

Parecer

1. Acesso à actividade bancária: necessidade de autorização e registo

I- O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) sujeita à autorização do Banco de Portugal a constituição de instituições de crédito (art. 16º) – *a conceder, caso a caso*, segundo critérios de natureza técnico-prudencial e não em funções das necessidades económicas do mercado (art. 11º da Directiva n.º 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho de 2013; art. 8º da revogada Directiva n.º 2006/48/CE –, as quais não podem iniciar a sua actividade sem registo prévio no Banco de Portugal (art. 65º).

No âmbito da União Bancária, a concessão e a revogação da autorização das instituições de crédito são atribuição do Banco Central Europeu (art.4º, n.º1, al. a), do Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho de 15 de Outubro de 2013). Ainda assim, o pedido será apresentado ao Banco de Portugal, em conformidade com os requisitos estabelecidos na legislação portuguesa: se o requerente satisfizer *todas* as condições de autorização exigidas pela lei portuguesa, o Banco de Portugal adopta um projecto de decisão a fim de propor ao BCE que conceda a autorização; nos outros casos, o Banco de Portugal deve indeferir o pedido de autorização (art. 14º do Regulamento 1024/2013).

II-A necessidade de autorização administrativa, excepcional num sistema de livre iniciativa económica privada e liberdade de escolha de profissão, prende-se com o particularismo da actividade bancária: o interesse público da estabilidade sistémica (*ordem pública de direcção*), dada a função monetária dos bancos e sua influência na actividade económica, e o interesse da segurança da clientela (*ordem pública de protecção ou ordem pública social*).

2. Requisitos da autorização: administração e estrutura accionista

I- Nos termos da legislação europeia, os Estados-membros fixam os requisitos para a obtenção da autorização, sem prejuízo da *harmonização mínima* garantida por um conjunto de condições julgadas necessárias à autorização da instituição de crédito em ordem ao seu reconhecimento mútuo e validade como passaporte europeu para a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços (art. 8º da Directiva 2013/36/UE; art. 6º da revogada Directiva 2006/48/CE).

O RGICSF prescreve as condições ou requisitos gerais de autotização de instituição de crédito nos arts. 14º e 15º, regulando o respectivo processo de autorização nos arts 16º e segs..

II-Uma das condições de autorização repousa na qualidade de dirigentes e principais sócios da instituição, devendo essas pessoas possuir a honorabilidade necessária e a experiência adequada para o exercício das funções (art. 31º do RGICSF; art. 11º, n.º 1, 2ª parte, da revogada Directiva 2006/48/CE), a idoneidade e a disponibilidade que dêem garantias de gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição de crédito (art. 30º, n.º1, do RGICSF).

3. O requisito da idoneidade dos administradores

3.1 Os factos

I-Por officio de 5/11/2013 (referência 4465/13/DSPDR), o Banco de Portugal, *no âmbito dos processos de registo como titular dos cargos de Presidente do Conselho de Administração*, pede a Administrador de uma instituição de crédito esclarecimentos suscitados por notícias de comunicação social de que o mesmo teria recebido de terceira pessoa significativo montante de euros a título de pagamento de serviços de consultoria.

II-Em resposta a esse officio, o Administrador presta os esclarecimentos solicitados, designadamente: *não ser exato ter recebido qualquer valor a título de pagamento de serviços de consultoria*; que a pessoa em causa é um amigo de longa data a quem nas suas conversas foi dando alguns conselhos e opiniões sobre a evolução da economia e dos mercados e a respeito de algumas decisões que quis tomar; que em 2008, aquando da crise financeira global que também atingiu o ramo do imobiliário a que se dedicava, essa pessoa o procurou e informou da sua intenção em investir na Europa do Leste (eventualmente Bulgária), deslocando para aí a sua actividade; que por amizade o dissuadiu por achar ser uma experiência de grande risco e o aconselhou a apostar em Angola, país com grandes necessidades e grande potencial de crescimento no sector imobiliário; que também lhe deu sugestões quanto à forma de abordar esse mercado e entidades a contactar; que essa pessoa seguiu o seu conselho e teve um enorme sucesso em Angola; que essa pessoa tomou a iniciativa de se lhe dirigir, afirmando de modo categórico que queria ter para com ele uma atenção, pela ajuda preciosa que lhe dera; que após reiterada

