

PEDRO MAIA
Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra
Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra

My.

PARECER JURÍDICO

ÍNDICE

ÍNDICE	2
CONSULTA	3
PARECER	4
Nota prévia	4
1. Enquadramento, na ordem jurídica, dos requisitos legais para o desempenho de cargos de administração em instituições de crédito.....	5
2. O conceito de idoneidade no âmbito do art. 30º RGICSF.....	9
3. O negócio celebrado com José Guilherme e a idoneidade de Ricardo Salgado	15
4. A (ir)relevância do Código de Conduta do BES e da sua observância para efeitos de aferição de idoneidade	17
CONCLUSÕES	23

CONSULTA

Tendo em conta o ofício do Banco de Portugal de 05 de Novembro de 2013, dirigido ao Exmo. Senhor Dr. Ricardo Salgado, os pedidos de informação e esclarecimentos nele constantes, bem como os factos descritos na carta de resposta àquele Regulador, de que me foi dado conhecimento prévio, pergunta-se se pode estar atingida a idoneidade exigida por lei para o exercício de cargos de administração de instituições de crédito.

PARECER

Nota prévia

O presente estudo assenta nos factos apresentados por Ricardo Salgado na carta que dirige ao Banco de Portugal, em resposta às solicitações que o Regulator lhe fizera por ofício de 5 de Novembro de 2013.

Embora este ofício não o mencione expressamente, as indagações respeitam a factos que podem afectar o juízo que o Banco de Portugal efectuará sobre a *idoneidade* de Ricardo Salgado para o exercício de tais funções, com vista ao registo como titular de cargos de administração de várias sociedades do grupo BES.

Nisto consistirá o núcleo da nossa análise: apreciar em que medida os factos apresentados podem ser tomados em conta, *em sede de registo*, para o juízo do Banco de Portugal acerca da *idoneidade* de Ricardo Salgado para o exercício de funções de administração em instituições de crédito.

1. Enquadramento, na ordem jurídica, dos requisitos legais para o desempenho de cargos de administração em instituições de crédito

O art. 30º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 126/2008, de 21 de Julho, exclui do exercício de cargos de administração e fiscalização destas instituições as pessoas “cuja idoneidade e disponibilidade [não] deem garantias de gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição”¹.

Excluindo do exercício de cargos de administração e fiscalização pessoas que, à luz da lei geral — mormente, à face do Código das Sociedades Comerciais —, poderiam ser designadas ou eleitas para tais funções, o RGICSF

- (i) constitui um *limite à autonomia privada dos accionistas*, porque impede que os accionistas da instituição de crédito escolham *livremente* quem assumirá as funções de administração e de fiscalização;
- (ii) constitui uma *restrição a um direito fundamental*, que é a liberdade de exercício de profissão (art. 47º CRP), porque inibe pessoas singulares de exercerem livremente a profissão de gestor ou fiscal de uma instituição de crédito.

¹ O requisito de idoneidade, oriundo do direito britânico (*fit and proper*), tem-se generalizado e sido apresentado como um dos pontos em que a actividade de regulação assenta. Sobre a matéria, vide, por exemplo, ROSS CRANSTON, *Principles of banking law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 82ss, em esp. 86, e o Relatório da OCDE *Corporate Governance and financial crisis: key findings and main messages*, June 2009, (disponível em <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/43056196.pdf>).

My.

Não estando em causa fazer aqui um juízo a respeito da *constitucionalidade* da limitação imposta², não pode deixar de se ter presente, em sede de *interpretação* e de *aplicação daquele preceito*, que ele consubstancia uma *restrição* à liberdade de exercício de profissão, que goza de tutela jurídico-constitucional. É que desta circunstância decorre a aplicação dos chamados “limites dos limites” ou “restrições às restrições”³ de direitos fundamentais, de que importa destacar, com especial relevo no caso, a *exigência de cumprimento de um requisito formal* — só por *lei da Assembleia da República* ou por *decreto-lei autorizado* a restrição pode fazer-se — e observância do *princípio da proibição do excesso* (art. 18º, nº 2, CRP) — a restrição tem de ser *adequada, necessária e proporcional*⁴.

