

NOTA TÉCNICA SOBRE A AVALIAÇÃO PELO BANCO DE PORTUGAL DA IDONEIDADE DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS DAS SOCIEDADES SUPERVISIONADAS

I. OBJETO

O presente documento tem como objeto proceder a uma síntese do modo como o Banco de Portugal avalia a idoneidade dos membros dos órgãos sociais das sociedades supervisionadas, bem como dos principais constrangimentos e desafios que enfrenta nesta matéria.

II. ENQUADRAMENTO JURÍDICO

A. Do regime legal

1. Nos termos do artigo 30.º, n.º 1 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (“RGICSF”)¹, apenas podem fazer parte dos órgãos de administração e fiscalização de uma instituição de crédito² pessoas cuja idoneidade³ **dê garantias de uma gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição.**
2. A redação original do artigo 30.º⁴ manteve-se praticamente⁵ intocada até ao Decreto-Lei n.º 126/2008, de 21 de julho (“Decreto-Lei n.º 126/2008”), o qual veio acrescentar ao n.º 3 do referido

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, na redação do Decreto-Lei n.º 114-B/2014, de 4 de agosto, atualmente (ainda) em vigor, uma vez que as últimas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro apenas entrarão em vigor a 24 de novembro.

² Aplicável às sociedades financeiras por remissão do artigo 182.º do RGICSF.

³ À luz do n.º 5 do artigo 69.º do RGICSF, além da idoneidade, são igualmente fundamento para recusa de registo a falta de disponibilidade e experiência profissional, devendo interpretar-se extensivamente o preceito de molde a incluir-se também o requisito da qualificação.

⁴ Nos termos do qual:

“1 - Dos órgãos de administração e fiscalização de uma instituição de crédito, incluindo os membros do conselho geral e os administradores não executivos, apenas poderão fazer parte pessoas cuja idoneidade dê garantias de gestão sã e prudente, tendo em vista, de modo particular, a segurança dos fundos confiados à instituição.

2 - 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 aspetos que revelem incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, ou tendência para não cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado.

3 - Entre outras circunstâncias atendíveis, considera-se indiciador de falta de idoneidade o facto de a pessoa ter sido:

a) Declarada, por sentença nacional ou estrangeira, falida ou insolvente ou julgada responsável por falência ou insolvência de empresa por ela dominada ou de que tenha sido administradora, diretora ou gerente;



artigo a expressão agora sublinhada: “entre 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 indiciador de falta de idoneidade [...]” [sem sublinhado no original].

B. Da jurisprudência dos tribunais administrativos superiores

3. O Supremo Tribunal Administrativo (“STA”) pronunciando-se em 2005⁶ sobre a interpretação e aplicação do artigo 30.º do RGICSF feita pelo Banco de Portugal, decidiu anular a deliberação impugnada que havia procedido ao cancelamento de um registo (proc. 01009/04, de 3.5.2005).
4. Mais precisamente, e em termos sucintos, o Tribunal considerou, entre o mais, que
 - a. O conceito de “*pessoas cuja idoneidade dê garantias de gestão sã e prudente [...]*” é um conceito indeterminado, devendo atender-se, para o seu preenchimento, às circunstâncias exemplificadas nas alíneas do n.º 3 do artigo 30.º do RGICSF (“situações-tipo”) ou a situações análogas⁷;
 - b. Como as “situações-tipo” fazem referência a condenações por sentenças judiciais, é necessário esse reconhecimento de idoneidade formal e solene através de **uma sentença judicial condenatória** para que se possa considerar estarmos perante uma situação análoga⁸;

b) Administradora, diretora ou gerente de empresa cuja falência ou insolvência, no País ou no estrangeiro, tenha sido prevenida, suspensa ou evitada por providências de recuperação de empresa ou outros meios preventivos ou suspensivos, ou detentora de uma posição de domínio em empresa nessas condições, desde que, em qualquer dos casos, tenha sido reconhecida pelas autoridades competentes a sua responsabilidade por essa situação;

c) Condenada, no País ou no estrangeiro, por crimes de falência dolosa, falência por negligência, favorecimento de credores, falsificação, furto, roubo, burla, frustração de créditos, extorsão, abuso de confiança, infidelidade, usura, corrupção, emissão de cheques sem provisão, apropriação ilegítima de bens do sector público ou cooperativo, administração danosa em unidade económica do sector público ou cooperativo, falsas declarações, receção não autorizada de depósitos ou outros fundos reembolsáveis, branqueamento de capitais, abuso de informação, manipulação do mercado de valores mobiliários ou crimes previstos no Código das Sociedades Comerciais;

d) Condenada, no País ou no estrangeiro, pela prática de infrações às regras legais ou regulamentares que regem a atividade das instituições de crédito, sociedades financeiras ou instituições financeiras, a atividade seguradora e o mercado de valores mobiliários, quando a gravidade ou a reiteração dessas infrações o justifique.

