



O Controlo Administrativo da Idoneidade nos corpos sociais das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras



O Controlo Administrativo da Idoneidade nos corpos sociais das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras ¹

Luís Guilherme Catarino²

Sumário: O actual regime de forte controlo administrativo de qualidades como a idoneidade pessoal e profissional para o acesso a profissões no domínio bancário e financeiro é um reflexo de vários paradoxos. O primeiro, de que mercados mais livres exigem mais regras jurídicas. O segundo, de que em mercados deixados à iniciativa privada se assiste à publicização de funções e profissões privadas, espécie de second best das denominadas relações de sujeição especial na Administração Pública. O terceiro, e mais importante, de que nas relações da Economia Globalizada o Direito administrativo do Estado-Nação é novamente chamado a substituir outras formas de legitimação e normação de condutas, como a Ética e a Moral. Um indivíduo pode ser perigoso em termos de conduta profissional se o seu nível ético-comportamental for reduzido, por desconhecimento ou por má-fé, levando ao favorecimento pessoal. Mas quando ele opera num sistema de forte interesse público e interage num ecossistema assente em relações de fidúcia, a prazo pode destruir a Confiança e a Segurança no meio, o que só a autoridade pública pode conservar.

Introdução - a temporalidade do tema.

O exercício por pessoas singulares das funções de administração e fiscalização nas instituições de crédito (latamente, de todas as entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, doravante designadas por “instituições financeiras”), encontra-se submetido a um procedimento administrativo de prévia autorização, após avaliação da “adequação” para “o exercício do cargo e no decurso de todo o seu mandato”. A adequação “(...) consiste na capacidade de assegurarem, em permanência, garantias de gestão sã e prudente das instituições de crédito, tendo em vista, de modo particular, a salvaguarda do sistema financeiro e dos interesses dos respectivos clientes, depositantes, investidores e demais credores” (artigo 30º, nºs 1 e 2 do Regime Geral das

¹ “Idoneidade”: Qualidade do Idóneo: Capacidade, Aptidão, Conveniência (Lat. *Idoneitate*) – Dicionário Porto Editora.

² Professor Auxiliar da Faculdade de Economia UAL. Director-Adjunto do Conselho de Administração da CMVM. As opiniões expendidas no texto, de acordo com anteriores regras ortográficas, apenas vinculam o Autor. Agradecimentos são devidos à Sra. Dra. Conceição Aguiar, Eminente Jurista da CMVM.



Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de Dezembro - doravante Regime Geral ou RGIC³).

A *adequação* para o desempenho destes cargos – requisito legal que se encontra actualmente estendido a outros cargos ou funções consideradas essenciais nas instituições financeiras - é uma cláusula geral que contém conceitos indeterminados e implica a verificação de pressupostos objectivos mas também subjectivos dos nomeados para os órgãos sociais: a idoneidade pessoal, profissional e patrimonial de que trataremos; a qualificação profissional; a independência pessoal, profissional e de espírito; a disponibilidade (arts. 30º, nºs 3 e 4, e 30º-C). Traduz-se num vasto poder administrativo discricionário balizado pelo *objecto* do acto - aferição das condições necessárias para garantir uma gestão sã e prudente da instituição -, e pelo seu *fim* - salvaguarda do risco *individual* (protecção dos interesses dos clientes, depositantes, investidores e demais *stakeholders*) e do risco *sistémico* (protecção de todo o sistema financeiro). O exercício desta competência depende da prévia verificação de pressupostos ou *condições legais*, desde logo a verificação pela empresa da adequação funcional do indivíduo e do conjunto de indivíduos (nos órgãos plurais) *i*) face aos cargos a ocupar em concreto, *ii*) às actividades desenvolvidas pela empresa, *iii*) no âmbito da sua política interna de seleção e de controlo, *iv*) com observância de critérios legais prudenciais ou meramente políticos como o de discriminação em razão do sexo (“destinada a aumentar o número de pessoas do género sub-representado (...) em cada momento, (art. 30º, nº5).