Esta nota é tão mais importante quanto se trata de um mecanismo inibidor do exercício da profissão que não tem carácter *sancionatório*, por não assentar, sequer, numa actuação pretérita e culposa da pessoa. Com efeito, é particularmente relevante sublinhar que a eventual inibição de ocupar, por exemplo, um cargo de administração não tem, no âmbito do art. 30º RGICSF, um carácter *sancionatório*, antes se apresenta como um *mecanismo meramente preventivo*, dissociado da (prévia) violação de quaisquer deveres que a lei prescreva a quem exerce cargos de administração ou de fiscalização numa

² Constitucionalidade, desde logo, *orgânica*, visto que o Decreto-Lei nº 126/2008 não foi autorizado pela Assembleia da República (o Governo decretou ao abrigo da alínea a) do nº 1 do art. 198º da Constituição), como haveria de ter sido, dado os direitos, liberdades e garantias serem matéria sujeita a reserva relativa de competência legislativa do Parlamento (art. 165º, nº 1, al. b), CRP).

³ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed. (14ª reimp.), Almedina, Coimbra, 2003, pp. 451ss.

⁴ Cfr., por todos, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 451.

instituição de crédito. O mecanismo consagrado no art. 30º RGICSF não visa *penalizar* quem violou deveres legais (ou estatutários) no exercício de funções de administração ou de fiscalização de uma instituição de crédito, antes visa *prevenir* um conjunto de eventuais danos que de tal exercício futuro pudesse advir.

O não exercício de cargos de administração e de fiscalização pode assumir, é certo, esse carácter *sancionatório*, mas apenas nos termos dos art. 212º, nº 1, c), RGICSF, enquanto *sanção acessória* pela prática de infracções previstas nos arts. 210º e 211º RGICSF. Ligada à prática de tais infracções, pode haver lugar ainda a uma medida de *suspensão preventiva* (art. 216º), mas sempre no quadro de um *processo de ilícito de mera ordenação social*.

O confronto com este regime e com as garantias que ele oferece ao arguido ajuda a enquadrar a *interpretação e aplicação* do mecanismo consagrado no art. 30º, em articulação com o art. 69º, nº 5. De facto, mesmo nos casos de sanções mais graves, a lei impõe um *limite temporal* à sanção de inibição de exercício de cargos sociais — seis meses a três anos, ou um a dez anos (art. 212º, nº 1, al. c)) —, pelo que o mecanismo do art. 30º, utilizado *sem rigor, nem critério*, poderia transformar-se, na prática, numa inibição (sem limite temporal máximo, sem contraditório, sem atenuantes, etc.) de exercício de cargos sociais em instituições de crédito. A invocação da jurisprudência do Tribunal Constitucional relativamente à inabilitação da pessoas condenadas por insolvência culposa⁵ — consagrada no

⁵ Acórdão nº 564/200 (Relator Sousa Ribeiro), Proc. Nº 230/07, 2ª secção.

A aproximação que JOSÉ MARIA PIRES, *Direito bancário*, 1º volume, Rei dos Livros, Lisboa, 1994, p. 71, efectua entre o regime da idoneidade e a inibição do falido justifica-se, mas, ao invés da conclusão do autor — que vai no sentido de justificar aquele como um acréscimo deste —, deve,

art. 189º, nº 2, al. b), CIRE — tem aqui plena validade: é inconstitucional, por inadequada e excessiva, a sanção da inabilitação. E importa notar que se tratava ali de uma sanção fundada numa *actuação culposa* da pessoa e de uma sanção com uma duração *limitada no tempo*. Ora, a aplicação do requisito da idoneidade, uma vez que esta não se reporta a uma actuação culposa da pessoa, nem está prevista uma limitação temporal, poderia ter implicações ainda mais atentatórias do direito fundamental.

No final, chegar-se-ia a um resultado *incompreensível*: quem tivesse violado, comprovadamente, até de forma grave, os seus deveres no exercício de um cargo social só poderia ser inibido durante um período de 10 anos; mas quem não tivesse violado tais deveres, nem tivesse, tão-pouco, sido condenado pela prática de infracções à lei, sujeitar-se-ia a um *perpétuo e isento de controlo* afastamento do exercício de tais cargos, sob a invocação de o sujeito não reunir os requisitos de idoneidade exigidos pelo art. 30º.

O facto de o art. 30º RGICSF introduzir uma *restrição* a um *direito fundamental* impõe, pois, que a norma seja sujeita a uma *interpretação restritiva* e, ainda, a uma *interpretação conforme com a Constituição*: dentro do *espaço de decisão*, quer dizer, dentro do sentido que o enunciado legal comporta, há-de escolher-se o que ressalve a sua conformidade com a Lei Fundamental⁶.

antes, concluir-se que os limites constitucionais reconhecidos pelo Tribunal Constitucional a este se não-de aplicar também àquele.

