

José Carlos Vieira de Andrade
Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

fl

CONSULTA

A propósito do artigo 30.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), preceito que disciplina a idoneidade exigida aos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de pagamento, somos consultados acerca do conceito de idoneidade aí utilizado e dos termos em que deve ser interpretado, designadamente à luz dos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Na perspectiva do caso concreto subjacente à Consulta, a questão colocada prende-se com a interpretação do preceito legal adoptada pelo Banco de Portugal e com o facto de saber se os fundamentos invocados serão suficientes para justificar a decisão de recusa de registo do administrador em causa no processo.

1

PARECER

Em termos metódicos, a nossa análise começará por um breve enquadramento jurídico-organizatório e funcional do Banco de Portugal. Este enquadramento, ainda que sintético, afigura-se necessário, na medida em que permite caracterizar ou pelo menos situar, no plano jurídico-administrativo, os poderes que a lei reconhece àquela entidade, perspectivando-os pelo prisma de uma teoria geral da regulação pública.

Por outro lado, permite compreender melhor o contexto ou a relevância jurídico-constitucional (e também no plano do direito europeu) que o exercício daqueles poderes convoca, designadamente quando atinjam ou tenham por objecto imediato matérias que envolvam valores ou bens a que seja reconhecida uma dignidade constitucional, como são os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

1. Enquadramento organizatório, institucional e funcional do Banco de Portugal

Em geral, não se suscitam dúvidas na doutrina quanto à qualificação do Banco de Portugal como autoridade administrativa independente¹, categoria que tem base constitucional no artigo 267.º, nº 3, da Constituição.

No caso do Banco de Portugal, tal qualidade, por contraposição à administração indirecta do Estado, sujeita a poderes de controlo e de orientação

¹ Neste sentido, J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2010, pág., Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2006, pág. 211.

do Governo, terá, inclusivamente, por fonte imediata a própria Constituição, que, no artigo 102.º, lhe confere o estatuto de banco central nacional, reconhecendo-lhe ainda o estatuto de "órgão constitucional"² - ao que se associa a sua dimensão transnacional, pelo facto de participar na estrutura e nos objectivos do "Sistema Europeu de Bancos Centrais" (artigos 8.º e 105.º a 109.º do Tratado CE).

O que essencialmente caracteriza estas entidades - as autoridades administrativas independentes - é a sua independência orgânica e funcional em relação ao Governo, concretizada, a primeira, através da composição dos órgãos e do modo de designação dos respectivos titulares/membros, das regras relativas ao mandato (facto de os titulares não poderem ser destituídos pelo Governo antes de terminado o mandato) e ao regime de incompatibilidades, e, a segunda, através do facto de exercerem as competências que lhes sejam deferidas sem sujeição a ordens ou instruções e aos mecanismos de controlo típicos, designadamente de mérito, que o Estado exerce sobre as entidades integradas na (sua) Administração indirecta. Estatuto que, naturalmente, não vale perante o poder jurisdicional, estando sujeitas ao controlo dos tribunais como qualquer entidade administrativa. É dizer que os actos e decisões destas entidades não se encontram sujeitos ao controlo hierárquico ou tutelar do Governo, só podendo ser objecto de reformulação ou de anulação pela via jurisdicional³.

O Banco de Portugal, na sua qualidade estatutária de entidade reguladora e de supervisão do sector financeiro, dispõe de um vasto leque de poderes de

²Cfr. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., 2007, p. 1083 e ss.

³ Em geral, para uma caracterização das autoridades administrativas independentes, Vital MOREIRA e Fernanda MAÇÃS, *Autoridades Reguladoras Independentes*, Cedipre, Direito Público e Regulação, 4, Coimbra Editora, 2003, p. 22 e ss. e, com referência ao estatuto do Banco de Portugal, as p. 215 e ss.

autoridade. Para além de poderes normativos, normalmente exercidos através de avisos e instruções, de carácter vinculativo, e de cartas-circulares com a natureza de recomendação (*soft law*), e de poderes de aprovação (p. ex., o poder de aprovar códigos de conduta elaborados pelas associações representativas das instituições de crédito), dispõe, entre outros, do poder de conceder autorizações (especialmente o de autorização da constituição de instituições de crédito e sociedades financeiras, nos termos do artigo 16.º e segs. do RGICSF), do poder de efectuar registos (em especial das instituições de crédito e dos membros dos órgãos de administração e fiscalização, nos termos do artigo 65.º e segs. do RGICSF), do poder de fiscalizar e vigiar a observância das normas que disciplinam a actividade das instituições de crédito (alínea b) do artigo 116.º do RGICSF), do poder de realizar inspecções directamente nos locais e solicitar informações, do poder de sancionar infracções (alínea e) do artigo 116.º do RGICSF), do poder de instruir processos de contra-ordenação social e aplicar as sanções correspondentes, coimas e sanções acessórias (artigo 213º e segs. do RGICSF).

O poder de efectuar (ou recusar) registos integra-se na categoria dos *poderes de controlo prévio*, que se concretizam em *medidas administrativas de controlo preventivo*, enquanto manifestação de uma das facetas da actividade reguladora do Banco de Portugal - a prevenção (a prevenção contra o cometimento efectivo de infracções, contra a ocorrência de riscos, em especial riscos sistémicos, etc.), de forma a gerar e garantir um clima permanente de segurança, de estabilidade e de transparência no mercado financeiro e, naturalmente, de confiança, por parte dos investidores e do público em geral, nas instituições financeiras. Valores cuja relevância e interesse público no quadro geral da economia e, designadamente, do sector financeiro dos países são, só por si, manifestos.

Concretamente, com o acto do registo de administradores (a par da autorização de constituição de entidades financeiras) pretende-se assegurar que apenas sejam autorizadas a exercer cargos de responsabilidade nas instituições/sociedades financeiras as pessoas idóneas – pessoas que revelem idoneidade para o exercício de tais cargos, por, precisamente, estar em causa a garantia da estabilidade e da confiança no sistema financeiro.

O registo constitui, assim, um poder típico de *controlo prévio*, na medida em que se trata de *uma medida administrativa que permite ou recusa o exercício de um direito* – o exercício de cargos em instituições e sociedades financeiras ou creditícias (ou exercício de actividades deste género) -, com base na avaliação prévia do preenchimento, pelos requerentes, das condições normativamente exigidas para o efeito⁴.

Esta última nota constitui o pretexto imediato para assinalar a importância que aquele acto assume – assim como as normas habilitantes da sua prática – no contexto jurídico-constitucional e também no quadro do direito europeu.

2. A relevância comunitária e jurídico-constitucional da matéria em causa e os (inerentes) limites aos poderes do Banco de Portugal

Tal como o regime da autorização de instituições de crédito, também o regime de acesso à actividade de administrador de tais instituições se apresenta com igual relevância à luz dos princípios da liberdade de estabelecimento e

⁴ Refira-se que o regime jurídico da autorização das instituições de crédito resulta no essencial da transposição de directivas comunitárias. Em especial sobre a autorização das instituições de crédito, Fernanda MAÇÃS, "Algumas considerações sobre o conteúdo das normas que regulam o regime de autorização das instituições", in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal*, Banco de Portugal, Lisboa, 1998, p. 185 e ss.

liberdade de prestação de serviços, previstos no Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia.

No plano do "direito ordinário" europeu, merecem, nesta matéria, relevo a Directiva 73/183/CEE, do Conselho, de 28 de Junho de 1973, relativa à supressão das restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços em matéria de actividades não assalariadas dos bancos e outras instituições financeiras, e, em especial, a Directiva 77/780/CEE, que visa impor aos Estados-membros a subordinação do acesso à actividade financeira/creditícia ao princípio da necessidade de autorização, por parte de uma autoridade pública, estabelecida com base pressupostos objectivos e de conteúdo uniforme, eliminando ou reduzindo, assim, as margens de discricionariedade das autoridades nacionais, de modo a impedir tratamentos discriminatórios susceptíveis de obstar, na prática, ao exercício da liberdade de estabelecimento (e de prestação de serviços)⁵. Relevante é ainda a Directiva 89/646/CEE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1989, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício.