Numa tendência contrária ao movimento de desregulação administrativa que apostou na substituição dos regimes de licenciamento e de autorização pelas meras notificações ou comunicações prévias à Administração do início do exercício de actividades, o Decreto-Lei nº 157/2014, de 24 de Outubro, procedeu a uma profunda alteração do RGIC, nomeadamente no usualmente denominado regime geral de autorização administrativa para exercício de cargos sociais em instituições financeiras. Neste movimento de reforço da proibição (relativa) do exercício da profissão foi instituída uma difícil actividade administrativa de Polícia tendo em vista a prevenção de riscos de solvabilidade através da existência de garantias de uma gestão sã e prudente das empresas. Tal juízo implica uma forte averiguação inicial da conformidade ou da *adequação* pessoal (e profissional) dos candidatos ao exercício das funções sob controlo. A decisão administrativa de autorização ou de proibição funda-se na verificação de capacidade dos interessados, face a factos presentes e passados conhecidos, que determinarão um juízo de prognose de garantia de capacidade futura – a convicção de adequação.

No presente artigo debruçar-nos-emos sobre a necessidade de idoneidade dos candidatos, e veremos que:

³ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, a versão actualizada e consolidada disponível em <https://www.bportugal.pt/pt-PT/Legislacaoenormas/Documents/RegimeGeral.pdf> Doravante todos os artigos sem indicação de fonte reportam-se ao RGIC.



LUÍS GUILHERME CATARINO

- i) a verificação administrativa prévia da idoneidade de uma pessoa para uma profissão não é recente no nosso ordenamento jurídico nem é única, sendo um dos requisitos da condição legal de *adequação* pessoal;
- ii) a aferição da idoneidade é uma actividade de *supervisão prudencial* que se aplica igualmente a outras pessoas que não os membros dos órgãos sociais, dado exercerem funções consideradas essenciais ou de direcção de topo (também denominadas latamente de *key persons* ou pessoas elegíveis⁴ (art. 33º-A RGIC);
- iii) o controlo da idoneidade reveste uma natureza de *poder-dever de vigilância* que incide primariamente sobre as instituições financeiras, sobre as autoridades administrativas reguladoras nacionais (com cooperação interinstitucional nacional e comunitária, *vg* das autoridades de supervisão comportamental), e sobre o Banco Central Europeu no caso de instituições financeiras significativas⁵;
- iv) a verificação destas condições legais (também ditas de *fitness and propriety* para o exercício de funções) deve manter-se a todo o tempo, detendo o regulador responsável pela supervisão prudencial fortes poderes discricionários que permitem actuar a todo o tempo através de medidas individuais e extraordinárias.

Não sendo um tema novo, a verificação deste requisito regulatório ganhou uma especial acuidade desde logo porque é uma das refracções do movimento reactivo de re-regulação financeira mundial, devido às graves repercussões para os Estados e cidadãos, mas também para os mercados, investidores e reputação dos reguladores, do gigantesco esquema piramidal (*Ponzi Scheme*) criado por Bernard Madoff. A fraude criada por alguém que fora presidente de um dos maiores mercados tecnológicos do Mundo, gerido por uma empresa dotada de fortes poderes de auto-regulação e supervisão sobre os seus membros e participantes, colocou na agenda regulatória mundial três refracções essenciais:

1. A primeira, com menos *chances* de sucesso devido à autorreflexividade do sistema financeiro, convoca a *accountability* dos reguladores que falharam na regulação, na detecção ou na actuação perante as irregularidades verificadas nos mercados (esta *accountability* continua a ser diabolizada pela insuportável pressão financeira que traria sobre os reguladores, mas existem outras formas de *accountability*). A falha regulatória deveria ser seriamente pensada para evitar que a *autopoiesis* do sistema financeiro continue a abrir fendas jorrando externalidades negativas para o seu exterior, assim se evitando também o grave efeito

⁴ “Colaboradores cujas funções lhes conferem uma influência significativa na administração e fiscalização da instituição de crédito, mas que não são membros do órgão de administração e fiscalização. Podem incluir-se entre quem desempenha funções essenciais os responsáveis por linhas de negócio significativas, os gerentes de sucursais constituídas no EEE, responsáveis por filiais estabelecidas em países terceiros, e ainda os responsáveis pelas funções de apoio e de controlo interno” - Orientações da EBA, de 22Nov2012, EBA/GL/2012/06.

⁵ No caso das “instituições financeiras significativas” a competência para a avaliação da adequação ou idoneidade cabe ao Banco Central Europeu, a quem os reguladores bancários nacionais devem comunicar todos os actos de autorização e registo e demais actos administrativos secundários relativos à composição dos órgãos sociais (bem como outros factos relevantes para esta matéria como processos judiciais ou administrativo-sancionatórios interpostos contra tais pessoas) - arts. 4º, nº1, al. e) do Regulamento nº 1024/2013/EU do Conselho, de 15 de Outubro de 2013, Mecanismo Único de Supervisão ou MUS, e 93º do Regulamento-Quadro do MUS do BCE, de 16 de Abril de 2014.

reputacional daí decorrente. Na realidade, o caso Madoff acarretou um enorme o descrédito para a norte-americana *Securities and Exchange Commission* dadas as anteriores falhas regulatórias ocorridas desde a década de noventa.