⁶ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 1227.

Concluído este enquadramento a respeito do art. 30º, que nos permitiu estabelecer a sua relação com um *direito fundamental* e fixar o seu *carácter não-sancionatório*, entremos na análise e interpretação do preceito.

2. O conceito de idoneidade no âmbito do art. 30º RGICSF

O art. 30º tem uma *função preventiva*, conforme decorre do próprio enunciado legal: “entre outras circunstâncias atendíveis, cuja relevância o Banco de Portugal apreciará à luz das *finalidades preventivas do presente artigo...*” (nº 3 do art. 30º; o itálico é nosso). O carácter *preventivo* da norma conjuga-se com a *exclusão da sua natureza sancionatória*: o núcleo do preceito e a *ratio* do seu regime não reside em *penalizar* o sujeito pelo seu *comportamento passado*, mas sim em *prevenir* que seja prejudicado o interesse público *no futuro*.

O fim da norma consiste, justamente, na *tutela do interesse público* — que, de resto, constitui o fundamento imprescindível para a limitação ao direito fundamental à liberdade de escolha de profissão —, interesse público esse que reside na “segurança dos fundos confiados à instituição” (nº 1), na “preservação da confiança do mercado” (nº 2). Como veículo para a prossecução destes interesses, a lei impõe uma “gestão sã e prudente”⁷.

⁷ No sentido de que a exigência da idoneidade “procura acautelar a capacidade para [os administradores] assegurarem uma gestão sã e prudente”, vide PAULO CÂMARA, “O governo societário dos bancos – em particular, as novas regras e recomendações sobre remuneração na banca”, in *O novo direito bancário*, coord. Paulo Câmara, Almedina, Coimbra, 2012, p. 153. A respeito do interesse público na actividade bancária, vide, por exemplo, ANTÓNIO PEDRO FERREIRA, *Direito bancário*, 2ª ed., Quid juris, Lisboa, 2009, pp. 303ss., e PAULO CÂMARA, “O governo dos bancos”, in *O*

My

Uma vez que a “idoneidade” serve a tutela dos referidos interesses públicos, — e só é (*só pode ser!*) exigida *se e na medida* em que se mostre necessária à tutela de tais interesses, dado restringir um direito fundamental —, o conceito assume um carácter *funcional*: não se trata de “idoneidade” apreciada, abstractamente, num contexto social, moral, ético, etc., mas sim *enquanto pressuposto de uma “gestão sã e prudente” que previna a “segurança dos fundos confiados à instituição”*. A idoneidade exigida aos administradores de uma instituição de crédito não se confunde com a imposição de um “modelo de virtude” ou um “exemplo social” no plano moral ou ético. Trata-se, apenas, de prevenir a lesão *futura* do interesse público, tendo em conta determinados elementos do *passado* do sujeito. A idoneidade serve de ponte entre o *passado* — que se conhece — e o *futuro* — que se pretende prevenir —, assentando, portanto, numa *inferência*: a de que determinado tipo de *actuação passada* se poderá repetir *no futuro*, pondo em causa o interesse público. Não estando em causa a *sanção* de um comportamento passado, a idoneidade não se determina em função do comportamento passado, mas apenas na medida em que possa inferir-se desse *comportamento passado* o *risco de lesão futura* do interesse público identificado na norma: de outro modo, o assumido carácter *preventivo do preceito* — é a própria lei que o determina — seria substituído por um *carácter repressivo* ou *sancionatório*. Em palavras simples, com a exigência de idoneidade não se visa apreciar o que o sujeito *fez*, mas sim o risco do que ele *venha a fazer*.

Na função que desempenha no art. 30º, a idoneidade não é, pois, um conceito de conteúdo *retrospectivo*, que se determine apenas em função de *factos passados*, antes incorpora, necessariamente, um *elemento prospectivo*, que projecte e meça o risco de *comportamento futuro* da pessoa.