Mais recentemente, a Directiva 2006/48/CE prevê, hoje, a título geral, as orientações fundamentais do direito europeu na matéria, destacando-se a orientação normativa constante do considerando sétimo do Preâmbulo da Directiva, dirigida à "harmonização essencial, necessária e suficiente para obter um reconhecimento mútuo das autorizações e dos sistemas de supervisão prudencial que permita a concessão de uma autorização única válida em toda a Comunidade e a aplicação do princípio da supervisão pelo Estado-Membro de origem". O regime relativo às condições de acesso à actividade das instituições de crédito consta do Título II da Directiva (artigos 6.º a 12.º).

⁵ Refira-se que a Directiva fixa determinados requisitos mínimos de autorização, que as legislações dos Estados-Membros têm (tinham) obrigatoriamente de prever.

Mas as Directivas, estabelecendo os requisitos mínimos de acesso ao exercício de actividades financeiras, não impedem que o sistema interno dos Estados-Membros possa condicionar o acesso ou autorização à verificação de outros requisitos estabelecidos pelas respectivas legislações, desde que sejam fixados previamente e comunicados à Comissão (cfr. o n.º 2 do artigo 3.º da Directiva 73/183/CEE e o artigo 7.º da Directiva 2006/48/CE).

No plano jurídico-constitucional, é inegável a relevância do artigo 30.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro (RGICSF), que também transpõe para o direito interno a Directiva 89/646/CEE, no sentido de permitir efectivar o cumprimento das obrigações assumidas por Portugal no âmbito das Comunidades Europeias, resultantes das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas em matéria do controlo e exercício da actividade das instituições de crédito e sociedades financeiras, previstas, em especial, naquela Directiva⁶.

Sob a epígrafe "Idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização", aí se dispõe que dos "órgãos de administração e fiscalização de uma instituição de crédito (...) apenas podem fazer parte pessoas cuja idoneidade e disponibilidade dêem garantias de gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição (n.º 1), adiantando-se, no n.º 2, que na "apreciação da idoneidade deve ter-se em conta o modo como a pessoa gere habitualmente os negócios ou exerce a profissão, em especial nos aspectos que revelem incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, ou a tendência para não cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da

⁶ O Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, foi emitido ao abrigo da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 9/92, de 3 de Julho. Entretanto, aquele diploma, já foi objecto de diversas alterações.

A

confiança do mercado", sendo que, "[e]ntre outras circunstâncias atendíveis, cuja relevância o Banco de Portugal apreciará à luz das finalidades preventivas do presente artigo e dos critérios enunciados no número anterior, considera-se desde logo indiciador de falta de idoneidade" um conjunto de factos ou factores, discriminados no n.º 3 do mesmo artigo.

Numa ordem económica estruturalmente concebida e construída a partir dos mencionados princípios de direito europeu - a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços -, e vigorando, no plano do direito constitucional nacional, a liberdade de iniciativa económica privada, a liberdade de empresa e a liberdade de acesso ao exercício de actividades, enquanto expressão, esta última, da liberdade profissional ou de exercício de profissão, desde logo se intui a qualificada relevância jurídico-constitucional que assume o regime previsto no citado artigo 30.º do RGICSF.

Efectivamente, o seu regime, ao prever e disciplinar os requisitos de acesso ao exercício de uma determinada actividade ou função - a de administrador de sociedades financeiras e creditícias -, apresenta-se como condicionador e limitador do exercício daquelas liberdades fundamentais: uma, de natureza marcadamente pessoal - a liberdade de escolha de profissão; outras, de natureza ou pendor mais económico - a liberdade de iniciativa económica e a liberdade de empresa.

Enquanto macro-princípios ou macro-liberdades, eles congregam em si todo um conjunto de (sub)princípios irradiantes ou conteúdos normativos com suficiente densidade para constituírem ou reconhecerem imediatamente (isto é, sem a necessidade de qualquer mediação legislativa concretizadora) posições jurídico-subjectivas, igualmente merecedoras de imediata protecção constitucional. E, no plano objectivo, tais irradiações substantivas estão irredutivelmente presentes na construção de uma ordem económica

constitucionalmente concebida à luz das regras do mercado e da concorrência⁷.

Significa isto que o acesso ao exercício da actividade (profissional) de administrador de sociedades financeiras e creditícias faz apelo a um feixe de princípios (princípio de liberdade) e de direitos, constitucionalmente alicerçados, logo, e em primeira linha, na *liberdade fundamental de iniciativa económica*, na *liberdade de empresa* (artigo 61.º da Constituição), e, muito especialmente, na *liberdade de escolha de profissão*, nas diversas dimensões que comporta (artigo 47.º, n.º 1, da Constituição).

Sendo, em primeira linha, um *direito de defesa contra o Estado* (contra as intromissões do Estado), a liberdade de escolha de profissão envolve necessariamente, entre outras vertentes ou conteúdos, a liberdade de acesso e de exercício de profissão, a implicar que ninguém seja impedido de escolher, de aceder e exercer uma certa profissão ou actividade, desde que observados os requisitos necessários (no sentido de serem exigíveis, conforme a concreta profissão em causa) e desde que legalmente previstos (princípio da determinidade legal do conteúdo)⁸.

Por sua vez, os *direitos de criação e de gestão de empresas* constituem um conteúdo típico da *liberdade de iniciativa económica*, na sua vertente de *liberdade de iniciativa económica privada* (artigo 61.º, n.º 1, da Constituição), que, embora fora do catálogo, é unanimemente caracterizado como um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Enquanto *direito ou liberdade fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias*, impõe-se que lhe

⁷ Sobre a relevância constitucional do princípio da concorrência no contexto de uma economia de mercado, Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, p. 9 e ss. e 24 e ss.; sobre as dimensões objectivas dos direitos fundamentais, J. C. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, 2012, p. 134 e ss.

⁸ Sobre o conteúdo da liberdade de escolha de profissão, J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., 2007, p. 652 e ss., Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2006.

seja aplicado o *regime específico* desta categoria de direitos fundamentais, tal como o determina o artigo 17.º da Lei Fundamental, em especial quanto aos *limites às restrições legislativas* de que venha a ser alvo, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 e n.º 3, da Constituição⁹.

Significa isto, pois, que, tal como a liberdade de escolha de profissão, a envolver a liberdade de acesso e de exercício, aqueles direitos-liberdades são igualmente *merecedores da protecção do regime geral dos direitos fundamentais*, reforçada por aquela que ainda lhes advém da aplicação, *in casu*, do *regime específico dos direitos, liberdades e garantias*, designadamente no que respeita à sua "*força jurídica*".

E reconduzindo-se aquelas liberdades à *categoria dos direitos, liberdades e garantias*, elas partilham dos *traços essenciais ou dimensões mais relevantes* que os caracterizam, tais como: i) a "*radicação subjectiva*" a favor de determinados titulares com o correspondente dever jurídico por parte dos destinatários passivos; ii) a *aplicabilidade directa*, independentemente de interposição legislativa ordinária; iii) a *determinabilidade constitucional*, e não meramente legal, do conteúdo da pretensão subjectiva; iv) a *exequibilidade autónoma*, independentemente de mediação concretizadora dos poderes públicos.