2. A segunda traduz-se num crescente apelo global à Ética nos negócios e à Moral nas condutas dos profissionais do sector, uma questão importante no actual ecossistema do mundo financeiro global. É real a preocupação decorrente do facto de ser cada vez mais pronunciada a existência de uma “ecologia profissional” ou uma comunhão de interesses profissionais, políticos e de cultura entre indivíduos que funcionam dentro do mesmo círculo profissional e sectorial⁶. “Estes indivíduos transitam entre o sector privado e o sector público, independentemente da cor política, numa real “captura intelectual”. As suas ligações pessoais, a informação de que dispõem (e conseqüente influência mas também conflito de interesses), a sua socialização, determinam uma formação cultural e profissional homogénea, um clube fechado (*narrow*) cujos membros rodam “naturalmente” entre os diversos sectores e criam a respectiva *policy*”⁷.

3. A terceira decorre de a *autopoiesis* do sistema ser reforçada perante o movimento da globalização e o seu transbordar do Direito e dos Estados. Que padrão de garantia de adequação e idoneidade se pode exigir a administradores nomeados por accionistas com domicílio ou sede fora da União Económica, com tradições, cultura e interesses diversos? Como combater esta nova “guerra fria” financeira “armada” com novos campeões nacionais, sobretudo de Estados emergentes? Qual o Estado ou regulador nacional que assume o ónus político-financeiro de se opor a que um fundo soberano ou uma empresa financeira, directa ou indirectamente dominada por um Estado soberano autoritário ou teocrático (ou por uma oligarquia familiar ou empresarial opaca), invistam fortemente os seus vastos recursos financeiros nos seus mercados ou nas principais instituições nacionais - adquirindo participações qualificadas e nomeando os seus administradores?

O premente apelo rousseuniano à Ética e à Moral (e à ecologia) nos negócios é uma reacção a esta realidade hodierna, tal como o reforço do controlo visa a salvaguarda da solvabilidade das instituições e do conjunto dos sistemas. Considerado durante algum tempo como o problema da regulação financeira, ele é apenas **um** dos muitos dilemas regulatórios que ganhou actualidade e notoriedade devido ao forte impacto público de comportamentos pessoais ilícitos e danosos baseados em “correntes de confiança pessoal”.

O controlo da conformidade legal de comportamentos e qualidades pessoais intrínsecas a estes profissionais e a garantia da sua repercussão positiva no sistema financeiro foi cometido aos bancos centrais, uma Administração Pública especializada, especificamente orientada e meritocrática, criada há mais de um século para funcionar como um “Governo de Sábios” imparcial e independente - dos Governos, dos Políticos e da Indústria. Considerada então como o melhor

⁶ “Board Companies can’t be Old Boys Clubs”, escrevia o *Economist* de 7Dez2013, após o famoso Sarbanes-Oxley Act de 2002 Este Act tinha também como objectivo dar resposta aos escândalos “corporativos” de 2000, mas não evitou o proliferar de conflito de interesses e falta de independência dos gestores.

⁷ CATARINO, 2014; 72 ss.; CATARINO e PEIXE, 2014: Parte I.

LUÍS GUILHERME CATARINO

remédio para a “governance” de sectores específicos, bancos centrais com natureza de Autoridades Administrativas Independentes (AAI) foram criados perante a necessidade de fugir à partidocracia, a necessidade de protecção individual face a actividades públicas e privadas colidentes com Direitos, Liberdades e Garantias fundamentais, e a “descoberta” de que os mercados tendem naturalmente para a imperfeição⁸.

Após uma era de intervenção num espectro político dominado pelo monetarismo, pelo Thatcherismo e pela Reaganomics, o paradigma da auto-regulação e posterior desregulação legal conjugado com as sucessivas *governmental* e *regulatory failures* do início do séc. XXI quase determinou o ocaso destas Autoridades e dos seus vastos poderes. As acusações de captura e de omissão regulatória e os efeitos reputacionais negativos somados à grave crise mundial que eclodiu em 2007/2008 obrigaram-nas a caminhar decididamente para uma re-regulação administrativa tipicamente reactiva.

