assim de se levar em conta (i) o modo de gestão habitual dos negócios ou de exercício da profissão, ponderando-se em especial os aspetos que revelem capacidade para decidir de forma *ponderada* (ou seja, e procurando aprofundar o significado do termo, de forma refletida, estudada, avaliada com maturidade) e *criteriosa* (ou seja, revelando faculdade de distinguir o verdadeiro do falso, o bom do mau, capacidade crítica); (ii) a *tendência* (ou seja, propensão ou inclinação para, o que parece remeter para uma ponderação da conduta habitual ou reiterada, e não para uma falta ocasional ou acidental) para cumprir pontualmente as suas obrigações ou (iii) para ter comportamentos compatíveis com a preservação da confiança do mercado (o que sendo mais ambíguo nos remete para uma ideia de uma conduta que evite comportamentos – por exemplo, assunção de riscos graves, ou entendidos como tal – que sejam percecionados negativamente, suscitando receio e insegurança nos agentes do mercado), tudo isto levando em consideração, ou ponderando todas as circunstâncias que permitam avaliar o comportamento profissional para as funções em causa.

O n.º 2 consagra uma orientação ou diretriz/guia de enquadramento da apreciação da idoneidade. Assim, deverá a mesma ser feita com base em critérios de natureza *objetiva*, tomando por base informação tanto quanto possível completa sobre as funções passadas do interessado como profissional, as características mais salientes do seu comportamento e o contexto em que as suas decisões foram tomadas.

No n.º 3 é elencado um conjunto de circunstâncias que devem ser tidas em conta, ponderada a respetiva gravidade, na apreciação/avaliação da idoneidade referida nos n.ºs 1 e 2, como é o caso (entre outras) da existência de indícios de que o membro do órgão de administração ou de fiscalização não agiu de forma transparente ou cooperante nas suas relações com quaisquer autoridades de supervisão ou regulação nacionais ou estrangeiras [alínea a)],

a inclusão de menções de incumprimento na central de responsabilidades de crédito ou em quaisquer outros registos de natureza análoga [alínea e)], ou a existência de ações cíveis, processos administrativos ou processos criminais, bem como *quaisquer outras circunstâncias* que, atento o caso concreto, possam ter um impacto significativo sobre a solidez financeira da pessoa em causa [alínea h)] (destacado nosso).

A utilização neste n.º 3 da expressão "pelo menos" significa que podendo ser levadas em conta outras circunstâncias ("análogas", como resulta do disposto no n.º 4), pelo menos uma (ou algumas) das aqui elencadas terá de ser levada em conta.

Sublinhe-se a ampla margem de decisão que é deixada ao decisor nos termos do disposto nas alíneas a), e) e h) do citado preceito.

No n.º 4 estabelecem-se orientações pelas quais se deve guiar o BdP no seu "juízo valorativo". Assim, deverá ter em consideração, à luz das finalidades preventivas do artigo 30.º-D, além dos factos enunciados no n.º 3, ou de outros de natureza análoga, toda e qualquer circunstância cujo conhecimento lhe seja legalmente acessível e que, pela gravidade, frequência ou quaisquer outras características atendíveis, permitam fundar *um juízo de prognose* sobre as garantias que a pessoa em causa oferece em relação a uma gestão sã e prudente da IC.

Para efeitos do disposto neste n.º 4, devem tomadas em consideração, "pelo menos", e levando em conta a respetiva gravidade, as situações elencadas no n.º 5.

No n.º 6 dispõe-se que a condenação, ainda que definitiva, por factos ilícitos de natureza criminal, contraordenacional ou outra *não tem como efeito necessário a perda de idoneidade para o exercício de funções nas instituições de crédito*, devendo a sua relevância ser ponderada, entre outros fatores, em função da natureza do ilícito cometido e da sua conexão com a atividade financeira, do seu caráter ocasional ou reiterado e do nível de envolvimento pessoal da pessoa interessada, do benefício obtido por esta ou por pessoas com ela diretamente relacionadas, do prejuízo causado às instituições, aos seus clientes, aos seus credores ou ao sistema financeiro e, ainda, da eventual violação de deveres relativos à supervisão do Banco de Portugal.