Partilhando da natureza jurídico-constitucional típica dos direitos, liberdades e garantias, enquanto direitos fundamentais que têm a "*função de*

⁹Cfr. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 787 e ss. Segundo os Autores, o direito ou liberdade fundamental de iniciativa económica privada é garantido constitucionalmente no artigo 61.º como um direito "essencialmente" negativo ou "de defesa", revestindo, assim, natureza análoga aos "direitos, liberdades e garantias", "beneficiando, *mutatis mutandis*, do competente regime". Por outra via, ao garantir a iniciativa económica privada, a "Constituição considera-a seguramente (após a primeira revisão constitucional) como um direito fundamental (e não apenas como um princípio objectivo da organização económica), embora remetendo para a lei a sua delimitação e sem a considerar directamente um dos direitos, liberdades e garantias (beneficiando, porém, da analogia com eles). Este entendimento constitucional do direito de iniciativa privada está em consonância com o estatuto da empresa e do sector privados no âmbito da constituição económica".

4

defesa” como “referência primária”, auto-impondo-se como “direitos negativos”, eles são directamente conformadores de um espaço subjectivo de *distanciação e autonomia* com o correspondente *dever de abstenção ou proibição de agressão* por parte dos destinatários passivos, públicos e privados, desde logo, em primeira linha, o legislador.

Com tal caracterização, aqueles direitos-liberdade beneficiam, como se salientou, do *regime próprio* dos direitos liberdades e garantias, designadamente dos preceitos constantes do seu artigo 18.º, considerados como o seu “núcleo essencial”, para além de, na qualidade de direitos fundamentais, beneficiarem da protecção dos *princípios da universalidade, da igualdade e do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva*. E, embora a sua principal nota caracterizadora imponha uma *atitude abstenção dos poderes públicos (direitos negativos)*, relativamente ao seu exercício pelos respectivos titulares, tal não significa que não exijam do Estado uma *intervenção pública prestadora* que potencie a sua realização e protecção, ou seja, a sua *máxima efectividade (princípio da máxima efectividade dos direitos fundamentais)*¹⁰.

Desde logo, resulta do disposto no n.º 1 do artigo 18.º o acolhimento dos *princípios da aplicabilidade directa e da vinculação de entidades públicas e privadas aos preceitos constitucionais respeitantes a direitos, liberdades e garantias*, os quais assumem um relevo determinante, não apenas ao nível da resolução das questões respeitantes à conformidade constitucional das soluções normativas constantes da lei, mas igualmente ao nível da interpretação que, em concreto, dela seja feita, impondo-se, neste domínio, a observância do *princípio da interpretação em conformidade com os direitos fundamentais*¹¹.

Depois, no n.º 2 e no n.º 3 do mesmo artigo, depara-se com o “*regime constitucional restritivo*” destes direitos fundamentais, cujo traço mais impressivo

¹⁰ Cfr. J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 392 e ss; J. C. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais ...*, ob. cit., p. 107 e ss.

¹¹ Cfr. J. C. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais ... ob. cit.*, p. 193 e ss.

aponta no sentido da *admissibilidade e da legitimidade de restrições, desde que e na medida em que obedecem a uma exigente panóplia de "limitações"*.

Dáí falar-se, neste preciso domínio, em "*limites dos limites*" aos direitos, liberdades e garantias. Contam-se aqui, em primeira linha, os princípios formais da *autorização constitucional expressa* e da *reserva de lei restritiva*, sendo que, de acordo com este último, se trata de matéria de *reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República* (artigo 165.º, n.º 1, alínea b) e n.º 2), bem como o princípio material da *proporcionalidade ou da proibição do excesso*, na sua tripla vertente de *adequação, exigibilidade e de proporcionalidade em sentido estrito* (artigo 18.º, n.º 2)¹².

Por último, como o *princípio da constitucionalidade* determina que *todos os actos dos poderes públicos sejam conformes à Constituição*, muito em particular os actos do *poder legislativo* (artigo 3.º, n.º 3), aqueles direitos-liberdades gozam ainda de uma *tutela constitucional acrescida*, se bem que por *via indirecta ou reflexa*, decorrente da *protecção directa* que têm vindo a merecer ao nível do *Direito Internacional* e do *Direito da União Europeia*, cujas normas vigoram na ordem interna portuguesa (artigo 8.º)¹³.

Serve esta análise para concluir que, na sua tarefa de interpretação e aplicação da lei, os órgãos da Administração Pública – no caso, os órgãos do Banco de Portugal – não podem deixar de observar, como cânone e como limite da sua actuação, as vinculações jurídico-constitucionais que o domínio material concretamente em causa directa e imediatamente convoca, sob pena de ilegitimidade dos actos que praticam. Não contrariando a lei, em observância do princípio da legalidade, na sua dimensão de prevalência da lei, também não lhe

¹² A que acrescem outros "limites" de ordem material (o princípio da generalidade e da abstracção, o princípio da não retroactividade das leis restritivas e o princípio da protecção ou salvaguarda do núcleo essencial do direito, liberdade ou garantia – artigo 18.º, n.º 3).

¹³ Sobre o *princípio da constitucionalidade*, em geral e o *princípio da vinculação do legislador à Constituição*, em especial, J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 245 e ss.

é permitido ir para além dela, em sede restritiva, invadindo sem autorização o domínio da reserva da lei (formal e material). Precisamente por isto, a Administração não pode, nem deve, deixar na sombra o *juízo de constitucionalidade* que pautou o legislador no seu processo de produção da *norma jurídico-administrativa restritiva*, exigindo-se, pois, captá-lo e ser fiel ao seu sentido e limites.

Esta ilação conclusiva constitui o elo de ligação para a problemática da interpretação e aplicação, em sede administrativa, do regime do citado artigo 30.º do RGICSF e, especificamente, do modo como, em tal sede, procedeu o Banco de Portugal no caso concreto subjacente à Consulta.

3. Da interpretação e concretização, no plano jurídico-administrativo, do conceito de falta de idoneidade previsto no artigo 30.º, n.º 3, do RGICSF

A recusa do registo de [...] como presidente do conselho de administração da [...] assentou na sua alegada *falta de idoneidade* para exercer essa função. Procuraremos, nesta sede, aferir da correcção dos fundamentos invocados na decisão do Banco de Portugal, em especial do modo como procedeu à interpretação e aplicação da lei no caso concreto.

3.1. O enunciado legal

Tendo por objecto o "*exercício de compra e venda de moeda estrangeira e transferências de dinheiro de e para o exterior*", a [...] é uma instituição de pagamento sujeita ao Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Electrónica (RJSPME), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro.

Neste âmbito, o artigo 21.º, n.º 1 do RJSPME determina, em matéria de *registo*, a aplicação às instituições de pagamento com sede em Portugal do disposto nos artigos 65.º a 72.º do RGICSF. De acordo com o disposto no artigo 69.º, os membros dos órgãos de administração e fiscalização estão sujeitos a *registo*, sendo a *falta de idoneidade* fundamento para a sua recusa (cfr. o n.º 5). É o artigo 30.º do RGICSF (para o qual o artigo 12.º, n.º 1 do RJSPME remete de forma expressa) que disciplina a *idoneidade* exigida aos membros dos órgãos de administração e fiscalização. Pelo que importa retomar, nesta sede – ou seja, no plano jurídico-administrativo – uma análise atenta deste preceito.

Relembramos que o n.º 1 do artigo 30.º determina que só as pessoas cuja *"idoneidade e disponibilidade dêem garantias de gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição"* podem ser membros dos órgãos de administração e fiscalização, *in casu*, de instituições de pagamento. O n.º 2, por seu turno, prevê que o juízo acerca da idoneidade de alguém deve atender ao *"modo como a pessoa gere habitualmente os negócios ou exerce a profissão"*, em particular os aspectos que (i) *"revelem incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa"*; (ii) revelem a *"tendência para não cumprir pontualmente as suas obrigações"*; (iii) ou que revelem a tendência *"para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado"*.