O novo direito administrativo da regulação contém peculiaridades que em parte decorrem da necessidade de criação de um direito administrativo global (DAG ainda não acompanhado de um direito constitucional igualmente global), da estrutura tripartida ou triangular das suas normas (Administração-Regulados-Investidores), da vinculação constante a uma finalidade concreta que acompanha todos os actos regulatórios (o interesse público especial que presidiu à sua criação enforma a legalidade da sua actuação), e de a sua legitimação nos actuais sistemas democráticos assentar numa actuação legal e constitucionalmente orientada (o procedimento é essencial dado o seu elevado grau de discricionariedade de acção e de decisão).

Pela sua natureza a nova Administração independente reguladora assenta sobretudo na *Auctoritas* dos seus titulares, mais do que na *Potestas*. É este Saber e Experiência que determinam um “Mando” socialmente reconhecido, e legitimam a substituição da intervenção de um Governo democrático pela *neutralidade* de um governo de sábios, democraticamente deficitário⁹. É esta *Auctoritas* reconhecida pelo sector regulado que permite um ambiente de porosidade de funções e legalidade difusa onde, a par da prática dos simples e tradicionais actos materiais ou administrativos fracos, de *aquisição de conhecimento e declaração*, e de regulação forte (*hard regulation* que inclui os típicos actos *autorizatórios* de exercício de actividades, *injunções* ou *medidas de polícia*), se pratiquem também actos preceptivos informais (substituição de membros de órgãos sociais ou propostas “irrecusáveis” de renúncia a cargos) ou procedimentos administrativos intrusivos desprocedimentalizados (de inspecção ou de averiguação para obtenção de informação sobre pessoas concretas).

A *Auctoritas* é por isso essencial para a eficácia de uma *soft regulation*, quer se traduza numa Instrução do regulador (verbal ou escrita), quer num Parecer ou numa Recomendação (genérica ou concreta), quer numa ordem para execução imediata. Esta especial legitimidade é “fonte de

⁸ Entre a vastíssima bibliografia sobre esta nova forma de administração independente de peritos, Vital MOREIRA e MAÇÃS, 2003: 250; Luís CATARINO, 2010; Victor CALVETE, 2013; Pedro GONÇALVES, 2013, Vital MOREIRA, 1994; Vieira de ANDRADE, 1997; Figueiredo DIAS, 2001; Lucas CARDOSO, 2002; MORAIS, 2001, MIRANDA e MEDEIROS, 2007; CATARINO, 2012,a); Fernanda MAÇÃS, 2013.

⁹ CATARINO, 2009; 298-359, 390, 420.

juridicidade” de condutas (*hoft regulation*¹⁰) e coloca “fontes informais” de Direito num patamar superior às fontes jurídicas de legitimação tradicionais. A matéria do controlo das idoneidades é um bom exemplo daquilo a que chamámos “Direito Conformador” de um sector inerente às técnicas autorizativas: um vasto sistema autopoiético assente no reconhecimento social legitimatório do regulador e dos seus titulares, cuja perda pode abalar definitivamente a “proposta moral de direcção e comando”. E esta “mancha” pode-se estender das pessoas individuais à própria instituição reguladora.

1. O controlo administrativo da idoneidade é supervisão de cariz prudencial.

No sector bancário são as instituições de crédito que se situam no centro dos respectivos mercados. Tradicionalmente os bancos são intermediários entre o público aforrador e os investidores, prestam serviços e fazem empréstimos aos Estados, às famílias e às empresas. O risco da sua actividade e os custos susceptíveis de serem externalizados para toda a colectividade aumentaram com o movimento de crescente inovação tecnológica e de complexidade financeira: os bancos são agentes que têm uma relação fiduciária com os seus depositantes e mutuários, mas que hoje operam simultaneamente como mercados, como emitentes e colocadores de instrumentos financeiros (alguns com natureza bem complexa, nos seus clientes), como investidores e especuladores e arbitragistas globais. Há que mitigar os riscos decorrentes das novas actividades e criar a Confiança nos usuários do sistema e por isso a regulação assenta de novo sobremaneira na *supervisão*, que traduz uma forte actuação de *controlo* e de *vigilância* e *fiscalização* pela Administração nacional (bancos centrais) típica do Estado de Garantia.