Dos n.ºs 7 e 8 resulta que para a avaliação da idoneidade o BdP deverá trocar informações com as restantes autoridades de supervisão (Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e, sendo o caso, autoridades de supervisão estrangeiras mencionadas no artigo 18.º) e consultar a base de dados de sanções da EBA, e por

ultimo, resulta do n.º 9 uma presunção legal de verificação da idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito que se encontrem registados junto da CMVM, da ASSFP, ou de autoridades de supervisão da União Europeia, quando esse registo esteja sujeito a exigências de controlo da idoneidade, e a menos que factos supervenientes conduzam o Banco de Portugal a pronunciar-se em sentido contrário.

Quanto às *diretrizes* constantes nas Orientações EBA (que como suprarreferido, devem ser implementadas pelo BdP, cf. artigo 16.º do Regulamento EU n.º 1093/2010) constata-se que a idoneidade é desde logo abordada no ponto 5, referente a critérios gerais de avaliação (da aptidão dos membros dos órgãos de administração e fiscalização e de quem desempenha funções essenciais nas IC), aí se esclarecendo que a mesma é sempre um requisito necessário, independentemente da "natureza, dimensão e complexidade da atividade desenvolvida" pela IC (ponto 5.2), e que perante uma questão que suscite dúvidas quanto à experiência ou idoneidade, avalia-se em que medida esse facto põe ou pode pôr em causa a aptidão do indivíduo em questão, sendo tidas em conta todas as questões pertinentes e disponíveis para essa avaliação, independentemente de quando e onde tiveram lugar (ponto 5.3).

Já no ponto 13 ("critérios de idoneidade"), são dadas diretivas dirigidas ao apuramento da idoneidade, fazendo-se uma primeira abordagem pela negativa, ao afirmar-se que o sujeito em causa goza de idoneidade *se não* existirem elementos que sugiram o contrário nem razões para dúvidas fundadas sobre a mesma – sublinhando-se uma vez mais que para a formulação de um juízo sobre o assunto são tidos em conta todos os dados pertinentes disponíveis – e que *não goza* de idoneidade quando a sua conduta pessoal ou profissional suscitar dúvidas materiais sobre a sua capacidade de garantir uma gestão sã e prudente da instituição de crédito (pontos 13.1 e 13.2).

Todos os restantes critérios são dados sobre a forma de aspetos a levar em conta no apuramento da idoneidade.

Assim, devem ser tidos em conta quaisquer registos criminais ou administrativos relevantes, considerando o tipo de condenação ou acusação, o nível de recurso, a sanção aplicada, a fase do processo judicial alcançada e o efeito de eventuais medidas de reabilitação, sendo levadas em consideração as circunstâncias específicas (ponto 13.3), especificando-se ainda que são considerados os efeitos cumulativos de outros incidentes menores que, embora individualmente não afetem a idoneidade de um membro, sejam suscetíveis, no seu conjunto, de ter um impacto material (ponto 13.4).

Acrescenta-se que são *particularmente* tidos em conta alguns fatores "suscetíveis de levantar dúvidas sobre a idoneidade de um membro", a saber, a condenação ou acusação por infração penal (o que é ilustrado com um conjunto de exemplos), investigações relevantes, presentes ou passadas, e/ou medidas coercivas relativas ao membro, ou a imposição de sanções administrativas por incumprimento das disposições que regem a atividade bancária, financeira, de intermediação de valores mobiliários ou seguradora, ou da legislação relativa aos mercados de valores mobiliários, aos valores mobiliários ou meios de pagamento, ou qualquer legislação relativa aos serviços financeiros; e investigações relevantes, presentes ou passadas, e/ou medidas coercivas aplicadas por quaisquer outras entidades reguladoras ou profissionais devido a incumprimento das disposições pertinentes (ponto 13.5).

Deverá ainda ser *dada atenção* a um conjunto de fatores relativos à regularidade da conduta do membro em atividades profissionais anteriores (cf. ponto 13.6).

Por fim, explicita-se que são consideradas algumas situações relativamente ao desempenho profissional passado e presente e à solidez financeira de um membro no que se refere ao eventual impacto das mesmas na respetiva idoneidade (cf. ponto 13.7).