insistência, decidiu consultar dois juristas externos ao Banco, tendo estes assegurado que a questão era de *foro pessoal* e não colidia com quaisquer regras legais ou éticas, designadamente do RGICSF e do Código de Conduta interno do Banco; que, por isso, acabou por aceitar a oferta do valor em causa; que nenhuma relação existiu entre a oferta e a relação deste com o Banco; que o montante da oferta foi incluído na declaração de IRS; que a oferta resultou de uma liberalidade em razão dos conselhos, orientações e ajudas dadas a título pessoal e de amizade, nunca a título profissional.

3.2 Critérios de avaliação da idoneidade

I-Acabámos de vê-lo: os membros do órgão de administração devem, a todo o tempo, *ter a idoneidade e disponibilidade necessária* e possuir conhecimentos, competência e experiência suficientes para desempenharem as suas funções.

No caso concreto, a verificação positiva desses requisitos pelo Banco de Portugal foi reiterada em vários mandatos: há anos que a pessoa em causa exerce o cargo de Presidente da Comissão Executiva do Conselho de Administração da instituição de crédito e de outras empresas do grupo. Sendo isto assim, a questão é a de saber se o valor recebido nas condições constantes da Resposta ao Banco de Portugal põe em causa a idoneidade do mesmo membro do órgão de administração, para efeitos de recusa do registo (art. 69º, n.º5, do RGICSF). O que implica, em primeiro lugar, analisar os critérios de avaliação da idoneidade para depois – mas só depois – testar essa oferta no crivo ou filtro desses critérios.

II-Desde logo, a idoneidade e os demais requisitos exigidos aos membros do órgão de administração visam assegurar uma *gestão sã e*

prudente da instituição, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos a ela confiados (art. 30º, n.º1, do RGICSF).

Depois, é o próprio n.º 2 do mesmo art. 30º do RGICSF que enuncia os *critérios da apreciação da idoneidade*:

O modo como a pessoa gere habitualmente os negócios ou exerce a profissão, em especial:

-incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa;

-tendência para não cumprir pontualmente as suas obrigações;

-tendência para comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado.

III- Repare-se bem: a apreciação da idoneidade é feita à luz da finalidade pretendida – gestão sã e prudente – e do *modo como a pessoa gere habitualmente os negócios ou exerce a profissão*, olhando em particular para a (in)capacidade de decidir ponderada e criteriosamente e para a *tendência* de (in)cumprimento pontual das suas obrigações ou de comportamentos (in)compatíveis com a preservação da confiança do mercado.

Nenhuma dúvida séria e consistente, portanto, de que a lente exigida por lei na apreciação da idoneidade é a de gestor criterioso e ordenado: *só pode ser administrador quem for idóneo no modo como gere habitualmente os seus negócios ou exerce a profissão*, com critério e ponderação, cumprindo pontualmente as suas obrigações e de modo confiável pelos participantes no mercado.

Não é, pois, a um acto isolado a que o n.º 2 do art. 30º manda atender na apreciação da idoneidade, mas ao modo habitual da gestão dos negócios ou do exercício da profissão.

IV-Aspecto este a que a Banco de Portugal está vinculado, com o que isso implica de *falta ou diminuta discricionariedade* na apreciação da

idoneidade da pessoa indicada para administrador: se à luz do modo como gere *habitualmente* os negócios ou exerce a profissão, em especial se *habitualmente* decide de modo ponderado a criterioso e *tendencialmente* (leia-se, *normalmente, predominantemente*) cumpre pontualmente as suas obrigações e é fiável ao mercado, não pode o Banco de Portugal deixar de considerar preenchido o requisito da idoneidade dessa pessoa indicada para administrador e aceitar o seu registo.