A *garantia* para os Mercados de que os agentes que operam no sector financeiro observam na sua actividade as normas comportamentais e prudenciais legalmente exigíveis, decorre da concessão de poderes jurídicos fortes e discricionários entre os quais o poder de “controlo de entrada” numa relação jurídica regulatória. A eficácia do mandato e conseqüente integração de uma pessoa singular no órgão social de uma instituição de crédito encontra-se dependente de uma prévia condição legal: a autorização administrativa. O procedimento autorizativo visa permitir à Administração ponderar a pretensão do *exercício de um direito privado* perante a função de *garantia do interesse público*. Como veremos, o levantamento da proibição ou de um obstáculo em que se traduz a técnica autorizativa depende de uma prévia actividade de averiguação e valoração de qualidades e de comportamentos passados do interessado, no campo pessoal e patrimonial, que permita um *juízo prospectivo* de cobertura ou minimização de *risco* (princípio da *precaução*). Por isso este perscrutar de condutas se enquadra numa actividade de supervisão *prudencial*¹¹: o poder-dever da Administração decorre da funcionalização da autorização à finalidade de

¹⁰ CATARINO, 2012: 145-177.

¹¹ “A supervisão *prudencial* abrange os mecanismos ligados à organização interna e ao funcionamento das empresas financeiras que se destinem a evitar todo o tipo de riscos financeiros e patrimoniais para a empresa e para o sistema” e “visem criar as condições para a protecção dos fundos e valores dos clientes confiados à empresa financeira” e ainda a satisfação das regras de conduta ou de mercado” - acerca das diferentes noções de supervisão, comportamental e prudencial e dentro desta micro e macro-prudencial, CATARINO, 2010, a).



LUÍS GUILHERME CATARINO

salvaguarda da gestão “sã e prudente” da instituição financeira aquilatando do seu equilíbrio financeiro e métodos de gestão. Num sector económico fortemente regulado pelo impacto na economia dos Estados, as autorizações de entrada são limitadas por forma a garantir igualmente a “salvaguarda do sistema financeiro e dos interesses” de todos os agentes.

O juízo final da Administração sobre a adequação e em particular sobre a idoneidade é enquadrado pelos conhecimentos de que dispõe adicionados de uma prévia apreciação global *i)* dos mecanismos disponíveis no âmbito da organização interna da instituição (para a nomeação e posterior controlo); *ii)* da soma das qualidades dos membros dos órgãos colegiais (“adequação” colectiva); *iii)* do funcionamento da empresa em concreto (projecto de *governance*); *iv)* dos instrumentos de controlo, de reporte e de auditoria da actividade (para “segurança dos fundos confiados à instituição”); *v)* da capacidade individual para contribuir para a satisfação das regras de conduta ou de mercado. O óculo de verificação da idoneidade é pessoal e profissional mas a lente é *funcionalizada*: na fundamentação de um acto administrativo de indeferimento não basta alegar que A ou B foi condenado ou acusado no procedimento X mas estabelecer um juízo de prognose negativo. Este juízo negativo é prudencial, e pode assim reportar-se à adequação da pessoa em concreto - perante a profissão e aquele pelouro -, ou à adequação colectiva - perante o conjunto das competências reunidas no órgão plural que pretende integrar.

Porque a apreciação se encontra dependente de um juízo de prognose relativo à probabilidade de assegurar uma gestão “sã e prudente” da instituição e de salvaguardar o ecossistema particular em que se integra, este controlo encontra-se cometido ao Banco de Portugal (arts. 16º-33º-A, 65º e 93º e 118º).

No âmbito da supervisão *prudencial* o foco desloca-se da instituição e da sua conduta para a salvaguarda da sua solvabilidade (risco individual) e da do sistema (risco sistémico) decorrente da capacidade de as pessoas que a gerem e representam darem garantias de uma gestão da empresa *prudente e sã* (devem ser *fit and proper*). Esta idoneidade é um conceito funcional que tem em vista a salvaguarda da relação de fidúcia ou de confiança perante o público em geral que confia à instituição os seus fundos, embora a instituição seja solidariamente responsável pelos actos dos seus dirigentes, art. 226º. O regime em questão veio reforçar o regime geral de *fitness and propriety* constante do Código das Sociedades Comerciais relativo aos deveres dos membros dos órgãos de sociais (arts. 64º e 414º CSC). Tendo embora uma fonte diferente, os deveres constantes das novas tendências de *corporate governance*, usualmente de génese auto-reguladora, são importantes enquanto cruzam e harmonizam interesses dos próprios titulares de órgãos sociais, destes com a empresa, com os *stakeholders* e com os reguladores.