Note-se, porém, que o risco de, no futuro, uma pessoa vir a violar as regras de uma gestão sã e prudente existe sempre, pois não pode, relativamente a quem quer que seja, tomar-se como *absolutamente certo* o cumprimento futuro de todas as regras e padrões de conduta que a lei lhe imponha. A idoneidade não assenta, pois, no *mero risco abstracto* de, no futuro, vir a ocorrer uma violação de deveres, mas sim num *risco acrescido* ou até na *probabilidade* de o administrador se desviar de uma gestão sã e prudente. A esta luz se compreende que o legislador tenha estabelecido como critério geral de aferição da idoneidade *não factos isolados, soltos*, mas sim *actuações reiteradas* ou *continuadas*, que permitam estabelecer *padrões de conduta* do sujeito:

- (i) “o modo como a pessoa gere *habitualmente* os negócios ou exerce a profissão”;
- (ii) “a *tendência* para não cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado”.

Daqui decorre que a *idoneidade* — que constitui, essencialmente, um juízo *prospectivo* — tem como base um *padrão de conduta* ou a *reiteração* de determinados actos no *passado*. Para se poder inferir que existe o *risco acrescido*

ou a *probabilidade de, no futuro*, a actuação do sujeito vir a lesar o interesse público — e assim se concluir que o sujeito não tem idoneidade para exercer um cargo social numa instituição de crédito — é necessário encontrar na actuação passada do sujeito uma *base consistente* que permita essa inferência. A restrição ao direito fundamental de exercício de profissão não pode, sob pena de inconstitucionalidade, assentar numa mera *possibilidade*, numa vaga *eventualidade* de o sujeito, repetindo tipos de conduta ou a prática de determinados actos, vir a lesar o interesse público.

Em face do próprio enunciado legal, esse fundamento não prescinde de um factor *quantitativo*, expresso, nos termos que já referimos, no nº 2, através das expressões “habitualmente” e “tendência para...”.

Sem prescindir dessa referência, a lei apresenta, no nº 3, um conjunto de *indícios* de falta de idoneidade⁸. Note-se que *não se trata de uma qualificação automática de falta de idoneidade*, mas sim de *indícios* que, conforme a lei expressamente sublinha, constituem, entre outras, “circunstâncias atendíveis” para a apreciação da idoneidade do sujeito⁹. E, tendo em conta o carácter *funcional* e

⁸ A técnica adoptada apresenta inconvenientes quanto à segurança e certeza na aplicação do direito, mas da apreciação dos méritos do regime legal que curamos aqui (v., no entanto, ANTÓNIO DE JESUS PEDRO, *Instituições de crédito e sociedades financeiras. Regime geral anotado*, Ediforum, Lisboa, 1994, p. 77).

⁹ Aparentemente, em sentido contrário, vide FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, “Governo das sociedades bancárias, deveres dos administradores e supervisão”, in *II Congresso Direito das Sociedades em revista*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 238 (mas, na sua análise, o Autor desconsidera, por completo, o direito fundamental ao exercício de profissão que o art. 30º restringe, apontando, aparentemente, para soluções que o direito constitucional não poderia em nenhum caso comportar: por exemplo, a de um administrador de uma qualquer sociedade, que fruto de um desastre natural se tornasse insolvente, ficar perpetuamente impedido do exercer funções de administração ou fiscalização numa instituição de crédito, ao abrigo da aplicação *automática* do art. 30º, nº 3, al. a), RGICSF como causa de perda de idoneidade!). Parece a todas as luzes evidente que os indícios constantes das alíneas a) a c) do art. 30º, nº 1, *não podem determinar automaticamente* a falta de idoneidade e o conseqüente impedimento de exercício das funções.

M

prospectivo do conceito, tais *indícios* terão de projectar-se sobre a actuação futura do sujeito, permitindo concluir que deixam de existir "garantias de gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição". Justamente porque o conceito de idoneidade no art. 31º, nº 1, é *funcional*, o nº 3 do preceito, apresentando indícios de falta de idoneidade, *não determina, por si só, o impedimento para o exercício da actividade*: são "circunstâncias atendíveis", quer dizer, são circunstâncias que, qualificadas directamente como indícios de falta de idoneidade, terão ainda de passar por um juízo "à luz das finalidades previstas" na norma, para obstarem ao exercício de cargos sociais na instituição de crédito.