Poder vinculado esse que é reforçado pelo n.º 3 do mesmo art. 30º do RGICSF, concretamente pelos indícios de falta de idoneidade nele exemplificados, todos eles certos e seguros porque e na medida em que condenações judiciais.

V- Trata-se de sintomas ou indícios (de má gestão) nos quais o Banco de Portugal *pode* basear-se para declarar a inidoneidade, mesmo assim com admissão de prova em contrário de acordo com a regra geral das presunções *iuris tantum* (art. 250º, n.º2, do Código Civil).

Ou seja, o Banco de Portugal não assume automaticamente as situações elencadas no n.º3 do art. 30º como necessariamente impeditivas de assunção do cargo de administrador — o que aconteceria se os indícios equivalessem a presunções absolutas, *iuris et de iure*. Pense-se numa insolvência empresarial, apesar de uma boa gestão.

Numa palavra: mesmo nos casos do art. 30º, n.º3, não há incapacidade consequencial automática por falta de idoneidade pessoal a uma gestão sã e prudente.

Por isso, é a esta luz que o Banco de Portugal pode atender a outras circunstâncias (semelhantes ou análogas às exemplificadas no n.º 3 do art. 30º) no controlo da idoneidade: circunstâncias de índole penal igualmente certas e seguras, como as sentenças referidas nas várias alíneas do n.º 3 do art. 30.

VI- No mesmo sentido pode ver-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 3 de Maio de 2005 (Proc. n.º 01009/04):

“ O art. 30º 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. O art. 30º enumera os requisitos denunciadores de inidoneidade, de forma não taxativa, é certo, mas daí não se retira que se atribua o poder discricionário à Administração, para escolher livremente as outras ‘circunstâncias’ indiciadoras da falta de idoneidade.”

(...)“Para o preenchimento desse conceito indeterminado a Administração deve atender às circunstâncias exemplificadas, nas alíneas do n.º 3 ou a ‘quaisquer outras’, que, dada a sua *similitude* com as enumeradas, possam subsumir-se ao conceito geral. A situação concreta deve assim, ou estar especialmente prevista nas alíneas do n.º 3 (situações tipo), ou ser uma *situação análoga* ou seja, um conjunto de factos que denunciem a falta de idoneidade por razões essencialmente semelhantes às que determinaram a escolha exemplificativa do legislador.” (...)

“Deste modo consideramos que não há aqui qualquer poder discricionário, ou qualquer margem de discricionarietà no preenchimento do referido conceito (idoneidade para o exercício de funções de Administração em instituições financeiras). Existe, sim, um conceito indeterminado que se traduz numa qualidade objectiva, que a Administração deve integrar (subsumir) com os *factos provados*, e que o tribunal pode *livremente* qualificar de modo diverso”. (...)

“ Portanto, (...), o comportamento do recorrente não pode subsumir-se no art. 30º do Decreto-lei 298/92, de 31/12, uma vez que se trata de um comportamento isolado e não uma prática reiterada. Não podendo subsumir-se os factos imputados ao recorrente no art. 30º, n.ºs 2 e 3 do

Decreto-lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, e tendo o acto contenciosamente recorrido feito tal subsunção, está o mesmo ferido de violação de lei.”.

VII- Ainda no mesmo sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 26/04/12 (Proc. n.º 03836/08) em cujo sumário pode ler-se:

“I-A falta de idoneidade do membro da direcção de uma caixa de crédito agrícola mútuo constitui fundamento para o Banco de Portugal recusar o respectivo registo ou o conceder no caso de este já ter sido efectuado.

II- A determinação do sentido de um conceito que, por opção do legislador, envolve uma definição normativa imprecisa, como sucede em relação ao conceito (vago ou indeterminado) de idoneidade, corresponde ao exercício de um poder vinculado, e não discricionário, porque só há uma interpretação correcta da lei.