4 - O Banco de Portugal, para os efeitos deste artigo, trocará informações com o Instituto de Seguros de Portugal e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.”

⁵ Sem prejuízo de outras alterações legislativas posteriores (sem impacto para efeitos do presente documento), efetuadas pelos Decretos-Lei n.º 201/2002, de 26 de setembro e 145/2006, de 31 de julho.

⁶ Note-se que esta decisão foi proferida antes de ter sido introduzida a redação do referido Decreto-Lei n.º 126/2008, ou seja, antes de o regime legal fazer referência à ponderação das “finalidades preventivas” inerentes ao regime em causa.

⁷ Este conceito indeterminado, para ser definido não envolve apenas operações de interpretação da lei, mas apela a preenchimentos valorativos, que (chamando à colação a doutrina de FREITAS DO AMARAL) poderiam ser de duas espécies: objetivos ou subjetivos, tendo o Tribunal considerado que a idoneidade de uma pessoa é uma referência às qualidades pessoais, que deve ser objetivável, **não havendo**, por isso, **qualquer poder discricionário**.

⁸ Caso contrário também poderia ser indiciador de falta de idoneidade, por exemplo, uma decisão de absolvição.



- d. No entanto, mesmo uma condenação judicial neste tipo de infrações pode não ser suficiente, sendo **necessário mais do que uma para se justificar a “gravidade e reiteração” das infrações.**
5. **O que significa que, com base na tese defendida no referido acórdão, apenas poderia ser considerado como indiciador de falta de idoneidade (e, potencialmente, ser fundamento de recusa ou cancelamento de registo) a existência de uma das decisões expressamente referidas no n.º 3 do artigo 30.º do RGICSF ou, caso a decisão não estivesse aí plasmada, seria necessária a existência de mais do que uma decisão judicial condenatória (transitada em julgada, tanto quanto parece decorrer do aresto).**
6. Posteriormente, em 2012, o Tribunal Central Administrativo Sul (“TCA-S”), analisando uma deliberação de 14.9.2004⁹ do Conselho de Administração do Banco de Portugal, decidiu também no sentido do acórdão do STA de 2005 e remeteu a fundamentação para esta decisão (proc. 03836/08, de 26.4.2012).
7. Recentemente, em janeiro de 2014, o Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (um tribunal de primeira instância), tendo por base a impugnação de uma deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal de 1.9.2009 — portanto, já após a entrada em vigor do Decreto-lei n.º 126/2008 — decidiu (em nosso entender, erradamente, tendo sido interposto recurso da decisão) adotar o mesmo entendimento do Acórdão do STA de 2005 (proc. 3140/09.7BEPRT).
8. Assim, e apesar de o artigo 30.º do RGICSF ter sido objeto das referidas alterações em 2008, e de, até ao momento, apenas haver duas decisões dos tribunais superiores (uma do STA de 2005 e outra do TCA-S de 2012), a verdade é que, consabidamente, os tribunais de primeira (e até de segunda) instância, por regra, seguem a orientação jurisprudencial do tribunal superior (no caso, o STA).

C. Do entendimento da doutrina

9. Também recentemente, a doutrina — através de três pareceres elaborados por professores universitários em casos concretos, dois deles a propósito de factos relacionados com o ex-presidente da Comissão Executiva do BES, Dr. Ricardo Salgado — veio pronunciar-se no sentido de que os poderes do Banco de Portugal devem ser interpretados restritivamente.

⁹ Tendo em conta o princípio de *tempus regit actum*, a referida deliberação foi analisada pelo Tribunal à luz das normas em vigor à data da sua prática — i.e., anterior à redação introduzida pelo referido Decreto-Lei n.º 126/2008 — não sendo, por isso, o atual regime previsto no artigo 30.º, n.º 3, do RGICSF sequer referido no acórdão.