Nem poderia ser de outro modo. Desde logo, atenta a necessidade de interpretação restritiva a que a norma, consubstanciando uma restrição a um direito fundamental, está sujeita, Mas também porque, não tendo sido inscrita na redacção dos indícios das alíneas a) a c) qualquer *limite ou critério de ponderação*, é inevitável concluir que essa ponderação se há-de fazer ao abrigo do critério geral. De facto, caso as circunstâncias referidas nas alíneas do nº 3 determinassem, *automática e necessariamente*, a falta de idoneidade, então a declaração de insolvência, a condenação por um dos crimes previstos na al. b), ou a condenação pela prática de uma das infracções referidas na al. c), teriam um *efeito de impedimento perpétuo* para o exercício de cargos de administração ou fiscalização numa instituição de crédito. Uma vez declarada insolvente ou condenada, a pessoa sempre estaria sujeita ao indício do nº 3 e, portanto, sempre permaneceria impedida de assumir funções de administração ou fiscalização em instituição de

crédito. Seria constitucionalmente inaceitável, porque violador do princípio da proporcionalidade e da necessidade, que, por exemplo, uma declaração de insolvência ou uma qualquer condenação por infracção regulamentar prevista na al. c) determinassem uma inibição *perpétua* para o exercício de cargos de administração ou fiscalização em instituições de crédito.

A esta luz se compreende que o Decreto-Lei nº 126/2008 tenha suprimido a referência que a anterior alínea *d)* do nº 3 continha à “gravidade” e “reiteração” das infracções. Na verdade, a redacção anterior permitia a interpretação de que somente os indícios de falta de idoneidade referidos na alínea *d)* — a que corresponde, no essencial, a al. *c)* actual — estavam sujeitos a uma ponderação que considerasse a *gravidade* e a *reiteração* do comportamento e, portanto, *a contrario*, os restantes indícios operavam automaticamente.

Ora, a nova redacção dada ao nº 3, suprimindo essa referência numa das alíneas, acrescentou, no prómio da norma, a menção expressa a que o Banco de Portugal apreciará a respectiva “relevância(...) à luz das finalidades preventivas” do preceito. Isto é: em vez de somente um dos indícios ficar expressamente sujeito a um juízo valorativo *à luz das finalidades da norma*, todos os indícios estão, em face da nova redacção, expressamente sujeitos a essa ponderação.

O carácter da norma, que constitui uma restrição a um direito fundamental, agravado pela circunstância de os termos usados nas alíneas *a)* a *c)* do nº 3 do art. 30º serem extremamente amplos, não permite dispensar, de modo nenhum, um juízo valorativo, *à luz da ratio da norma* e tendo em conta os *ditames constitucionais*.

3. O negócio celebrado com José Guilherme e a idoneidade de Ricardo Salgado

A indagação efectuada pelo Banco de Portugal no officio de 05 de Novembro de 2013 respeita ao processo de registo de Ricardo Salgado como titular de cargos de administração em diversas sociedades do grupo Espírito Santo. Efectivamente, por força do disposto no art. 69º, nº 5, RGICSF, constitui fundamento de recusa do registo por parte do Banco de Portugal, “a falta de idoneidade, experiência, ou disponibilidade dos membros do órgão de administração ou fiscalização”. Nesta averiguação, o Banco de Portugal solicitou informações a respeito da relação de Ricardo Salgado com José Conceição Guilherme, mormente a respeito da transferência, por este em benefício daquele, de uma quantia de 8,5 milhões de euros.

De acordo com os esclarecimentos prestados na carta de resposta dirigida por Ricardo Salgado ao Banco de Portugal, a transferência efectuada respeita a uma relação do *foro pessoal* e nada tem que ver nem com o exercício de uma actividade profissional, nem com o desempenho de cargos sociais por parte de Ricardo Salgado. Fixada na *esfera pessoal* e não tendo dado lugar a condenação pela prática seja de que crime for, nem integrando nenhum dos padrões de conduta ou de actuação a que o art. 31º, nº 2, se refere, *é certo* que a referida transferência não afecta a idoneidade exigida pelo art. 31º, nº 1, para o exercício de cargos de

administração em instituições de crédito. À luz da *ratio* da norma, *é certo* que o facto em apreço não diminui as “garantias de gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição”, pois não se vislumbra, sequer em abstracto, em que medida ou de que forma a aceitação de uma liberalidade no âmbito de uma relação pessoal poderia valer, *prospectivamente*, como factor que aumentasse o risco ou tornasse até provável que a pessoa não irá, no futuro, efectuar uma gestão sã e prudente do banco.

Mas atrevemo-nos a afirmar que, *mesmo que assim não fosse*, isto é, mesmo que, conforme o Banco de Portugal implicitamente sugere, se tratasse do “pagamento de serviços de consultoria”, nem por isso se poderia daí concluir pela falta de idoneidade de Ricardo Salgado para efeitos do disposto no art. 30º RGICSF.