IV - Para o preenchimento do conceito indeterminado “falta de idoneidade”, a Administração deve atender às circunstâncias indiciadoras exemplificativamente enumeradas no artº 30º, nº 3, do RGICSF, aprovado pelo DL nº 298/92, de 31/12, onde é sempre exigido uma condenação por sentença judicial, ou a quaisquer outras que revistam uma gravidade análoga.

V – Embora os factos imputados ao recorrente possam consubstanciar infracções às regras legais ou regulamentares que regem a actividade das instituições de crédito, ou a prática de crime de administração danosa, não devem elas ser subsumidas nas als. c) ou d) do citado artº 30º, nº 3, dado que, antes do acto impugnado, não existia uma condenação por sentença judicial.

VI – Exigindo a lei, quanto aos referidos factos, que haja uma sentença

condenatória, tem de se entender que não revestem gravidade análoga as situações em que esses factos não foram objecto de tal sentença, pois a expressa intenção do legislador foi a de só considerar a decisão judicial condenatória facto revelador da falta de idoneidade.”.

3.3 A não perda de idoneidade no caso vertente segundo os critérios ou filtro de apreciação da idoneidade

I-Se tivermos presente que *declarar a falta de idoneidade como fundamento de recusa do registo significa declarar a incapacidade de um cidadão para exercer a sua profissão, a norma em causa deve ser interpretada restritivamente por força do art. 18º da Constituição da República Portuguesa.*

De acordo com os factos constantes da carta de resposta ao ofício do Banco de Portugal, este só pode continuar a aceitar a inscrição do Administrador indigitado no registo e assim cumprir *o princípio da legalidade* da restrição aos direitos fundamentais da pessoa (art. 18º da Constituição), *não afectando infundadamente a capacidade e liberdade de auto-determinação da pessoa em causa.*

II-No sentido da *redução do grau de discricionariedade da autoridade competente e do próprio legislador nacional veio dispor a Directiva 2007/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, ao introduzir critérios pormenorizados para a avaliação prudencial da proposta ou projecto de aquisição qualificada e do correspondente procedimento de aplicação, a fim de garantir a necessária segurança jurídica, clareza e previsibilidade, que para o efeito introduziu os arts. 19º-A e 19º-B na Directiva 2006/48/CE, transposta na redacção actual dos arts. 102º e 103º do RGICSF.*

A matéria está hoje contida nos arts. 22º a 24º da Directiva 2013/36/UE, grosso modo coincidente com a revogada Directiva 2006/48/CE na redacção dada pela Directiva 2007/44/CE. Mas acentua-se na novel Directiva 2013/36/EU a restrição do "spatium deliberandi" dos legisladores e das autoridades nacionais competentes, ao avaliar a idoneidade dos membros do órgão de administração nos termos previstos no art. 91º (ex vi do art. 23º, n.º1, als. a) e b)). E no art. 91º, n.º 12, atribui à EBA- Autoridade Bancária Europeia o poder de emitir orientações sobre, inter alia, "as noções de honestidade, integridade e independência de espírito de um membro do órgão de administração" "até 31 de Dezembro de 2015".

4. Liberdade e licitude de conselhos, recomendações ou informações

I-Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte (art. 485º, n.º1, do Código Civil).

É o bom princípio geral de uma sociedade que quer ser uma comunidade – comum unidade —, com espírito de entreajuda e solidariedade. De outro modo, ninguém estaria disponível para dar um conselho, uma recomendação ou informação a quem quer que fosse.

*É natural, pois, que um amigo possa e tenha gosto em dar sugestões, conselhos ou informações a outro amigo. E não é a circunstância de ser Administrador ou Presidente Executivo de um Banco que o priva dessa liberdade fundamental. Seria uma "capitis deminutio" injustificada...fora de casos excepcionais como a proibição de *insider trading*.*

II -Se o conselho de amigo de longa data de ir para Angola e não para a Bulgária exercer a profissão no sector imobiliário que exercia em

Portugal se revelou certo e propiciou resultados lucrativos no exercício dessa profissão, nada impede a *liberalidade* feita ao amigo. Não tinha esse dever, por contrato ou por lei: o conselho havia sido dado por amizade, sem vínculo jurídico algum, muito menos ao abrigo de contrato de consultoria para investimento (arts. 294º e 301º do Código dos Valores Mobiliários).