Ora, se o n.º 2 encerra o *critério*, à luz do qual deve ser apreciada a *idoneidade* de uma pessoa para o fim fixado no n.º 1, já o n.º 3 do artigo 30.º consagra as concretas circunstâncias que, *"à luz das finalidades preventivas do presente artigo e dos critérios enunciados no número anterior"*, indiciam a falta de idoneidade. De acordo com o referido n.º 3, *"entre outras circunstâncias atendíveis"*, é indiciadora de falta de idoneidade: (i) a declaração, por sentença, de insolvência dessa pessoa, de empresa por ela dominada ou de empresa de que a mesma tenha sido administradora, directora ou gerente; (ii) a condenação por um conjunto de crimes cuja natureza é essencialmente económica; (iii) e a

condenação pela prática de infracções às regras legais ou regulamentares que disciplinam o sector e sectores afins.

Refira-se que a actual redacção do artigo 30.º, n.º 3 do RGICSF foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 126/2008, de 21 de Junho. Na sua redacção primitiva, o artigo 30.º, n.º 3, limitava-se a admitir a existência de "*outras circunstâncias atendíveis*", sem aludir à necessidade de o Banco de Portugal as apreciar à luz das finalidades preventivas subjacentes ao preceito e dos critérios fixados no n.º 2. O Decreto-Lei n.º 126/2008 suprimiu, também, uma das alíneas do n.º 3 [a anterior alínea b)], nos termos da qual seria indiciador da falta de idoneidade o facto de a pessoa ter sido administradora, directora, gerente ou detentora de uma posição de domínio numa empresa cuja falência ou insolvência "*tenha sido prevenida, suspensa ou evitada por providências de recuperação de empresas ou outros meios preventivos ou suspensivos*", desde que as autoridades competentes tenham reconhecido a sua responsabilidade por essa situação. O Decreto-Lei n.º 126/2008 procedeu, por fim, a uma revisão "*do elenco dos indícios de falta de idoneidade à luz do Código Penal e do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, de modo a permitir a sua harmonização com as disposições equivalentes nos diplomas reguladores dos valores mobiliários e da actividade seguradora*" (cfr. preâmbulo do diploma).

3.2. A decisão do Banco de Portugal

O Banco de Portugal recusou o registo de _____, como presidente do conselho de administração da _____, com fundamento na *falta de idoneidade* do mesmo para exercer a função.

Com efeito, o Banco de Portugal considerou que _____ "*não oferece garantias de uma gestão sã e prudente da referida sociedade, uma vez que a forma como exerceu a sua profissão revelou uma incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, ou uma tendência para não cumprir pontualmente as suas obrigações, bem*

f

José Carlos Vieira de Andrade
Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

como comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado",
tendo remetido para os factos descritos nos pontos 3 a 9 da Informação n.º

3.2.1. Os factos que suportaram a referida decisão do Banco de Portugal
são, de forma sintética, os seguintes¹⁴:

i)

ii)

iii)

iv)

v)

¹⁴ Cfr. n.º 3. da Informação n.º

#

vi)

vii)

viii)

ix)

x)

xi)

xii)

xiii)

xiv)

3.2.2. Com base nos referidos factos, o Banco de Portugal entendeu que as participações de _____ não seriam "detidas por conta própria, mas sim por conta da _____ e/ou pessoas singulares ligadas à estrutura accionista e administração desta sociedade"¹⁵.

O Banco de Portugal considerou que a factualidade apurada permitia concluir que as "participações foram e são detidas por conta de _____ (ou mesmo por conta da _____), tendo a pessoa em causa participado activamente na ocultação de tal relação ao Banco de Portugal". A razão para esta "ocultação" assentaria no contrato de exclusividade, celebrado entre a _____ e a _____ para a transferência de fundos, em concreto na indemnização prevista para a sua violação, que _____, teria ultrapassado com a alegada instrumentalização da _____,¹⁶.

Este cenário levou o Banco de Portugal a concluir que a conduta de _____ "assume contornos tais que não se compatibilizam com os critérios mínimos de diligência e de cuidado exigidos a gestores da área financeira". Nesta medida, tais factos seriam indiciadores de uma alegada incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, ou uma tendência para não cumprir pontualmente as suas obrigações ou, ainda, "possivelmente mais relevante no caso em apreço, «para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado»".

3.2.3. De acordo com o entendimento do Banco de Portugal, os números 1 e 2 do artigo 30.º do RGICSF, bem como a expressão "entre outras circunstâncias

¹⁵Cfr. n.º 3. da Informação n.º

¹⁶Cfr. n.º 8.6. da Informação n.º

atendíveis", constante do corpo do n.º 3 do mesmo artigo, confeririam ao Banco de Portugal "um poder discricionário na apreciação da idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito", o qual seria exercido "em face dos fins em causa legalmente consagrados e do critério que deverá extrair-se da lei: quando haja indícios - decorrentes de factos, naturalmente - que suscitem uma dúvida razoável sobre a idoneidade da pessoa a que respeitam, o Banco de Portugal deverá recusar o registo ou cancelá-lo"¹⁷.

Considera o Banco de Portugal que as diferentes alíneas do n.º 3 do artigo 30.º do RGICSF enumeram, "de forma exemplificativa, alguns factos que, pela sua gravidade e pela especial certeza decorrente de uma condenação judicial", o legislador qualificou como "sempre indiciadores da falta de idoneidade do interessado", de tal forma que, quando os mesmos se encontrem verificados, o Banco de Portugal estará "vinculado à recusa ou ao cancelamento do respectivo registo, salvo mediante prova em contrário - de existência de idoneidade - oferecida pelo interessado"¹⁸.

Quanto às demais situações, i.e. às que não se reconduzam às identificadas nas diferentes alíneas do n.º 3 do artigo 30.º do RGICSF, assevera o Banco de Portugal que o seu juízo é "discricionário e não vinculado", o que comportaria dois corolários: (i) a não obrigação de o Banco de Portugal considerar essas situações ou factos como indiciadores de falta de idoneidade; (ii) e se, na apreciação desses factos, "concluir pela existência de indícios que impliquem uma dúvida razoável sobre as garantias de idoneidade do interessado, para os efeitos em causa (...) pode - e, em tal situação, deve - recusar ou cancelar o respectivo registo"¹⁹.

O Banco de Portugal sustenta ainda que a referida discricionariedade estaria apenas limitada "pela efectiva prossecução da ratio estabelecida no n.º 1 do art. 30.º", obrigando o Banco de Portugal a balizar a interpretação do conceito

¹⁷Cfr. n.º 6.3. da Informação n.º

¹⁸Cfr. n.º 6.4. da Informação n.º

¹⁹Cfr. n.º 6.5. da Informação n.º

idoneidade por referência ao critério fixado no n.º 2 do mesmo preceito e não a outros critérios, como as qualidades morais dos membros dos titulares dos órgãos em questão²⁰.

Atendendo ao facto de todas as circunstâncias previstas nas alíneas do n.º 3 do artigo 30.º consubstanciarem ou pressuporem uma *decisão condenatória*, refere o Banco de Portugal que, se apenas pudesse recusar o registo com base numa condenação judicial (ou outra) do interessado, (i) estar-se-ia a retirar ao processo em causa a sua natureza *preventiva*; (ii) e *"seria totalmente cerceada e perderia todo o efeito a acção de fiscalização e de supervisão do Banco de Portugal, que o legislador lhe confere expressamente nesta matéria"*²¹.

Na perspectiva do Banco de Portugal, a exigência de uma decisão condenatória, para concluir pela falta de idoneidade do interessado, transformaria o elenco exemplificativo, constante das diferentes alíneas do n.º 3 do artigo 30.º, *"numa enumeração taxativa (pelo menos taxativa quanto ao tipo de factos que possibilitam a fundamentação da falta de idoneidade (...))"*²².