10. Ainda que com abordagens e densificações de conceitos diferentes, os três pareceres (dos Professores Vieira de Andrade, Calvão da Silva e Pedro Maia) assumem como premissa comum que o regime previsto no citado artigo 30.º do RGICSF constitui para efeitos constitucionais uma restrição do exercício das liberdades fundamentais **de escolha de profissão** (artigo 47.º, n.º 1, da Constituição) e **de iniciativa económica ou da autonomia privada dos acionistas** (artigo 61.º da Constituição);
11. Desta premissa comum, os pareceres doutrinários citados retiram diversas consequências limitadoras dos poderes do Banco de Portugal, sendo que dois desses pareceres, os dos Professores Vieira de Andrade e Calvão da Silva, aderem expressamente à jurisprudência dos tribunais administrativos superiores, citando os acórdãos de 2005 e 2012 acima referidos;
12. Os pareceres doutrinários são anexos a esta nota para melhor e mais completo conhecimento da posição dos seus autores;

D. Da oportunidade da modificação legislativa do RGICSF

13. Atendendo à relevância de que o requisito de idoneidade se reveste no âmbito da supervisão efetuada pelo Banco de Portugal, a partir de fevereiro de 2013, por iniciativa do Senhor Governador, procedeu-se internamente a uma extensa revisão sobre o controlo de idoneidade pelo supervisor. Dessa análise resultou a publicação no *website* do Banco, em abril de 2013, de uma síntese do entendimento seguido pelo Banco de Portugal e, posteriormente, em novembro de 2013, de uma proposta legislativa apresentada ao Governo, no contexto da transposição da Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013 (“CRD IV”¹⁰).
14. Esta proposta teve em vista ultrapassar as dificuldades criadas pelo regime anterior e, simultaneamente, implementar as recomendações da Autoridade Bancária Europeia (“EBA”) nesta matéria, revelando-se também vital e urgente esclarecer todas as dúvidas que têm vindo a ser suscitadas sobre o artigo 30.º do RGICSF, designadamente no que diz respeito ao âmbito dos critérios que habilitam a avaliação por parte do Banco de Portugal daquele requisito e que, no limite, permitem basear uma recusa de autorização com fundamento em falta de idoneidade.

¹⁰ “*Capital Requirements Directive*”, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, que altera a Diretiva 2002/87/CE e revoga as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0338:0436:PT:PDF>

15. Nesse sentido, o Banco de Portugal discutiu exaustivamente a nova redação do artigo 30.º do RGICSF relativo à idoneidade com o Ministério das Finanças.
16. O novo regime proposto pelo Banco de Portugal refletiu, entre outras, as seguintes orientações: (a) valorização do conceito positivo de idoneidade; (b) devolução às instituições de crédito da responsabilidade de verificar, em primeira linha, os requisitos de idoneidade e outros requisitos de adequação; (c) preservação da capacidade de valoração própria, pelo supervisor, de quaisquer circunstâncias relevantes; (d) explicitação de critérios de desqualificação não baseados em factos ilícitos; e (e) consagração dum princípio de autonomia dos processos de avaliação de idoneidade relativamente a quaisquer processos sancionatórios.
17. A norma proposta pelo Banco de Portugal para obter a consagração expressa dum princípio de autonomia dos processos de avaliação de idoneidade relativamente a quaisquer processos sancionatórios foi a seguinte: *“Os factos suscetíveis de qualificação como ilícitos de natureza criminal, contraordenacional ou outra são tomados em consideração independentemente da instauração de processo pela autoridade competente e das decisões nele proferidas, se de tais factos resultar, com base na informação disponível e à luz das finalidades preventivas referidas no artigo 30.º e no presente artigo, uma dúvida fundada sobre as garantias de gestão sã e prudente oferecidas pela pessoa interessada, tendo sempre em conta o tempo já decorrido, o carácter provisório ou definitivo das decisões judiciais ou administrativas e a eventual pendência de recurso.”*
18. O regime constante do Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, previamente apresentado pelo Governo à Assembleia da República, acolheu de uma forma geral as orientações propostas pelo Banco de Portugal, com exceção da norma acima transcrita.

III. ANÁLISE

A. Questões e condicionantes que se colocam ao controlo da idoneidade pelo Banco de Portugal

19. A supervisão inspetiva, corretiva e sancionatória desempenha um papel da maior importância, mas tem de ser completada com formas de supervisão orientadas para a prevenção e mitigação de riscos. O controlo de “adequação” (terminologia do RGICSF após a revisão recentemente publicada) dos titulares dos cargos de administração e fiscalização das instituições de crédito, em especial o controlo de idoneidade (os outros são a qualificação, a independência e a disponibilidade), é um dos instrumentos nucleares da supervisão preventiva.