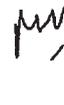
Na verdade, conforme escrevemos antes, este preceito constitui uma restrição a um direito fundamental e deve ser sujeito, por conseguinte, a uma *interpretação restritiva*. Acresce que a norma não tem um carácter sancionatório, mas sim *preventivo*, justificando-se o impedimento apenas *se e na medida em que* os factos *passados* respeitantes à pessoa consubstanciem um *risco acrescido de lesão futura do interesse público* mediante a sua actuação enquanto membro dos corpos sociais da instituição de crédito. Quer dizer: a falta de idoneidade constitui um obstáculo ao exercício do cargo *se e apenas se* os factos *passados* permitirem concluir que, no futuro, a pessoa poderá não efectuar uma gestão sã e prudente da instituição de crédito. Ora, perguntar-se-á: mesmo que Ricardo Salgado tivesse prestado “serviços de consultoria” a José Conceição Guilherme, poder-se-ia daí inferir — e a idoneidade a que o art. 31º respeita constitui, conforme vimos, uma

inferência — que, no futuro, Ricardo Salgado já não asseguraria uma “gestão sã e prudente”?

Parece-nos evidente que a resposta tem de ser *negativa*. A apreciação e o juízo que, para efeitos do art. 30º, há-de fazer-se cingem-se à relação que *factos passados, padrões de conduta e de actuação* respeitantes à pessoa possam ter com o *risco de, no futuro, ela não vir a efectuar uma gestão sã e prudente*. O art. 30º não serve para impedir que alguém ocupe o cargo de administrador de uma instituição de crédito por se entender que a sua *imagem* se encontra prejudicada, ou que no *plano moral, ético, social, cívico* ou o que quer que seja, a pessoa deveria ter agido de outro modo. O impedimento ao exercício livre de profissão nesses termos tornaria o preceito seguramente *inconstitucional e nula* qualquer decisão do Banco de Portugal que nela assentasse. E, ademais, atraiçoaria a *ratio* da norma, que visa apenas prevenir a gestão sã e prudente da instituição e preservar a confiança do mercado.

4. A (ir)relevância do Código de Conduta do BES e da sua observância para efeitos de aferição de idoneidade

No ofício de 05 de Novembro de 2013, o Banco de Portugal solicita informação respeitante aos “normativos internos em vigor” nas instituições de que Ricardo Salgado é administrador, designadamente a respeito da “prestação deste



tipo de serviços por parte de membros dos seus órgãos sociais pessoalmente ou através de entidade que dominem directa ou indirectamente.

Uma vez que o referido officio respeita, conforme pode ler-se no respectivo “assunto”, ao “registo especial - órgãos sociais”, pode deduzir-se que, implicitamente, o Banco de Portugal pretende atribuir alguma relevância ao cumprimento de tais “normativos internos” em sede de registo. O que significa que, implicitamente, se admite que a violação de tais “normativos internos” possa conduzir à recusa do registo, o que só poderá acontecer caso tal violação determine a “a falta de idoneidade, experiência, ou disponibilidade dos membros”. Na verdade, estes são os casos em que, não padecendo a deliberação de eleição de uma invalidade própria ao abrigo do regime societário geral — por exemplo, por vício de procedimento —, o registo pode ser recusado, ao abrigo do disposto no art. 69º, nº 5, RGICSF.

Coloca-se, assim, a questão de saber se a (eventual) violação de “normativos internos” da instituição de crédito pode determinar a perda de idoneidade e a consequência inibição de exercício de cargos de administração ou fiscalização. A resposta é, evidentemente, *negativa*.

Começamos por esclarecer que os “normativos internos” a que se refere o officio deverão ser os *códigos de conduta*, adoptados pelas instituições de crédito no cumprimento da determinação do art. 77º-B RGICSF.

Tais Códigos de Conduta, mesmo que se situem no plano jurídico — mas a sua natureza jurídica tem sido discutida¹⁰ —, não relevam *de certeza*, ao menos de forma directa, para a determinação da idoneidade da pessoa com vista à aplicação do art. 30º. A razão é evidente: uma vez que a idoneidade é um requisito *geral* que respeita à própria pessoa — seja qual for a instituição de crédito em que tenha exercido funções ou em que pretenda vir a exercê-las —, não pode a idoneidade aferir-se em função do Código de Conduta de uma determinada instituição de crédito e das (eventuais) obrigações que ele estabeleça. Em si mesma, a violação de normas de conduta de uma determinada instituição de crédito não pode afectar a idoneidade da pessoa para ser membro de qualquer outra instituição de crédito: os códigos de conduta de cada instituição de crédito não podem produzir um efeito, diríamos, *erga omnes* de tornar os “infractores” inidóneos para o exercício das cargos de administração ou fiscalização de todas as outras instituições.