Ainda a este propósito, o Banco de Portugal invoca a já mencionada alteração do artigo 30.º, n.º 3 do RGICSF, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 126/2008, cuja finalidade teria sido justamente a de *"evitar qualquer dúvida interpretativa que pudesse impedir, por um lado, a consideração do carácter exemplificativo da norma e, por outro, a existência de um poder de natureza discricionária por parte do Banco de Portugal fora das situações previstas nas diversas alíneas da mesma"*²³.

²⁰Cfr. n.º 6.6. da Informação n.º

²¹Cfr. n.º 6.7. da Informação n.º

²²Cfr. n.º 8.3. da Informação n.º

²³Cfr. n.º 8.4 da Informação n.º

3.3. Análise da decisão do Banco de Portugal

3.3.1. Conforme se referiu, os membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de pagamento estão sujeitos a um registo junto do Banco de Portugal, sendo a *falta de idoneidade* um dos motivos para a recusa desse registo (cfr. o artigo 69.º, n.º 5 do RGICSF). O Banco de Portugal é, assim, chamado a verificar se as pessoas designadas para os órgãos de administração e fiscalização das instituições de pagamento são, ou não, idóneas para ocupar os cargos em questão.

Note-se que, ao Banco de Portugal não compete classificar o *grau de idoneidade* de um sujeito (v.g. muito idóneo, medianamente idóneo ou suficientemente idóneo), mas tão-só apurar se essa qualidade está, ou não, presente no interessado. Em rigor, ao Banco de Portugal compete apenas aferir da sua *falta de idoneidade (teste negativo)*, caso em que deve recusar o registo²⁴.

Compreende-se, aliás, esta solução, posto que a natureza da qualidade em questão (a *idoneidade*) tornaria muito difícil (para não dizer mesmo impossível) a realização de um *teste positivo*, que permitisse aferir se uma pessoa é verdadeiramente detentora desse predicado. Em suma e para o que aqui releva, a actividade a cargo do Banco de Portugal é a de verificar se a certa pessoa, designada para um órgão de administração e fiscalização, falta a idoneidade necessária ao exercício do cargo.

Ora, a *idoneidade*, ou neste caso a *falta de idoneidade*, é um conceito jurídico impreciso. Como se sabe, com o alargamento das funções sociais do Estado,

²⁴ Esta conclusão parece resultar, com meridiana clareza, do critério fixado no n.º 2 do artigo 30.º ("*o modo como a pessoa gere habitualmente os negócios ou exerce a profissão*"), cuja concretização é integralmente realizada pela negativa, com aspectos reveladores de *falta de idoneidade* ("*incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa*"; "*tendência para não cumprir pontualmente as suas obrigações*"; e tendência "*para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado*"), bem como do enunciado do n.º 3 do artigo 30.º, que atende apenas a circunstâncias indiciadoras da aludida *falta de idoneidade*.

traduzido no desenvolvimento de uma administração constitutiva, verificou-se um primeiro grande crescimento do número de normas disciplinadoras da actividade da Administração com uma estrutura "porosa", decorrente da utilização de conceitos imprecisos (ou mesmo vagos) para indicar as situações de interesse público que justificam os actos de autoridade.

Face a uma multiplicidade de situações, em que se vê impossibilitado de definir, de forma geral e abstracta e com suficiente precisão e clareza, as condições de verificação do interesse público, o legislador é forçado a consagrar conceitos imprecisos ou mesmo vagos²⁵. A emergência de um *Estado Regulador e de Garantia*, marcado por uma *deslegalização e rarefacção jurídica* dos padrões normativos da actividade administrativa, constitui um segundo grande momento de "fuga" para este tipo de conceitos. O acervo normativo que vincula a Administração caracteriza-se, assim, cada vez mais, pela sua abertura (polissemia, ambiguidade, porosidade, vacuidade)²⁶.

Perante a natureza imprecisa e aberta do conceito, o Banco de Portugal conclui que dispõe de um *poder discricionário* para apreciar a *idoneidade* dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das entidades submetidas à sua regulação. Esta discricionariedade consistiria na liberdade de o Banco de Portugal avaliar e determinar, para todos os casos não previstos nas alíneas do n.º 3 do artigo 30.º do RGICSF, com respeito pela finalidade prevista no artigo 30.º, n.º 1 e por referência ao critério fixado no n.º 2, quais as demais situações indiciadoras de *falta de idoneidade*.

Será assim?

²⁵ Neste sentido, v. já Rogério SOARES, *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, in BFDUC, Vol. LVII, 1981, pág. 187.

²⁶ Cfr. Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 25 e 26.

3.3.2. A este propósito, começamos por referir que, diferentemente dos autores que, sob a figura da *margem de livre decisão administrativa*, continuam a distinguir a *discrecionariedade administrativa* da *margem de livre apreciação* de pressupostos legais expressos em conceitos indeterminados²⁷, consideramos que estas duas realidades integram um *conceito amplo de discrecionariedade*, como *espaço de avaliação e decisão da responsabilidade da Administração, decorrente de uma indeterminação legal (conceitual ou estrutural) e susceptível apenas de um controlo atenuado pelo juiz*²⁸.

E, em termos práticos, podemos dizer que a própria lei acaba por adoptar um conceito operacional unitário, ao referir-se hoje, na perspectiva do controlo judicial, aos “espaços de valoração próprios da função administrativa”, que envolvem juízos de mérito, oportunidade e conveniência da competência do órgãos da Administração, que o juiz não pode sindicar, cabendo-lhe apenas realizar testes de juridicidade, para determinar se houve, ou não, ofensa de normas ou princípios jurídicos²⁹.

Sucede que, a circunstância de a lei encerrar um *conceito impreciso* não significa, por si só e automaticamente, que se tenha pretendido entregar à Administração um amplo espaço de conformação na tarefa de apurar as situações susceptíveis de fundarem a recusa do registo por *falta de idoneidade*.

²⁷Cfr., entre nós, Sérvulo CORREIA, *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Âmbito do Controlo Jurisdicional*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70, Julho/Agosto 2008, p. 32 e ss. e Marcelo Rebelo de SOUSA e André Salgado de MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, 2.ª edição, Dom quixote, Lisboa, p. 180 e ss.

²⁸ Este conceito amplo de discrecionariedade compreende, assim, (i) quer as faculdades (directas) de acção, em regra indicadas pelo elemento deontico permissivo (“pode”); (ii) quer os espaços de apreciação na aplicação de conceitos imprecisos de tipo; (iii) quer as prerrogativas administrativas de avaliação – cfr. Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., 2010, pág. 49. Sustentando, também entre nós, um conceito unitário de discrecionariedade, cfr. Maria Francisca PORTOCARRERO, *Discrecionariedade e Conceitos Imprecisos: Ainda Fará Sentido a Distinção?*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 10, Julho/Agosto de 1998, pág. 41.

²⁹ V. os artigos 71.º, n.º 2, 95.º, n.º 3, 168.º, n.º 2 e 179.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e o artigo 313.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos.

Com efeito, só uma análise do quadro normativo, em que o referido conceito impreciso se integra, permitirá concluir pela existência, ou não, de uma situação de indeterminação, concessora de discricionariedade³⁰. Na verdade, a interpretação de *conceitos imprecisos* ou *indeterminados* não pode ser feita fora do contexto legal em que eles se enquadram.

E entre as situações em que a doutrina entende que os conceitos imprecisos não conferem, em regra, discricionariedade – no sentido de um espaço de valoração *próprio da função administrativa*, susceptível apenas de um controlo atenuado pelo juiz –, contam-se justamente aquelas em que esteja em causa a aplicação de normas legais que envolvam restrições ou condicionamentos ao exercício de direitos fundamentais, designadamente de direitos, liberdades e garantias.

Para saber, no caso concreto, se e em que medida a lei pretendeu conferir ao Banco de Portugal um poder discricionário na decisão de registo, reconhecendo-lhe um espaço próprio de avaliação da falta de idoneidade dos interessados, temos, assim de interpretar o texto legal e de o fazer, como é de preceito, à luz e em conformidade com os preceitos constitucionais.