20. Não é possível à lei, em abstrato, fixar normativamente os requisitos de idoneidade. A avaliação de idoneidade pressupõe uma valoração feita em concreto, baseada nas circunstâncias de cada caso, com vista a determinar o grau de confiança oferecida por cada pessoa designada para assegurar a gestão sã e prudente duma instituição no exercício dum cargo de administração e fiscalização. Esta valoração não se confunde com a eventual responsabilidade por atos ilícitos. Idoneidade e responsabilidade são conceitos distintos.
21. Ainda que se reconheça ao supervisor uma margem de valoração própria, o controlo de idoneidade é limitado por múltiplas formas. A primeira decorre dos princípios gerais que condicionam o exercício da discricionariedade administrativa: igualdade, não discriminação, imparcialidade, boa-fé, proporcionalidade. A estes princípios acrescem as exigências da lei sobre a motivação das decisões: motivação tem de ser suficiente, factualmente exata e coerente com as finalidades legais do controlo de idoneidade. Todavia, além destes limites gerais, o controlo de idoneidade é condicionado por dificuldades específicas inerentes à natureza da avaliação de idoneidade.
22. A lei define genericamente a adequação como a “capacidade de assegurar em permanência garantias de gestão sã e prudente”. E define a idoneidade como a “capacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa”. A aplicação destes conceitos deveria preferencialmente ser feita com base em indicadores capazes de demonstrar positivamente o preenchimento dos requisitos legais. Mas essa demonstração é, na prática, muito difícil de fazer por via de indicadores positivos, como revela a experiência de todos os países. Na maior parte dos casos, a avaliação de idoneidade funciona como sistema de desqualificação através de indicadores negativos. Este facto cria um risco de confusão entre os conceitos de idoneidade e de responsabilidade.
23. A recusa de uma pessoa para o exercício de um cargo de administração ou fiscalização, ou o seu afastamento por motivos supervenientes, é uma decisão que restringe simultaneamente os seus direitos e os da instituição que a designou. O controlo de idoneidade de pessoas é um poder público excecional no contexto das atividades empresariais privadas, muito difícil de encontrar fora do setor específico da banca. A sua liberdade de apreciação não pode ser nunca confundida com a da nomeação de pessoas para cargos públicos. O supervisor tem de evitar um uso excessivo da sua liberdade de apreciação, que está sujeita a impugnação judicial.
24. Os conceitos legais de adequação e idoneidade centram-se no comportamento profissional e nas qualidades do interessado enquanto gestor. A lei portuguesa, ao contrário da maioria dos outros países, não faz uso do conceito geral de “honorabilidade” ou “integridade”. Daí resulta a necessidade de acrescida prudência na ponderação de factos da vida pessoal do interessado. A sua relevância é difícil de estabelecer fora do quadro das situações mais graves, que são aquelas que



envolvem ao mesmo tempo uma responsabilidade infracional (ilícitos criminais, contraordenacionais, etc.).

25. O controlo de idoneidade é permanente. Prolonga-se para além do momento inicial da designação para o cargo. Se houver factos supervenientes que possam pôr em causa a idoneidade inicialmente reconhecida, o Banco de Portugal pode desencadear um processo de reavaliação. Nestes casos, no entanto, o controlo de idoneidade obriga a fazer uma dupla ponderação: a do risco associado à permanência do titular do cargo e a do eventual risco de instabilidade associado à interrupção das suas funções. Esta dupla ponderação depende, entre outros aspetos, da natureza dos factos que determinam a reavaliação, das funções exercidas pela pessoa em causa e do balanço que for possível estabelecer entre todos os fatores em jogo.
26. A todos os condicionalismos anteriores devem somar-se as exigências de prova e procedimento que são inseparáveis do exercício da autoridade pública. O supervisor não pode atribuir relevância a factos cuja veracidade não esteja cabalmente demonstrada. Os meios de prova têm de obedecer a todos os requisitos legais e constar de documentos escritos. Eventuais declarações de terceiros têm de ser confirmadas, reduzidas a escrito e assinadas. Factos ocorridos noutras jurisdições só podem ser comprovados através de mecanismos de cooperação internacional, nem sempre eficazes como seria desejável. E a pessoa interessada tem de ter a oportunidade de contraditar as provas e a valoração feita pelo supervisor (audiência do interessado).
27. Dentro dos limites apontados, o Banco de Portugal exerceu, desde a publicação do RGICSF em 1992 e ao longo do tempo, o controlo de idoneidade com base no entendimento de que se trata de uma função de carácter discricionário e preventivo, exclusivamente orientada para a preservação das condições de gestão sã e prudente, sem natureza sancionatória, portanto não baseada em juízos de responsabilidade (criminal, contraordenacional ou outra), mas sim em juízos de confiança e em factos capazes de sustentar essa confiança ou suscetíveis de criar uma dúvida fundada sobre ela.
28. Acontece, porém, que, nem a alteração legislativa introduzida em 2008 no artigo 30.º do RGICSF, referida no ponto 3. acima, foi suficiente para inverter o sentido jurisprudencial desfavorável ao Banco de Portugal, nem a nova redação do RGICSF decorrente do Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro — ao não aceitar na totalidade o entendimento e a proposta do Banco de Portugal na última revisão legislativa — permite ultrapassar as dissidências sobre a intenção do legislador e sobre a legitimidade de atuação por parte do Banco de Portugal.