Na realidade, também servem diferentes *fins* pois este último visa as relações com os accionistas e a salvaguarda do direito de propriedade e accionista (p.e. a apreciação do projecto de aquisição de uma participação qualificada numa instituição financeira integra a avaliação da idoneidade do proposto adquirente, art. 103º, e de pessoas que venham a assumir por esse facto um lugar nos órgãos sociais, art. 23º da Directiva 2013/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2014, denominada usualmente por *CRD IV*, de *Capital Requirements Regulation and*



LUÍS GUILHERME CATARINO

Directive), bem como as relações com os demais *stakeholders* (o que implica uma forte componente *normativa* mas também *ética*) e o primeiro visa as relações com as autoridades reguladoras que aprovaram uma pessoa para poder actuar num ambiente regulado devido ao forte interesse público em causa.

Com o fim do mito na concorrência perfeita, a Confiança depende da regulação da actividade não só através da criação de “redes de protecção”, mas da intervenção preventiva no estabelecimento de forte solidez prudencial. Intervenção de quem? De uma entidade pública central que regula e disciplina as actividades (que também detém recursos para eventualidades adversas), e com quem os bancos estabelecem uma especial relação de *fidúcia*¹². Cria-se um “Regime Especial de Pessoas Autorizadas” para o exercício de actividades profissionais no sector financeiro que pressupõe o cumprimento de deveres, *inter alia* de colaboração e de cooperação, a par de uma panóplia de deveres profissionais (muitos deles constantes de auto-regulação nos códigos de conduta profissional e nos regulamentos internos das empresas) e de uma especial diligência (art. 75º RGIC), com conseqüente responsabilidade civil (embora a violação destes deveres públicos não crie para os particulares um direito de acção) e responsabilidade pública (vg contra-ordenacional, que na sua génese era de cariz disciplinar). Em última análise, a violação deste regime legal pode levar a uma forma de morte profissional pelo afastamento pessoal do exercício de actividades financeiras (pelo menos naquelas que requerem prévia autorização ou aprovação)¹³.

Esta relação fiduciária assenta portanto no pressuposto de que estas pessoas autorizadas agirão no melhor interesse da empresa e dos *stakeholders*, na preservação da eficiência e transparência do mercado, dotadas de uma especial diligência, honestidade e integridade. A autorização não é um privilégio mas um poder-dever, desde logo de cumprir com as normas legais e éticas que regem a profissão e o sector mas também de colaboração com a autoridade na regulação e supervisão (i.e., pretende-se que tais pessoas se envolvam igualmente na preservação da integridade do mercado).

Por isso a questão da idoneidade tem a ver com a avaliação da personalidade, ética e moral, e da capacidade pessoal e patrimonial, profissional e académica, dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização das entidades supervisionadas, para o exercício de uma actividade

¹² A regulação prudencial inicial versava o controlo dos balanços e a liquidez das instituições, a restrição de actividades por sectores e por áreas territoriais ou nacionais - caso da famosa *Glass-Steagall Banking Act* nos EUA, mas de que podemos também dar como exemplo em Portugal a distinção entre as actividades dos bancos comerciais e a distinção entre as instituições de crédito, auxiliares de crédito as instituições parabancárias. A internacionalização das actividades e a globalização crescente levaria à regulação por instância informais internacionais, quer o G7, quer o Comité de Basileia por estes criado em 1975 após a falência no anto anterior do Bankherstatt. A tendência acentuou-se na década de 80 devido à desregulação bancária e seu impacto no forte mercado internacional de capitais e de divisas então existente (não esquecendo o importante papel desempenhado pelas bolsas de valores e *securities*, operações fora do balanço como os derivados, a inovação financeira e a especulação). A declaração de Nixon em 1973 derrubara definitivamente os objectivos que tinham levado à criação em Bretton Woods de um sistema que pretendia regular os fluxos de liquidez entre Estados, os movimentos financeiros entretanto criados e a necessidade de regular a actividade e uniformizar a regulação para lhe dar eficácia (levaria em 1988 à celebração do primeiro Acordo de Basileia - Basileia I).