3.3.3. A expressão usada no artigo 30.º, n.º 3 do RGICSF ("*entre outras circunstâncias*") revela que o mesmo encerra um elenco *não taxativo* das circunstâncias que *indiciam a falta de idoneidade* para desempenhar as funções de membro de órgãos de administração e fiscalização das entidades em apreço.

Uma leitura atenta das diferentes alíneas do n.º 3 do artigo 30.º indicamos, porém, a existência de um traço comum entre todas as circunstâncias aí tipificadas: a necessidade de uma *condenação* ou de uma decisão judicial. Assim, por exemplo, relativamente aos crimes identificados na alínea b) do n.º 3 do artigo 30.º, e para *indiciar a falta de idoneidade*, a lei não se basta com a mera

³⁰ Cfr. Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pág. 50.

existência de vestígios (ainda que estes possam ser fortes, traduzidos, até, numa acusação ou pronúncia) da prática desses crimes, sendo exigida a condenação do sujeito.

Apesar de não ter fechado o reduto de situações que podem motivar a recusa de um registo por *falta de idoneidade*, o legislador não se limitou a admitir a existência de outras circunstâncias - abriu a possibilidade de serem relevadas "*outras circunstâncias atendíveis*".

Ora, parece que a utilização desta expressão ("*atendíveis*"), acompanhada de uma enumeração detalhada (ainda que não taxativa) das circunstâncias indiciadoras de falta de idoneidade, reveladoras de um traço comum - *a necessidade de uma condenação* - não pode deixar de ser entendida como uma exigência de que quaisquer outras circunstâncias não expressamente previstas nesse elenco, para constituírem *indícios* de falta de idoneidade, devem ter uma *natureza similar ou análoga* às aí tipificadas.

Assim, e a título de exemplo, se o crime de enriquecimento ilícito tivesse merecido consagração na nossa ordem jurídica, o facto de não estar contido no elenco de circunstâncias previstas nas alíneas do artigo 30.º, n.º 3 do RGICSE, não impediria o Banco de Portugal de considerar que a condenação pela prática deste crime constituiria um indício de *falta de idoneidade*. Trata-se, na verdade, de uma situação análoga à condenação por outros crimes de natureza económica previstos na alínea b) do referido n.º 3.

Neste sentido pronunciou-se já o nosso Supremo Tribunal Administrativo, por Acórdão de 03-05-2005 (Proc. 01009/04), sustentando que a utilização da referida expressão legal - "*entre outras circunstâncias atendíveis, considera-se indiciador de falta de idoneidade (...)*" - é reveladora de uma enumeração exemplificativa de situações que indicam a falta de idoneidade e "*ao mesmo tempo a enunciação implícita de uma regra sobre a falta de idoneidade*", devendo retirar-se do que há em comum entre os indícios expressamente

previstos o *princípio geral* de que as diferentes alíneas do n.º 3 são uma mera concretização³¹.

E esta interpretação é também aquela que melhor se compagina com a circunstância de estar em causa a restrição de um direito de liberdade – a ideia de “favor libertatis” leva a preferir, entre duas leituras possíveis de um preceito, aquela que assegura um maior grau de realização dos direitos do particular.

Ora, a ser assim, o Banco de Portugal não dispõe de um espaço de conformação, que permita considerar como indiciadoras de *falta de idoneidade* outras circunstâncias, que não sejam “*essencialmente semelhantes às que determinaram a escolha exemplificativa do legislador*”³². Esta é a conclusão que decorre do facto de a lei ter pré-estabelecido um conjunto de circunstâncias concretas, indiciadoras de falta de idoneidade, formulando uma directriz substantiva, que deve ser respeitada pelo Banco de Portugal (outras circunstâncias *atendíveis*) na identificação das situações indiciadoras de falta de idoneidade.

Não concordamos, pois, com o Banco de Portugal quando (i) refere que a verificação, em concreto, de uma das situações elencadas nas alíneas do artigo 30.º, n.º 3 o vincula à recusa ou ao cancelamento do registo; (ii) sustenta que o seu juízo de apreciação de situações não identificadas nas diferentes alíneas do n.º 3 do artigo 30.º do RGICSF é “*discricionário e não vinculado*”, dispondo de uma ampla margem de liberdade na determinação de outros indícios de falta de idoneidade.

O entendimento expresso pelo Banco de Portugal assenta, no essencial, numa confusão entre *indícios de falta de idoneidade* e a efectiva *falta de idoneidade* de um sujeito. Esta confusão origina, depois, a não separação das duas operações que, a este nível, o Banco de Portugal deve realizar, a saber: (i) a

³¹ No mesmo sentido cfr. Acórdão do TCA-S, de 26-04-2012 (P. 03836/08).

³² Cfr. o referido Acórdão do STA, de 03-05-2005.

identificação, em concreto, da existência de circunstâncias indiciadoras de falta de idoneidade; (ii) e a decisão, com base nessas mesmas circunstâncias, quanto à efectiva falta de idoneidade do interessado.

Na realidade e, em primeiro lugar, não podemos esquecer que o n.º 3 do artigo 30.º se limita a acolher *indícios* de falta de idoneidade, isto é, *sinais* ou *marcas* que *podem* revelar a falta de idoneidade de uma pessoa. Ora, um *sinal*, *marca* ou *rasto* não se confunde com a própria realidade que o produziu. Um *indício* de falta de idoneidade não é, assim, confundível com a própria ausência desta qualidade. Pelo que, não obstante a verificação de um dos indícios previstos no n.º 3 do artigo 30.º, o Banco de Portugal não poderá (*rectius*: não deverá) concluir pela falta de idoneidade quando tal indício não seja, em concreto, revelador de uma *incapacidade* para decidir de forma ponderada e criteriosa, de uma *tendência* para não cumprir pontualmente as obrigações ou para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado.

Em segundo lugar, e porque *marca* ou *indício* não é confundível com a efectiva falta de idoneidade, na interpretação-aplicação do quadro normativo definido no artigo 30.º do RGICSF, o Banco de Portugal não pode deixar de realizar duas operações distintas: uma primeira no sentido de identificar, em concreto, a existência de circunstâncias indiciadoras de falta de idoneidade; e uma segunda em que, com base nas circunstâncias apuradas, decide quanto à efectiva falta de idoneidade do interessado para o exercício dos cargos em questão.

Tendo por base o que se acaba de referir, parece-nos que o caminho certo é justamente o inverso do sustentado pelo Banco de Portugal, isto é: (i) a eleição de situações não tipificadas nas alíneas do n.º 3 do artigo 30.º do RGICSF é uma actividade *essencialmente vinculada*³³, podendo o Banco de Portugal conferir

³³ Conforme refere Freitas do AMARAL, "não há actos totalmente vinculados, nem actos

relevo apenas a circunstâncias de natureza similar ou análoga às ali previstas; (ii) e, só tendo apurada a existência de uma (ou várias) dessas situações, o Banco de Portugal pode avaliar, de modo fundamentado, se tais indícios permitem, ou não, concluir que essa pessoa é efectivamente *incapaz* de decidir de forma ponderada e criteriosa ou tem uma *tendência* para não cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado (cfr. o artigo 30.º, n.º 2), tendo em vista a finalidade prevista no n.º 1 do artigo 30.º.

Com efeito, apesar de um determinado sujeito poder ter sido condenado, em tempos, por um crime de furto [indício previsto na alínea b) do n.º 3], nada impede o Banco de Portugal de concluir que, por referência ao critério fixado no artigo 30.º, n.º 2, essa condenação não põe em causa necessariamente o fim visado por este *teste negativo* de idoneidade: a garantia de uma “*gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição*” (cfr. artigo 30.º, n.º 1).