29. Em consequência, não ficou garantida a autonomia do processo de avaliação da idoneidade em relação aos processos sancionatórios. A probabilidade é elevada de que a jurisprudência dos tribunais administrativos superiores se mantenha, exigindo que a ponderação de factos ilícitos seja feita apenas quando sobre eles tenha recaído uma decisão de acusação ou condenação (tendo a hipótese de acusação sido agora acrescentada).
30. Assim, na sua atuação, o Banco de Portugal não pode descurar que, à luz do referido entendimento doutrinal e jurisprudencial, na (re)avaliação de idoneidade para efeitos de recusa ou cancelamento de registo:
- O legislador não terá exigido factos isolados, mas atuações reiteradas ou continuadas que permitam estabelecer padrões de conduta;
 - O Banco de Portugal deve fundamentar a decisão (com base nos critérios legais) para além de qualquer dúvida razoável;
 - O Banco de Portugal tem um limitado espaço de autonomia para ponderar outras situações (para além das elencadas no n.º 3 do artigo 30.º do RGICSF) que, de acordo com o seu critério, devidamente fundamentado, indicariam também falta de idoneidade.
31. Se a jurisprudência dos acórdãos acima citados se consolidar, as consequências para o controlo de idoneidade serão muito graves. O supervisor passará a verificar apenas a existência de decisões judiciais referentes às pessoas designadas para cargos de administração e fiscalização, nomeadamente decisões condenatórias em processos criminais. O supervisor terá ainda de avaliar, sob controlo do tribunal, o impacto das decisões condenatórias em sede de idoneidade, uma vez que as penas não podem ter como efeito automático a perda de direitos profissionais (artigo 30.º, n.º 4 da Constituição). Em qualquer caso, porém, terá de existir uma decisão judicial, não sendo permitido ao supervisor ponderar e valorar quaisquer outros factos e circunstâncias.
32. Por outras palavras, caso se mantenha o entendimento trilhado pela jurisprudência dos tribunais superiores:
- Se for exigido o trânsito em julgado da decisão judicial condenatória, mediará um lapso de tempo que pode ser considerável (atingindo dez anos em certas situações) entre a prática da conduta que permite inferir a perda de idoneidade e o momento em que o Banco de Portugal, na sequência de um processo de (re)avaliação de idoneidade, poderá recusar (ou cancelar) o registo dos titulares de órgãos sociais visados sem correr o risco de a sua deliberação vir a ser impugnada com êxito nos tribunais¹¹;

¹¹ Acresce que, relevando a verificação de idoneidade de comportamentos e propensões, ao cabo de tão dilatado intervalo temporal poderá até colocar-se a questão de alguém que praticou uma década atrás um facto penalmente censurável poder, pelo seu comportamento posterior, demonstrar que recuperou a idoneidade para a gestão sã e prudente de uma instituição.

- b) Pode chegar-se à situação absurda em que, existindo factos que demonstram falta de idoneidade, mas que, por exemplo, por terem ocorrido em país estrangeiro e/ou por não haver (ainda) acusação ou condenação — pelo que não deveriam, à luz deste entendimento, ser relevados —, em caso de recusa ou cancelamento de registo por parte do Banco de Portugal e posterior impugnação judicial, o particular possa obter ganho de causa.
33. Na maioria dos casos, as avaliações negativas de idoneidade estão relacionadas com a prática de factos indiciadamente ilícitos. O Banco de Portugal sempre considerou que a enumeração legal de factos ilícitos, além de exemplificativa, tem apenas o efeito de criar para o supervisor uma obrigação de ponderar especialmente esses factos, sem estar condicionado por prévias condenações judiciais. De outro modo, a presunção de inocência transformar-se-ia numa presunção de idoneidade para o exercício de funções nas instituições de crédito. O Banco de Portugal está convencido de que este entendimento mantém a sua validade, mas o risco de ele não ser aceite nos tribunais constitui uma ameaça latente à função de controlo de idoneidade, consubstanciando um risco jurídico, reputacional e patrimonial relevante, cujas repercussões não podem ser descuradas.