¹³ Cfr., arts. 212º, nº1, d) RGIC, 404º, nº1, c) CodVM.

financeira¹⁴. Abrange todas as pessoas que pretendam desempenhar cargos sociais mas também posições profissionais ou societárias dominantes ou funções-chave (*key persons* e *key shareholders*), e idealmente também nos conglomerados¹⁵. Devem possuir e demonstrar possuir uma honestidade, integridade e reputação acima da média que garanta uma gestão sã e prudente - mecanismo harmonizado face às liberdades fundamentais da União Europeia. E aplicam-se a todos os dirigentes: a lei não exige idoneidade colectiva dado ser uma qualidade pessoal, mas uma “adequação” colectiva baseada em capacidades mas também elevados princípios e valores éticos porque são estes que impõem a qualidade colectiva ao traduzir-se em normas) que formam a deontologia profissional e empresarial. A sua falta leva não apenas ao favorecimento pessoal mas também ao esvaziamento da inteligência e do espírito crítico de uma instituição que a prazo favorece minam os sistemas onde operam.¹⁶

Veremos que a avaliação de *fitness and propriety* é feita *a priori* mas também é contínua. E a avaliação e exigência é feita a nível individual ou pessoal mas pressupõe uma adequação a nível colectivo visando num primeiro momento formular um juízo de cognoscibilidade e prognose póstuma suficiente (*risco permitido*), i.e., não absoluto e imutável, e que tem diferentes intensidades consoante a pessoa e o momento em que é exercido. Mas não constitui uma novidade no nosso País (*infra*).

2. História recente do regime de controlo administrativo da idoneidade.

Até ao início da década de noventa vigorou em Portugal o Decreto-Lei nº 41403, de 27 de Novembro de 1957, que continha a regulação do sistema de crédito e da estrutura bancária. Assentava num processo de autorização ministerial para constituição de instituições de crédito mas não continha disposições genéricas sobre a avaliação da idoneidade necessária para ser titular de órgãos sociais de instituições financeiras. Existia um conjunto de normas prescritivas relativas à *disponibilidade* de tempo para a função, à *exclusividade* profissional, à *prevenção de conflitos de interesses* e à proibição de exercício de funções de administração aos responsáveis por anterior *falência de empresas* ou *condenados por crimes patrimoniais* (“furto, roubo, burla, abuso de confiança ou falsidade”, arts. 22º-28º). Como sucedia, por exemplo, com o *Glass Stegall Act* norte-americano¹⁷, a regulação distinguia tipos de instituições de crédito: os institutos de crédito do

¹⁴ O “órgão ou órgãos de uma instituição, designado nos termos do direito nacional, com poderes para definir a estratégia, os objectivos e a direcção global da instituição e que fiscaliza e monitoriza o processo de tomada de decisões de gestão e inclui as pessoas que dirigem efectivamente as actividades” das instituições de crédito e empresas de investimento, na aceção das Directivas 2006/48/CE e 2006/49/CE, e actualmente do artigo 3º, nº1, 1. e 2. da Directiva 2013/36).

¹⁵ Vão neste sentido as recomendações do BIS, o que implica uma cooperação eficaz entre reguladores mas encontra dificuldade nos casos de empresas não reguladas <https://www.bis.org/publ/bcbs47c4.pdf>.

¹⁶ MOREIRA, 1999, 68.

¹⁷ Uma das muitas intervenções de Franklin Roosevelt na década de trinta para combater a Grande Depressão económica e financeira e regular a economia, fazendo frente ao individualismo e liberalismo dos agentes económicos suportado pelo Supremo Tribunal Federal, o *Banking Act* de 1933 (na realidade a data é 1932, momento em que se iniciou uma dura batalha para a sua aprovação...) visou restaurar a confiança na economia (até que o movimento de consolidação e a “mergermania” levou à sua revogação por Clinton em 12Nov1999 com o *Financial Services Modernization Act* conhecido como *Gramm-Leach-Bliley Act*, ou por Citigroup Act). Tal como agora, o propósito foi de superar as perdas incorridas pelos bancos comerciais devido ao seu



Estado, os bancos emissores, os bancos comerciais e os estabelecimentos especiais de crédito (art. 3º)¹⁸.

O regime relativo ao exercício do crédito e da banca comercial seria regulamentado (e parcialmente alterado) pelo DL nº 42641, de 12 de Novembro de 1959 que pouco inovou na questão específica do regime jurídico de autorização para exercício de funções do sector bancário. Acrescentaria a *proibição de concessão de crédito* pela instituição aos titulares dos órgãos sociais, e a proibição do exercício de funções quando existissem relações de *parentesco* ou de *afinidade* com outros membros do órgão (parentes consanguíneos ou afins “até, respectivamente, o 3º e o 2º grau, inclusive” - art. 28º). Em 27 de Abril de 1965 o Decreto-Lei nº 46302, que criou as instituições parabancárias e as instituições que exerciam funções auxiliares de crédito (previstas no artigo 4º do DL nº 41403), também não inovaria neste âmbito¹⁹.