Em suma, só este último juízo, na medida em que visa favorecer a liberdade, poderia corresponder ao exercício de um espaço de avaliação conferido à Administração, que fosse apenas objecto de uma *fiscalização* jurisdicional, por referência, *inter alia*, aos princípios jurídico-constitucionais a que a actividade administrativa se encontra submetida (*maxime* o princípio da proporcionalidade), e não de um *reexame* pelo juiz, por respeito à autoria administrativa do acto.

Ao invés, na primeira actividade – de apuramento das circunstâncias concretas indiciadoras de *falta de idoneidade* –, tendo em conta que se trata de uma restrição a uma liberdade fundamental, há-de ser nulo ou muito limitado

totalmente discricionários. Os actos administrativos são sempre o resultado de uma mistura ou combinação, em doses variadas, entre o exercício de poderes vinculados e o exercício de poderes discricionários. (...) São vinculados em relação a certos aspectos e discricionários em relação a outros” – cfr. Curso de Direito Administrativo, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 76 e 77.

espaço de autonomia que o Banco de Portugal dispõe para descobrir outras situações que, de acordo com o seu critério, devidamente fundamentado, indiciariam, também, falta de idoneidade. Esta vinculação da Administração decorre precisamente da existência de um *critério de indiciação*, previsto num elenco homogéneo (ainda que não taxativo) de indícios, que não pode deixar de servir de *matriz* para as "*outras circunstâncias atendíveis*" – e que, em qualquer caso, há-de ser sujeito a um reexame judicial.

Deve dizer-se, a propósito, que, ao contrário do referido pelo Banco de Portugal, não é claro que a alteração do artigo 30.º, n.º 3, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 126/2008, tenha mudado o enquadramento descrito, podendo ser interpretada até no sentido da sua confirmação.

Com efeito, ao prever que a *relevância* das circunstâncias atendíveis (das previstas no n.º 3 e de outras análogas) deve ser apreciada "*à luz das finalidades preventivas do presente artigo e dos critérios enunciados no número anterior*", o legislador poderá ter pretendido esclarecer que a margem de autonomia decisória, existente na segunda operação – no juízo acerca da efectiva *falta de idoneidade*, feito com base nos indícios admitidos (os previstos no n.º 3 ou outros análogos) –, está limitada justamente pela finalidade preventiva deste *teste negativo* (a garantia de uma "*gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição*" – n.º 1 do artigo 30.º) e pelos critérios fixados na lei para, neste contexto específico, aferir dessa falta de idoneidade.

Ao referir-se à necessidade de atender às finalidades preventivas previstas no artigo e aos critérios por ele fixados, o n.º 3 do artigo 30.º não se reportará à primeira tarefa a cargo do Banco de Portugal (a identificação de situações indiciadoras de falta de idoneidade), mas ao segundo momento desta sua concreta actividade: o de *avaliação ou ponderação do relevo dessas situações*. Assim se percebe que esta exigência (de atender às referidas finalidades

preventivas e critérios) se ponha, em igual medida, para a análise da relevância das circunstâncias tipificadas no n.º 3.

Na verdade, uma coisa é apurar quais as circunstâncias atendíveis, outra, bem diferente, é a sua importância relevar para os fins previstos no artigo em questão. Em suma, o que o legislador terá pretendido com esta alteração legislativa pode ter sido justamente afastar, de forma expressa, uma espécie de *efeito automático e perpétuo* (a impossibilidade de exercício dos cargos em questão) associado às condenações previstas nas alíneas do n.º 3 (e a outras análogas), o qual poderia suscitar dúvidas de inconstitucionalidade.

No fundo, o legislador poderá ter querido justamente rejeitar um dos aspectos do entendimento sufragado pelo Banco de Portugal: o de que a verificação de uma das situações elencadas nas alíneas do artigo 30.º, n.º 3 o vincularia à recusa ou ao cancelamento do registo. Com este aditamento, o Banco de Portugal pode, mesmo perante os indícios tipificados, avaliar da efectiva *falta de idoneidade* da pessoa para o desempenho dos cargos em questão, para o efeito de recusa do registo.

3.3.4. Resta e importa, portanto, saber se os factos que o Banco de Portugal qualificou, no caso concreto, como indícios de *falta de idoneidade* apresentam uma natureza similar ou análoga às circunstâncias descritas nas alíneas do artigo. 30.º, n.º 3.

Vimos já que os factos apurados pelo Banco de Portugal se traduzem, em suma, numa alegada ocultação da detenção de participações sociais, através do recurso a "testas de ferro", com vista, sobretudo, a ultrapassar uma cláusula de exclusividade constante de um contrato.

Não pretendemos substituir-nos ao juízo que cabe, em primeira linha, ao Banco de Portugal, e, em última instância ao tribunal.

Limitamo-nos a salientar que, conforme já deixámos expresse, as circunstâncias enumeradas nas alíneas do artigo 30.º, n.º 3 têm um traço comum: todas pressupõem uma *decisão condenatória* ou, de todo o modo, a "certeza" própria de uma decisão judicial. Com efeito, no elenco de *indícios* previsto nas referidas alíneas, o legislador não se bastou com a mera existência de *indícios* das práticas aí referidas, tendo exigido a existência de uma *condenação*³⁴. A existência dessa condenação constitui, pois, o *critério de indicição* que a lei encerra.

Esta é uma interpretação estrita, mas não restritiva, do texto normativo, uma interpretação que convém perfeitamente a uma norma limitadora da liberdade, é dizer, uma interpretação em conformidade com a Constituição.

Da análise dos factos, alegadamente indiciadores de falta de idoneidade, que serviram de fundamento à recusa no caso concreto, facilmente se conclui que os mesmos não se traduzem em qualquer decisão (de natureza judicial ou outra) condenatória. Trata-se, na verdade, de suspeitas em torno de comportamentos, que, devidamente comprovados, poderão revelar, ou não, uma transgressão de normas do RGICSF e do RJSPME, isto é, uma violação de regras que disciplinam a actividade das instituições submetidas à regulação do Banco de Portugal.

Contudo, a inexistência de qualquer *decisão condenatória* – critério geral que decorre das diferentes alíneas do n.º 3 do artigo 30.º – poderá ser, neste caso, por si só, suficiente para questionar que o Banco de Portugal possa, "para além de qualquer dúvida razoável", ter considerado tais factos como indiciadores de falta de idoneidade – é que, a alínea c) do n.º 3 do artigo 30.º, apenas considera como indiciador de falta de idoneidade "*a condenação, em Portugal ou no estrangeiro, pela prática de infracções às regras legais ou regulamentares que regem a actividade das instituições*" em apreço. Para o legislador, a mera hipótese de

³⁴ A lei não considerou, por exemplo, que a existência de fortes indícios da prática de um crime de *abuso de confiança* – exemplo paradigmático de um risco para os fundos confiados à instituição – constituísse um indício de falta de idoneidade.

H

infracção destas regras não será suficiente para indiciar "desde logo" a *falta de idoneidade*.

Como a lei exige uma condenação pela violação das referidas normas, caso se venha a confirmar judicialmente que as circunstâncias relevadas pelo Banco de Portugal se traduzem em meros indícios de violação dessas normas, será difícil sustentar que tais circunstâncias sejam susceptíveis de serem qualificadas como "*essencialmente semelhantes às que determinaram a escolha exemplificativa do legislador*"³⁵.

Por outro lado, é de sublinhar que, como vimos, a actividade do Banco de Portugal se traduz na realização de um *teste negativo*, numa avaliação, com base nos indícios admitidos, da *falta de idoneidade* requerida para o exercício do cargo.

Ao Banco de Portugal não compete realizar um *teste positivo*, aferindo se o sujeito é efectivamente idóneo - as "finalidades preventivas" não podem ser entendidas à maneira do velho direito de polícia, como conferindo à Administração um poder de decisão "no seu prudente arbítrio", como o Banco de Portugal parece arrogar-se.