B. Do processo de avaliação da idoneidade pelo Banco de Portugal

34. Quando o Banco de Portugal toma conhecimento de factos suscetíveis de poderem afetar o juízo relativo à idoneidade dos membros de órgãos sociais de sociedades supervisionadas, dá início a um conjunto de diligências destinadas a apurar se tais factos consubstanciam indícios irrefutáveis e inultrapassáveis que permitam a tomada de decisão final nessa matéria.
35. No caso de estar em curso um processo de registo de membros de órgãos sociais, tal decisão incidirá sobre a aceitação, ou não, desse registo. Se nenhum processo de registo estiver em curso, essa decisão incide sobre o cancelamento, ou não, do registo já autorizado.
36. Assim, além de uma análise exaustiva de documentação existente, o Banco de Portugal indaga os interessados, solicita informações (inclusivamente a supervisores congéneres nacionais e, se justificado, estrangeiros) e a apresentação de documentos comprovativos das declarações dos interessados ou de factos públicos, de forma a poder daí retirar conclusões seguras e informadas sobre:
- a) O modo como os visados gerem habitualmente os seus negócios ou exercem a sua profissão, em especial nos aspetos que revelem incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa; ou

- b) A tendência dos visados para não cumprirem pontualmente as suas obrigações — legais, regulamentares ou contratuais — ou para terem comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado; ou
 - c) A eventual existência de indícios adicionais, com impacto na idoneidade dos visados.
37. No âmbito das referidas diligências é sempre considerada pelo Banco de Portugal a dicotomia existente entre, por um lado, a necessidade de assegurar a estabilidade do sistema financeiro, garantir a gestão sã e prudente das instituições de crédito e sociedades supervisionadas e, bem assim, preservar a confiança dos investidores e a segurança dos fundos confiados às instituições; e, por outro lado, a necessidade de assegurar a autonomia da iniciativa privada e evitar a disrupção do exercício da atividade das instituições.
38. É ainda nesta sede que o Banco de Portugal deve analisar, se e em que medida, o eventual afastamento dos membros em causa é suscetível de ter impacto na instituição e, na afirmativa, delinear, em conjunto com esta, um plano de contingência que assegure, em caso de eventual necessidade, uma sucessão programada, consistente e adequada às características da instituição e, sobretudo, que não seja geradora de quaisquer disrupções.
39. Simultaneamente, procura-se ainda mitigar o risco jurídico, patrimonial e reputacional proveniente da eventual impugnação de uma decisão de recusa ou de cancelamento de registo com base no entendimento jurisprudencial e doutrinal referidos acima e a responsabilização patrimonial daí decorrente. Para o efeito, procede-se a uma investigação exaustiva de todos os indícios disponíveis de molde a reunir os elementos necessários à extração de um juízo de prognose sólido e irrefutável sobre a forma como os membros designados poderão vir a exercer a gestão da sociedade supervisionada.
40. A importância dos desígnios acima assume uma maior proporção quando esteja em causa uma instituição de natureza sistémica, cuja disrupção e colapso seja suscetível de constituir um risco para o sistema financeiro como um todo.
41. Quando os técnicos responsáveis pela análise do processo consideram ter indícios irrefutáveis de graves irregularidades, baseados em dados objetivos, propõem a recusa ou cancelamento de registo ao Conselho de Administração do Banco de Portugal. Caso contrário, propõem que se proceda ao registo ou que não se efetue o cancelamento (consoante aplicável).
42. Na análise e ponderação das propostas em causa, o Conselho de Administração do Banco de Portugal, que acompanha esta matéria com particular atenção, tem seguido uma orientação

rigorosa e exigente. Após a deliberação daquele Conselho, as deliberações de recusa ou cancelamento de registo determinam a audiência dos interessados, nos termos do disposto no artigo 100.º do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”).