Em face do exposto, uma primeira conclusão a retirar da análise do regime constante no Decreto-Lei n.º 157/2014 é de que embora o requisito da "idoneidade" dos membros dos órgãos de administração e fiscalização surja ao lado de outros igualmente relevantes na avaliação da respetiva adequação e das garantias que devem oferecer de "gestão sã e prudente da instituição de crédito" [cf. alínea *j)* do n.º 1 do artigo 14.º do RGICSF] – como é o caso da qualificação profissional (cf. artigo 31.º), independência (cf. artigo 31.º-A) e disponibilidade (cf. artigo 33.º) –, o mesmo consubstancia um *requisito autónomo*, devendo ser apreciado isoladamente de acordo com critérios específicos.

É o que resulta por um lado da consagração independente de exigências específicas para cada um dos referidos requisitos (nos já citados artigos 30.º-D, 31.º, 31.º-A e 33.º), e por outro da referência disjuntiva aos vários critérios a propósito dos requisitos gerais das IC com sede em Portugal [cf. alínea *j)* do n.º 1 do artigo 14.º], da recusa de autorização para a constituição das IC [cf. alíneas *c)* e *h)* do n.º 1 do artigo 20.º], da recusa e revogação da autorização para o exercício de funções pelo BdP (cf. n.º 1 do artigo 30.º-C), da revogação de autorização, do registo, da avaliação da adequação para o exercício do cargo (cf. n.º 3 do artigo 30.º), da falta de adequação superveniente para o exercício

de funções, a comunicar pelas IC ao BdP (cf. n.ºs 1 e 4 do artigo 32.º), e ainda da publicidade das normas internas das IC (cf. artigo 115.º-I), das medidas de intervenção corretiva [cf. alínea *s)* do n.º 1 do artigo 141.º, n.º 5 do artigo 145.º-A e n.º 1 do artigo 145.º-G].

Esta circunstância resulta também dos critérios constantes das Orientações EBA, nas quais os critérios de idoneidade (cf. ponto 13) são distintos dos critérios de experiência (profissional) (cf. ponto 14) e de governação (cf. ponto 15), sendo neste último critério (governação) que surgem ponderados os aspetos relacionados com a independência e disponibilidade para o exercício de funções.

A segunda conclusão a retirar é que de facto, e embora a lei estabeleça vários limites e orientações com vista à densificação do conceito de idoneidade, é conferida uma importante margem de liberdade para a sua concretização, apelando-se abertamente a um juízo de *prognose* "sobre as garantias que a pessoa em causa oferece em relação a uma gestão sã e prudente da instituição de crédito".

Por outro lado, é impressiva a abertura, não apenas de algumas das circunstâncias a serem levadas em conta nos termos do disposto no supramencionado n.º 3 do artigo 30.º-D [é o caso dos "indícios" referidos na respetiva alínea *a)*, das menções referidas na alínea *e)* e das "quaisquer outras circunstâncias" a que se alude na alínea *h)*], como da possibilidade de nas circunstâncias a serem levadas em conta no juízo valorativo de prognose a efetuar pelo BdP a lei se bastar com a mera acusação ou pronúncia do visado [cf. as alíneas *b)* e *c)* do n.º 5 do artigo 30.º-D], também elas fundadas na recolha de "indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente" ou de "indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança" (cf. n.º 1 do artigo 283.º e n.º 1 do artigo 308.º, ambos do CPP).

Recorde-se a propósito que nas decisões judiciais conhecidas sobre esta matéria, os Tribunais concluíram não se estar perante um conceito "discricionário".

Assim, no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3 de maio de 2005, no processo 01009/04, estava em causa a legalidade de uma deliberação do Conselho de Administração do BdP datada de 12 de novembro de 2002, cancelando o registo como membro do Conselho de Administração de determinada sociedade do Recorrente.

Este atacara a referida decisão junto do Tribunal de 1.ª instância, assacando-lhe vícios de violação de normas constitucionais, *maxime* do princípio

da presunção de inocência consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da CRP, e do disposto no artigo 30.º do RGIC, na redação do Decreto-Lei n.º 232/96, de 5 de dezembro, mas aquele Tribunal não deu provimento à sua pretensão.