Nem se pode afirmar, como também faz o Banco de Portugal, que é ao particular que cabe demonstrar a sua idoneidade, invertendo o ónus da prova, como se este não fosse titular de direitos, mas pretendente a uma benesse ou a um privilégio de que o Banco fosse o dispensador³⁶.

A diferença está em que hoje a Administração não se relaciona com súbditos, mas com cidadãos, titulares de direitos, liberdades e garantias - as leis que conferem poderes administrativos hão-de ser, por isso, obrigatoriamente, interpretadas e aplicadas em conformidade com a Constituição, com respeito pelos referidos direitos.

³⁵ Cfr. o referido Acórdão do STA, de 03-05-2005.

³⁶ Embora a recusa não seja uma sanção, como na hipótese de cancelamento (artigo 70.º), há lugar a uma restrição de um direito, de modo que, segundo os princípios do ónus da prova, há-de competir à Administração fundamentar a decisão com base nos critérios legais, "para além de qualquer dúvida razoável".



As autoridades reguladoras, mesmo que gozem de alguma "independência" perante o Governo, integram a Administração e estão sujeitas, de certa maneira por maioria de razão, aos princípios jurídicos que regem toda a actividade administrativa, bem como ao respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

As suas decisões, mesmo as que visem o preenchimento de conceitos legais imprecisos, podem e devem ser objecto de reexame judicial quando impliquem a limitação de direitos fundamentais, principalmente quando não estejam em causa, como no caso não estão, valorações de cunho estritamente técnico, que o juiz não possa avaliar adequadamente.

Assim, se a tarefa do Banco de Portugal é a de verificar a falta de idoneidade necessária ao exercício do cargo de administrador, e, em concreto, não existirem circunstâncias que possam ser, nos termos da lei, qualificadas como indiciadoras dessa falta de idoneidade, por serem substancialmente análogas às tipificadas no artigo 30.º, n.º 3, a decisão do Banco de Portugal, tal como a do juiz, só pode ser uma: a de não recusar o registo com fundamento em *falta de idoneidade*³⁷.

³⁷ Aliás, mesmo que houvesse a alegada autonomia valorativa do Banco de Portugal no juízo acerca da falta de idoneidade, esta ver-se-ia, nessa hipótese, "reduzida a zero" – que, como se sabe, ocorre quando, apesar de haver à partida um espaço de valoração ou decisão próprio da Administração, a apreciação do caso concreto permita identificar uma única solução como juridicamente possível.



4. Conclusões

1. A lei que confere ao Banco de Portugal a competência para recusar o registo de uma pessoa como membro de órgão de administração de uma instituição de crédito, por falta de idoneidade, é uma lei reguladora e condicionadora das liberdades de exercício da profissão e da actividade económica.

2. Estas liberdades, enquanto liberdades individuais, constituem direitos fundamentais das pessoas e gozam do regime dos direitos, liberdades e garantias estabelecido na Constituição.

3. Em matéria de direitos, liberdades e garantias, a lei está vinculada aos preceitos constitucionais, que constituem direito directamente aplicável, e só os pode restringir ou condicionar com fundamento na salvaguarda de outros direitos ou valores constitucionais, e apenas na medida do necessário e em termos proporcionais para a realização desse fim.

4. A feitura de leis respeitantes a direitos, liberdades e garantias é da competência exclusiva do Parlamento, que, directamente ou mediante autorização ao Governo, tem o poder-dever de regular de forma densa os aspectos principais das relações jurídicas administrativas, de acordo com um princípio de determinação do conteúdo, nomeadamente quando a regulação legal tenha um alcance limitador desses direitos.

5. Quando estejam em causa limitações a direitos, liberdades e garantias, a lei está constitucionalmente proibida de conferir poderes discricionários à

Administração - quando a lei utilize conceitos imprecisos ou indeterminados, tem de entender-se que não quis conferir poderes de autoria às autoridades administrativas, devendo garantir-se sempre, porque não se trata de "valorações próprias do exercício da função administrativa", a possibilidade de *reexame* (e de não de mero controlo da legalidade) das decisões da Administração por um juiz.

6. As decisões do Banco de Portugal, tomadas no exercício da competência para recusar o registo de uma pessoa como membro de órgão de administração de uma instituição de crédito, por falta de idoneidade, são, enquanto decisões administrativas limitadoras de direitos fundamentais, susceptíveis de reexame judicial - em caso de recusa com esse fundamento, é aos tribunais que cabe, em última instância, julgar, nos casos concretos, se o conceito de falta de idoneidade foi correctamente interpretado e aplicado.

7. O artigo 30.º do RGICSF utiliza vários conceitos e expressões indeterminadas, ao estabelecer que dos "órgãos de administração e fiscalização de uma instituição de crédito (...) apenas podem fazer parte *pessoas cuja idoneidade e disponibilidade dêem garantias de gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição*" (n.º 1), adiantando-se, no n.º 2, que na "apreciação da idoneidade deve ter-se em conta o modo como a pessoa gere habitualmente os negócios ou exerce a profissão, em especial nos aspectos que revelem *incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, ou a tendência para não cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado*".

A lei determina ainda que, "[e]ntre outras circunstâncias atendíveis, cuja relevância o Banco de Portugal apreciará à luz das finalidades preventivas do presente artigo e dos critérios enunciados no número anterior, considera-se desde logo *indiciador de falta de idoneidade*" o conjunto de factos ou factores

descritos nas diversas alíneas do n.º 3 do mesmo artigo - que constituem hoje, todas elas, situações em que houve uma condenação judicial.

8. O disposto no artigo 30.º do RGICSF, já tendo em conta as alterações entretanto introduzidas, é susceptível de duas interpretações:

a) a de que o n.º 3 constitui uma situação de presunção legal inilidível de inidoneidade, estando o Banco de Portugal vinculado à recusa do registo, ao passo que o n.º 2 confere ao Banco um espaço amplo de avaliação própria de quaisquer outras circunstâncias atendíveis que permitam duvidar da idoneidade do particular à luz dos conceitos referidos no n.º 1 - tudo no pressuposto de que é ao particular que cabe demonstrar que é idóneo para a função, bastando uma dúvida razoável para a recusa;

b) a de que o n.º 3 constitui o critério legal da *indiciação* de inidoneidade, devendo as outras circunstâncias atendíveis como *indícios* ser substancialmente análogas às enunciadas, dispondo o Banco de Portugal, em todos os casos, de um poder de avaliação, em concreto, da *efectiva inidoneidade* do particular - no pressuposto de que cabe ao Banco de Portugal fundamentar o juízo de falta de idoneidade para justificar a recusa.

9. Tendo em consideração que o particular é titular de um direito fundamental de liberdade e que a recusa de registo consubstancia um acto de restrição desse direito, a norma tem de ser interpretada em conformidade com a Constituição, devendo, por isso, pelas razões acima aduzidas, adoptar-se a segunda leitura referida - a tal acrescendo que o juízo que a lei atribui ao Banco de Portugal não pode ser visto como o exercício de um verdadeiro poder discricionário, e que, por isso, a valoração da falta de idoneidade está sujeita a *reexame judicial*.

José Carlos Vieira de Andrade
Professor da Faculdade de Direito de Coimbra

10. Cabe ao Tribunal, neste quadro, avaliar se os motivos invocados pelo Banco de Portugal são suficientes e adequados à formulação do juízo de falta de idoneidade e à validade da consequente recusa de registo – devendo, em nosso parecer, ter em conta que o critério legal de indicição impõe que as circunstâncias atendíveis para fundamentar o juízo de inidoneidade não-de ser suficientemente graves para poderem ser equiparadas às situações expressamente enunciadas na lei.

Tal é, salvo melhor, o nosso parecer.

Coimbra, 3 de Julho de 2013

J. Carlos Vieira de Andrade