43. Após a notificação para audiência dos interessados verifica-se que, em alguns casos, os membros designados renunciam de *motu proprio* ao cargo, extinguindo-se, assim, o procedimento por impossibilidade ou inutilidade, ao abrigo das normas previstas no CPA, pelo que acaba por não ocorrer uma decisão de recusa.
44. Quando tal renúncia não ocorre e quando os argumentos aduzidos em sede de audiência dos interessados não se afigurem suficientes para, fundamentadamente, concluir em sentido diverso da proposta de recusa ou cancelamento do registo, o Conselho de Administração do Banco de Portugal toma uma decisão final desfavorável aos interessados.
45. Também neste caso, a ponderação e deliberação pelo Conselho de Administração do Banco de Portugal da decisão final (no sentido da recusa ou cancelamento do registo) pauta-se por grande exigência e rigor, sendo objeto de particular atenção por parte daquele órgão. Tal decisão pode, ainda assim, vir a ser impugnada judicialmente.
46. No caso concreto do BES, tratando-se de uma instituição de natureza sistémica, considerada inclusivamente como significativa pelo Banco Central Europeu¹² e tendo, por isso, as decisões a ela relativas impacto relevante, todo o processo de investigação de indícios suscetíveis de afetar a idoneidade dos respetivos administradores, iniciado em setembro de 2013, foi rodeado de especial precaução, atendendo a que potenciais fragilidades das decisões do Banco de Portugal poderiam, não apenas afetar (irreversivelmente) a estabilidade do sistema financeiro, como também vir a ser impugnadas judicialmente, levando a eventual responsabilização patrimonial (risco jurídico, patrimonial e reputacional).

Como é prática da supervisão neste tipo situações, o Banco de Portugal acompanhou e interveio ativamente e em permanência todo o contexto do BES, designadamente o modo como a instituição se propunha proceder à sucessão do presidente da sua comissão executiva, que se pretendia devidamente ponderada e planeada, minimizando qualquer risco de disrupção para a atividade da instituição e para o mercado. Todos os factos e indícios relevantes inerentes ao processo em causa foram sempre devidamente acompanhados, analisados e ponderados no quadro dos poderes do Banco de Portugal em matéria de idoneidade.

¹² Lista disponível em: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm-listofsupervisedentities1409pt.pdf?cfaca347ad72ce993650774e1ee0ad71> — atualmente “Novo Banco, S.A.”.

IV. CONCLUSÕES

- A. Nos termos do n.º 1 do artigo 30.º do RGICSF, apenas podem fazer parte dos órgãos sociais das entidades supervisionadas pessoas cuja idoneidade (e disponibilidade) dê garantias de uma gestão sã e prudente;
- B. No entender da jurisprudência dos tribunais administrativos superiores, fundada num Acórdão do STA de 2005, inexistente qualquer poder discricionário por parte do Banco de Portugal, devendo as circunstâncias concretas, para fundamentar um juízo de falta de idoneidade, estar ou especialmente prevista nas alíneas do n.º 3 do artigo 30.º do RGICSF (“situações tipo”) ou constituir uma situação análoga;
- C. Recentemente, em janeiro de 2014, o Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto decidiu adotar o mesmo entendimento dos tribunais superiores, facto do qual decorre que a alteração legislativa de 2008 não foi suficiente para inverter o sentido jurisprudencial desfavorável ao Banco de Portugal;
- D. A alteração ao RGICSF que entrará em vigor em breve não foi tão longe quanto o Banco de Portugal consideraria necessário para salvaguardar os interesses em presença e obviar aos constrangimentos que se colocam à sua atuação nesta matéria, não permitindo, ultrapassar com êxito e eficácia a interpretação jurisprudencial e doutrinal dominantes;
- E. A avaliação de idoneidade pressupõe uma valoração feita em concreto, baseada nas circunstâncias de cada caso, sendo a respetiva demonstração muito difícil de fazer na prática por via de indicadores positivos;
- F. Ainda que se reconheça ao supervisor uma margem de valoração própria, o controlo de idoneidade é limitado por múltiplas formas, desde logo por princípios gerais que condicionam o exercício da discricionariedade administrativa, aos quais acrescem as exigências da lei sobre a motivação das decisões. Além destes limites gerais, o controlo de idoneidade é condicionado por dificuldades específicas inerentes à natureza da avaliação de idoneidade;
- G. A recusa de uma pessoa para o exercício de um cargo de administração ou fiscalização, ou o seu afastamento por motivos supervenientes, é uma decisão que restringe

simultaneamente os seus direitos e os da instituição que a designou e que consubstancia um poder público excecional no contexto das atividades empresariais privadas. O supervisor tem de evitar um uso excessivo da sua liberdade de apreciação, que está sujeita a impugnação judicial;