O STA entendeu a propósito que "o artigo 30.º do Regime Geral (…) não atribuiu um "poder discricionário" ao Banco de Portugal na verificação da idoneidade dos administradores das instituições de crédito, fora dos casos expressamente previstos" (cf. o citado acórdão no proc. 01009/04).

No mesmo sentido se revelam os acórdãos proferidos pelo Tribunal Central Administrativo Sul de 26 de abril de 2012 processo 03836/08 e de 21 novembro de 2013, processo 07623.

Poderá face à nova redação da norma concluir-se atualmente de modo diverso?

Que está em causa um conceito indeterminado *lato sensu*[60], é um facto, como de resto resultava também pacífico nas suprarreferidas decisões judiciais.

No entanto, não parece ainda assim que o "espaço de conformação" do aplicador, no caso, o BdP, se estenda aos próprios pressupostos da norma, de molde a que se possa concluir que possa existir mais do que uma solução válida para o caso concreto deixada à sua liberdade conformadora[61].

Ou, dito de outro modo, em causa está (ainda) um conceito cuja aplicação em concreto se resolve hermenêuticamente, dentro dos limites (amplos) da previsão delimitada pela lei[62].

Com efeito, a decisão terá sempre de se conter nos limites das circunstâncias previstas no n.º 3, ou de outras a elas análogas, das orientações previstas no n.º 4 e ainda, e não de somenos importância, às situações elencadas no n.º 5, todos do artigo 30.º-D do RGICSF.

A abertura da norma, que numa primeira leitura parece sugerir uma inclinação do legislador favorável à atribuição de um poder discricionário, terá antes a ver com a necessidade de conceder ao regulador meios para melhor tutelar a confiança nas IC, também perante situações em que se conclua com segurança que a existência de meros indícios, pela respetiva gravidade, seja suficiente para a fazer perigar, explicando-se assim pela natureza específica do bem (confiança na instituições e no limite no próprio sistema financeiro) a tutelar.

---

60 Como foi já referido supra, de conceito caracterizado "por um elevado grau de indeterminação" (Sousa, 1994), ou com conteúdo e extensão em larga medida incertos (Engisch, 2014).

61 Correia, 2008: 38-40.

62 Correia, 2008: 38-40.

## 4. CONCLUSÃO

Chegados aqui, importa sintetizar algumas conclusões.

Assim, o controlo da idoneidade enquadra-se na atividade de supervisão microprudencial, ou seja, a supervisão com finalidade preventiva que incide sobre cada instituição individualmente, sendo que uma abordagem adequada da dimensão preventiva da supervisão deve levar em conta a necessidade de uma dinâmica constante entre a supervisão macro e microprudencial.

Ainda que se revele um instrumento importante para a recuperação da confiança nas IC e no próprio sistema financeiro no atual contexto pós crise financeira, importa que o controlo da idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização seja concretizado com o equilíbrio necessário a evitar que se defraude o próprio objetivo da supervisão.

Importa por isso que do conceito de idoneidade não seja feito um mau uso, que favoreça fenómenos de ecologia profissional ou/e de captura do sistema[63].

Uma vez que o conceito de idoneidade é um conceito indeterminado, a sua definição e aplicação casuística deve rodear-se dos adequados cuidados, designadamente no que diz respeito à correta composição de interesses no procedimento de aplicação, ao respeito pelas finalidades da lei e à correta fundamentação dos atos administrativos que o apliquem, tanto mais que o controlo da idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito encerra em si uma tensão entre princípios[64] como o da proteção do interesse geral (artigo 266.º da CRP), da defesa dos consumidores e investidores [cf. artigo 81.º, alínea i) da CRP] do funcionamento eficiente dos mercados [artigo 81.º, alínea *f)* da CRP], e da liberdade de profissão e iniciativa e da presunção de inocência[65] (cf. arts. 32.º CRP, 6.º CEDH).

Não existe hoje qualquer dúvida de que o poder discricionário não é um poder arbitrário mas sim um "poder jurídico", conferido e delimitado pela lei, sujeito ao controlo jurisdicional da respetiva legalidade, podendo ser sindicados todos os aspetos vinculados do ato ou sujeitos a limitações externas ou condicionantes jurídicas da discricionariedade.