E tanto basta para concluir que os Códigos de Conduta, enquanto “normativos *internos*” — sublinhámos o adjectivo “internos” por ele evidenciar a essência da natureza de tais Códigos —, não produzem um efeito *externo* e *absoluto* de retirar idoneidade a quem os viole e muito menos determinam o impedimento de exercício de funções de administração ou fiscalização em instituições de crédito. Directamente, a violação dos “normativos internos”

¹⁰ Uma análise do relevo jurídico dos códigos e normas de conduta, que não acompanhamos, pode ver-se em ARMINDO SARAIVA MARTINS, “Códigos e normas de conduta”, in *Direito bancário - actas do Congresso Comemorativo do 150º aniversário do Banco de Portugal*, Coimbra editora, 1997, pp. 133ss., e AUGUSTO DE ATHAYDE, *Curso de direito bancário*, vol. I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 391s. No sentido de que as normas de conduta do RGICSF constituem meras regras programáticas e de enquadramento, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito bancário*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 321. Vide, ainda, ANTÓNIO PEDRO FERREIRA, *Direito bancário*, cit., pp. 429ss.

My.

projecta-se apenas na *relação interna*, isto é, entre a pessoa e a respectiva instituição de crédito.

A violação do Código de Conduta poderá, sim, contribuir para a perda de idoneidade, mas de forma *indirecta*. De facto, caso se constate, a partir da inobservância dos Códigos de Conduta, que a pessoa tem uma "tendência para não cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado", então pode, ao abrigo do art. 30º, nº 2, *in fine*, concluir-se pela falta de idoneidade. Mas, sublinhe-se, esta conclusão não resulta da violação, enquanto tal, de uma determinada regra de conduta, mas apenas enquanto facto que revele uma "tendência" da pessoa: uma tendência para não cumprir as suas obrigações. O que significa que, em última instância, o que importaria indagar não é se a pessoa violou, alguma vez, determinada regra de conduta fixada no "normativo interno", mas sim se a pessoa, tendo-o feito, revela uma *tendência* para violar os seus deveres ou para ter comportamentos que afectem a confiança do mercado.

Ora, a simples circunstância de estar em causa um único acto — a alegada "prestação de serviços" a José Conceição Guilherme — impede que daí possa retirar-se que Ricardo Salgado tem "*tendência* para não cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado".

E tanto basta para se poder afirmar que, na aferição da idoneidade da pessoa para ocupar cargos de administração em instituições de crédito, é irrelevante saber se, em dado momento, se verificou *uma* violação de determinada

regra de conduta interna estabelecida por uma instituição de crédito. Ou seja, para o processo de registo em concurso é irrelevante saber se Ricardo Salgado, ao receber de José Guilherme a quantia de 8,5 milhões de euros, violou algum “normativo interno” do Banco: é que, mesmo que o recebimento daquela quantia constituísse uma violação do Código de Conduta do BES, tal facto seria irrelevante para a aferição da idoneidade ao abrigo do art. 30º e, por conseguinte, seria também irrelevante como fundamento de recusa do registo pelo Banco de Portugal (art. 69º, nº 5, RGICSF).

Esta conclusão é confortada, em definitivo, pelo facto de o art. 30º constituir uma restrição a um direito fundamental. Na verdade, se fosse de entender que a violação dos “normativos internos” das instituições de crédito determina, directamente, a perda de idoneidade, então ter-se-ia de concluir que, através dos Códigos de Conduta, entidades privadas gozavam do poder de restringir direitos fundamentais: o administrador *A*, tendo violado o Código de Conduta do Banco *B*, perderia idoneidade para o exercício de funções de administração ou fiscalização *nessa ou em qualquer outra instituição de crédito*. Obviamente, um tal efeito, seria contrário à Constituição e não poderia ser tolerado.

Não podendo a violação do Código de Conduta afectar, directamente, a idoneidade para o exercício do cargo de administrador de uma instituição de crédito, constata-se, ademais, que, tendo em conta a explicação apresentada por Ricardo Salgado na carta que dirigiu ao Banco de Portugal, não existiu, sequer, violação do referido Código de Conduta.