- H. Os conceitos legais de adequação e idoneidade centram-se no comportamento profissional e nas qualidades do interessado enquanto gestor. A lei portuguesa, ao contrário da maioria dos outros países, não faz uso do conceito geral de “honorabilidade” ou “integridade”. Daí resulta a necessidade de acrescida prudência na ponderação de factos da vida pessoal do interessado. A sua relevância é difícil de estabelecer fora do quadro das situações mais graves, que são aquelas que envolvem ao mesmo tempo uma responsabilidade infracional (ilícitos criminais, contraordenacionais, etc.);
- I. Aos condicionalismos anteriores somam-se as exigências de prova e procedimento que são inseparáveis do exercício da autoridade pública: o supervisor não pode atribuir relevância a factos cuja veracidade não possa considerar cabalmente demonstrada;
- J. Os meios de prova têm de obedecer a todos os requisitos legais e constar de documentos escritos e factos ocorridos noutras jurisdições só podem ser comprovados através de mecanismos de cooperação internacional e os interessados têm de ter a oportunidade de contraditar as provas e a valoração feita pelo supervisor;
- K. Dentro dos limites apontados, o Banco de Portugal exerceu, desde a publicação do RGICSF em 1992 e ao longo do tempo, o controlo de idoneidade com base no entendimento de que se trata de uma função de carácter discricionário e preventivo, exclusivamente orientada para a preservação das condições de gestão sã e prudente, sem natureza sancionatória, portanto não baseada em juízos de responsabilidade (criminal, contraordenacional ou outra), mas sim em juízos de confiança e em factos capazes de sustentar essa confiança ou suscetíveis de criar uma dúvida fundada sobre ela;
- L. Acontece, porém, que, nem a alteração legislativa introduzida em 2008 no artigo 30.º do RGICSF foi suficiente para inverter o sentido jurisprudencial desfavorável ao Banco de Portugal, nem a nova redação do RGICSF decorrente do Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro permite ultrapassar as dissidências sobre a intenção do legislador e sobre a legitimidade de atuação por parte do Banco de Portugal;

- M.** Não está assim garantida a autonomia do processo de avaliação da idoneidade em relação aos processos sancionatórios. A probabilidade é elevada de que a jurisprudência dos tribunais administrativos superiores se mantenha, exigindo que a ponderação de factos ilícitos seja feita apenas quando sobre eles tenha recaído uma decisão de acusação ou condenação judiciais;
- N.** Quando o Banco de Portugal toma conhecimento de factos suscetíveis de poderem afetar o juízo relativo à idoneidade dos membros de órgãos sociais de sociedades supervisionadas, dá início a um conjunto de diligências destinadas a apurar se tais factos consubstanciam indícios irrefutáveis e inultrapassáveis que permitam a tomada de decisão final nessa matéria;
- O.** No âmbito das referidas diligências é sempre considerada pelo Banco de Portugal a dicotomia existente entre, por um lado, a necessidade de assegurar a estabilidade do sistema financeiro, garantir a gestão sã e prudente das instituições de crédito e sociedades supervisionadas e, bem assim, preservar a confiança dos investidores e a segurança dos fundos confiados às instituições; e, por outro lado, a necessidade de assegurar a autonomia da iniciativa privada e evitar a disrupção do exercício da atividade das instituições;
- P.** Simultaneamente, procura-se ainda mitigar o risco jurídico, reputacional e patrimonial — decorrente da possível impugnação de uma decisão de recusa ou de cancelamento de registo com base no entendimento jurisprudencial (referido acima) — procedendo-se a uma investigação exaustiva de todos os indícios existentes, de molde a reunir os elementos necessários à extração de um juízo de prognose sólido e irrefutável sobre a forma como os membros designados poderão vir a exercer a gestão da sociedade supervisionada;
- Q.** Quando os técnicos responsáveis pela análise do processo consideram ter indícios irrefutáveis de graves irregularidades que permitam ao Banco de Portugal atuar com a segurança exigida no contexto factual e jurisprudencial em apreço, propõem a recusa ou cancelamento de registo ao Conselho de Administração do Banco de Portugal, que pondera os factos em presença com exigência e rigor. Caso contrário, propõem que se proceda ao registo ou que não se efetue o cancelamento (consoante aplicável);
- R.** No caso concreto do BES, estando em causa uma instituição de natureza sistémica, todo

o processo de investigação de indícios suscetíveis de ter impacto na idoneidade dos respetivos administradores, iniciado em setembro de 2013, foi rodeado da devida precaução e ponderação, atendendo a que potenciais fragilidades das decisões do Banco de Portugal poderiam, não apenas afetar (irreversivelmente) a estabilidade do sistema financeiro, como também vir a ser impugnadas judicialmente, levando a eventual responsabilização patrimonial (risco jurídico, patrimonial e reputacional).

Nesta sede, todos os factos e indícios relevantes inerentes ao processo em causa foram sempre devidamente acompanhados, analisados e ponderados no quadro dos poderes do Banco de Portugal em matéria de idoneidade.

27 de novembro de 2014