Se o conselho dado se tivesse revelado um mau conselho, com efeitos prejudiciais para o aconselhado, não teria este o direito de indemnização contra o autor do conselho, salvo se o procedimento do agente constituísse facto punível criminalmente (art. 485º, n.º 2, do Código Civil).

III-E como a liberalidade foi por conselho dado a título pessoal, fora do exercício das funções e por causa das funções de administrador bancário, não se vê por que razão censurar a sua aceitação, muito menos que possa constituir factor relevante na decisão de registo sob o prisma da idoneidade necessária a uma gestão sã e prudente da instituição de crédito: *a aceitação da liberalidade passa no crivo da idoneidade necessária (art. 30º do RGICSF), em razão do que não pode servir de fundamento de recusa do registo pela sua perda superveniente (em relação a mandatos anteriores de mais de vinte anos de comprovada gestão sã e prudente) ou perda de honorabilidade e integridade da pessoa em causa.*

5. Liberalidade conforme o Código de Conduta do grupo bancário

Do mesmo modo, a liberalidade aceita pela pessoa em causa não viola em nada o Código de Conduta do grupo, justamente por ser totalmente alheia à actividade profissional de Administrador do grupo.

Com efeito, o Código de Conduta proíbe (nº 3.5): *A aceitação de "qualquer tipo de remuneração ou comissão por operações efectuadas em*

nome do grupo, bem como obter de outro modo proveito da posição hierárquica ocupada;

A aceitação por Colaborador de presentes, convites, favores ou benefícios semelhantes (as “ofertas”), desde que tais ofertas se relacionem com a sua actividade profissional no grupo”:

In casu, a “oferta” não se relaciona com a actividade profissional do grupo nem é produto ou efeito de qualquer acto praticado como administrador: foi feita em atenção aos resultados lucrativos do exercício da actividade imobiliária em Angola, na sequência do conselho ou sugestão dado desinteressadamente pelo amigo – amigo que o dissuadiu de ir para a Bulgária – fora do exercício e por causa do exercício das suas funções de administrador.

Conclusões

De tudo o que se explanou resultam as seguintes conclusões:

I - O acesso à actividade bancária necessita de autorização e registo;

II- Uma das condições de autorização repousa na qualidade de dirigentes e sócios com participação qualificada, devendo estas pessoas possuir a idoneidade necessária para uma gestão sã e prudente;

III- A idoneidade deve ser apreciada pelo Banco de Portugal à luz da finalidade preventiva de uma gestão sã e prudente e dos critérios referidos no art. 30º, n.º2, do RGICSF;

IV- O poder do Banco de Portugal está vinculado a esses critérios, com o que isso implica de falta ou diminuta discricionariedade na apreciação da idoneidade;

V- Poder vinculado esse reforçado pelo n.º 3 do mesmo art. 30º do RGICSF, indícios de falta de idoneidade exemplificados (mas) que são todos certos e seguros porque condenações judiciais, mesmo assim com admissão de prova em contrário de acordo com a regra geral das presunções relativas ou *iuris tantum* (art. 250º, n.º2, do Código Civil);

V- É a esta luz de poder vinculado que o Banco de Portugal pode atender a outras circunstâncias (semelhantes ou análogas às exemplificadas no n.º 3 do art. 30º) no controlo da idoneidade, em nome de uma interpretação restritiva das normas que comprimam direitos fundamentais (art. 18º da Constituição);

JOÃO CALVÃO DA SILVA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra
PORTUGAL

VI- A não perda de idoneidade do Administrador em causa segundo os critérios ou filtros de apreciação referidos no art. 30º;

VII- Liberdade e licitude de conselhos, recomendações ou informações como princípio geral do ordenamento jurídico português (art. 485º, n.º1, do Código Civil);

Tal o meu parecer

Coimbra, Novembro de 2013

João Calvão da Silva