Sucede que apesar da crescente latitude do regime de controlo da idoneidade, que permite que atualmente a mesma seja aferida com base em meros

63 Catarino, 2014.

64 Catarino, 2014.

65 Cf. o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 3 de maio de 2005, processo 1009/04.

indícios, não está em causa um conceito "discricionário", não sendo conferido um poder discricionário para a respetiva aplicação.

Com efeito, o "espaço de conformação" conferido ao aplicador do conceito não se estende aos próprios pressupostos da norma, não se podendo por isso concluir que seja passível de existir mais do quem uma solução válida para o caso concreto, deixada à liberdade de configuração do aplicador da lei[66].

Por ultimo, importa recordar que tendo sido anunciada a revisão das Orientações EBA de 22 de novembro de 2012, esta matéria poderá a breve trecho vir a ser objeto de desenvolvimentos no plano da União Europeia.

66 Correia, 2008: 38-40.

**BIBLIOGRAFIA**

Almeida, Mário Aroso de

2014 *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra: Almedina.

Almeida, Mário Aroso de, Cadilha, Carlos Alberto Fernandes

2010 *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.

Amaral, Diogo Freitas do

2014 *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra: Almedina

Andrade, José Carlos Vieira de

2006 *A Justiça Administrativa (Lições)*, 8.ª ed., Coimbra: Almedina.

Câmara, Paulo

2012a "A renovação do direito bancário no início do novo milénio", in Paulo Câmara & Manuel Magalhães (coord.), *O novo direito bancário*, Coimbra: Almedina, pp. 11-70.

2012b "O governo societário dos bancos – Em particular as novas regras e recomendações sobre a remuneração da banca", in Paulo Câmara & Manuel Magalhães (coord.), *O novo direito bancário*, Coimbra: Almedina, pp. 141-174.

Catarino, Luís Guilherme

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

2013 *O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?*, Instituto dos Valores Mobiliários – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em: http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar_com_a_administra%C3%A7%C3%A3o_independente.pdf.

2014 "Controlo de Idoneidade", slides de apoio à conferência "Requisitos de adequação ao exercício de funções em instituições de crédito e sociedades financeiras: o novo regime de controlo da idoneidade", proferida em 28/10 em Lisboa, IVM/FDL.

Cordeiro, António Menezes

2006 "Regulação económica e supervisão bancária", in *O Direito*, Lisboa, Ano 138, II, pp. 245-276.

2014 *Manual de Direito Bancário*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina.

Correia, José Manuel Sérvulo

1987 *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coleção Teses, Coimbra: Almedina.

2008 "Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70, pp. 32-57.

Costa, António Augusto

2012 *A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*, Cedipre online, 12, Coimbra: Centro de Estudos de Direito Público e Regulação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível em: http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_12.pdf.

Engisch, Karl

2014 *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução portuguesa da edição alemã de 1983 por José Batista Machado, 11.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Larosiere, Jacques de [*et al*]

2009 The High-Level Group of Financial Supervision in the EU Report, Bruxelas.

Maçãs, Maria Fernanda

2006 "O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, pp. 21-49.

Maurer, V. Hartmut

1994 *Droit administratif allemand*, tradução francesa da edição alemã de 1992 por Michel Fromont, Paris: L.G.D.J.

Mishkin, Frederic S., Matthews, Ken & Giuliodori, Massimo

2013 *The Economics of Money, Banking § Financial Markets*, European edition, Harlow: Pearson Education Limited.

Neves, Castanheira

1995 "O problema da discricionariedade", in NEVES, Castanheira, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Vol. I., Coimbra: Coimbra editora, pp. 531-596.

Otero, Paulo

2003 *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina.

Pikety, Thomas

2014 *O Capital no Século XXI*, Lisboa: Temas e debates – Círculo de Leitores.

Saraiva, Rute

2013 *Direito dos Mercados Financeiros*, Lisboa: AADFL.

Soares, Rogério Guilherme Ehrhardt

1955 *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra.

Sousa, António Francisco de

1994 *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo*, Coimbra: Livraria Almedina.

Stiglitz, Joseph E.
2011 "Of the 1%, by the 1%, for the 1%", *Vanity Fair*, disponível em http://www.vanityfair.com/news/2011/05/top-one-percent-201105.
2013 *The Price of Inequality*, London: Penguin Books.