Efectivamente, não se vislumbra na relação de *carácter pessoal* que Ricardo Salgado tem com José Guilherme e no âmbito da qual este doou àquele determinada quantia em dinheiro a existência de um *conflito de interesses*, em qualquer das modalidades referidas no ponto 3.5. do Código de Conduta do Grupo Banco Espírito Santo: como não podia deixar de ser, o Código de Conduta não afecta nem impede a *actuação livre da esfera pessoal* dos colaboradores do Grupo BES, pelo que, colocando-se a referida doação estritamente nesse plano, fica excluída das regras daquele Código.

CONCLUSÕES

De todo o exposto, ressaltam, como principais, as seguintes conclusões:

1ª — O art. 30º RGICSF constitui um *limite à autonomia privada dos accionistas* de uma instituição de crédito e uma *restrição ao direito fundamental de liberdade de escolha de profissão* (art. 47º CRP).

2ª — A exigência de idoneidade estabelecida na lei tem, por conseguinte, de se sujeitar a uma *interpretação em conformidade com a Constituição e restritiva*, justamente por estar em causa uma restrição a um direito fundamental.

3ª — A exigência de idoneidade tem uma *função preventiva*, fixada à luz da *ratio* do art. 30º RGICSF — assegurar uma gestão sã e prudente da

instituição de crédito —, e *não uma função sancionatória* — divergindo, por isso, em absoluto, da sanção acessória prevista no art. 212º, nº 1, al. c), RGICSF: o núcleo do preceito e a *ratio* do seu regime não reside em *penalizar* a pessoa pelo seu *comportamento passado*, mas sim em *prevenir* que seja prejudicado o interesse público *no futuro*.

4ª — Por conseguinte, para efeitos da averiguação da idoneidade, os factos passados não relevam enquanto tais, mas apenas na medida em que, *prospectivamente*, tornem provável que a pessoa não assegure uma gestão sã e prudente e, desse modo, possa lesar o interesse público.

5ª — Aliás, a tutela de um interesse público digno de tutela jurídico-constitucional constitui, até, um pressuposto da restrição ao direito fundamental à liberdade de escolha de profissão, sendo em função da tutela desse bem público que se há-de aferir a imprescindível *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade* da restrição ao direito fundamental.

6ª — O juízo a respeito da idoneidade, partindo embora de factos passados, tem como epicentro o *futuro*: não está em causa apreciar o comportamento passado do sujeito, mas sim apreciar em que medida esse

comportamento permite *inferir* que, *no futuro*, não venha a ser assegurada uma gestão sã e prudente.

7ª — O juízo acerca da idoneidade assenta, pois, numa *inferência* a partir de factos passados, pelo que somente actuações *reiteradas, continuadas* ou, apesar de pontuais, *muito graves*, permitem fundamentar tal inferência.

8ª — Os *indícios* apresentados no art. 30º, nº 3, não determinam, automaticamente, a perda de idoneidade: uma tal interpretação tornaria o preceito materialmente *inconstitucional*, pela patente violação do regime a que a restrição de direitos fundamentais se encontra sujeita.

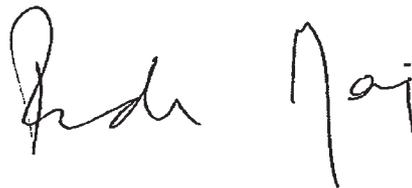
9ª — Com mais fortes e decisivas razões se terá de excluir que a eventual violação de um qualquer dever estabelecido no Código de Conduta interno de uma instituição de crédito possa determinar a perda de idoneidade para o exercício de funções de administração: a violação de um determinado Código de Conduta interna a certa instituição de crédito não pode produzir um efeito geral de inibição do exercício de funções de

administração em todas as instituições de crédito, como sucederia caso afectasse a idoneidade da pessoa em causa.

10ª — Tendo em conta o exposto e os factos descritos pelo Consulente, *não se vislumbra, sequer, a violação de quaisquer deveres impostos pelo Código de Conduta do Grupo BES e, de qualquer modo, em nenhum caso os factos referidos no ofício do Banco de Portugal poderiam fundamentar um juízo de falta de idoneidade para o exercício de funções de administração de uma instituição de crédito que obstasse ao registo.*

Eis, s.m.j., o nosso Parecer.

Coimbra, 19 de Novembro de 2013

A handwritten signature in black ink, consisting of the first and last names 'Pedro' and 'Maia' written in a cursive style.