No sistema financeiro em sentido lato existia um normativo próprio dos mercados financeiros de valores mobiliários - “bolsas de valores” ou “centros de transacção de valores” mobiliários – extremamente lacunar e que vinha do século anterior. O Decreto-Lei nº 8/74, de 14 de Janeiro, pretendeu suprir as grandes lacunas decorrentes da regulamentação constante do Código Comercial de Veiga Beirão de 1888, e da legislação de 1901 e do Regulamento do Serviço e Operações das Bolsas de Fundos e o Regimento do Ofício de Corretor, que continham o respectivo regimento. Embora se encontrasse dependente das grandes linhas traçadas pelos citados Decretos-Lei nºs 41403 ou 45296, a nova legislação (e a posterior criação de um Auditor-Geral do Mercado de Títulos e a dinamização de um Conselho Nacional das Bolsas de Valores) visou dinamizar os mercados de bolsa, assegurar uma correcta formação de preços através da transparência, incentivar à abertura do capital das sociedades nacionais (caracterizadas nos anos setenta ainda

investimento em mercados bolsistas alavancados e extremamente voláteis (por clara influência de Henry Steagall foi igualmente aprovado um sistema de garantia de depósitos visando o pequenos bancos rurais, a *Federal Deposits Insurance Corporation*). Separou claramente bancos comerciais (recepção de depósitos e realização de operações bancárias típicas do financiamento à economia e à indústria) e bancos de investimento (possibilidade de subscrição e investimento em *equity* e produtos mais complexos), proibindo conflitos de interesses relativamente aos seus accionistas e membros dos órgãos sociais. Ganharia o nome dos autores que tiveram em vista reganhar a confiança e a segurança no sistema financeiro - Carter Glass e Henry Steagall.

¹⁸ Como institutos de crédito do Estado tínhamos a Caixa geral de Depósitos, o Crédito Predial Português, a Sociedade Financeira Portuguesa, e o Banco de Fomento Nacional - posteriormente de Fomento Exterior (entretanto objecto de OPA pela Sociedade Financeira Internacional originária o actual BPI, SA); como bancos emissores o Banco de Portugal, o Banco Nacional Ultramarino, o Banco de Angola, incluindo o Instituto Emissor de Macau; a par existiam os bancos comerciais e ainda os estabelecimentos especiais de crédito (Caixas Económicas, Caixas de crédito Agrícola Mútuo). Outros diplomas importantes seriam o Decreto-Lei nº 44652, de 27 de Outubro de 1962 e o Decreto-lei nº 45296, de 8 de Outubro de 1963 (que regulava o exercício das funções de crédito e a prática de actos inerentes à actividade bancária e sua supervisão e sancionamento nas províncias ultramarinas.)

¹⁹ A maioria das instituições qualificadas como parabancárias eram sociedades que não podendo receber depósitos prosseguiam, nos termos do respectivo estatuto legal, actividades de locação financeira, de factoring, de administração de compras em grupo ou para aquisições a crédito (que tiveram um “boom” após a proibição de concessão de crédito individual para aquisição de bens de consumo na denominada “era Cadilhe”, de reestruturação da dívida pública). Também se incluíam algumas das actuais sociedades financeiras, como as sociedades gestoras de patrimónios e de fundos de investimento mobiliários e imobiliários. Instituições auxiliares seriam apenas as bolsas, os corretores de fundos e de Câmbios e as casas de câmbios – cfr. enunciação em ATHAYDE, 1990, vol I. Mais especificamente sobre a actividade de intermediação financeira em valores mobiliários (bolsas de valores, corretores, propostos, auxiliares e sociedades corretoras, e o “movimento Cadilhe”) e “nascimento” da CMVM no âmbito regulatório europeu, CATARINO, 2010: 65 ss.

LUÍS GUILHERME CATARINO

por uma grande concentração e domínio familiar e pouco tecnocrático), e abrir a profissão a sociedades corretoras.

As Bolsas de Valores mantinham a sua natureza de instituições auxiliares de crédito, pelo que os titulares dos seus órgãos sociais deveriam cumprir os requisitos e as exigências pessoais e profissionais constantes do normativo da década de sessenta *supra* referido. A sua constituição e extinção encontravam-se dependentes de autorização ministerial, mediante prévio parecer do Conselho Nacional das Bolsas de Valores e a supervisão - “orientação, coordenação e fiscalização” - estavam igualmente cometidas ao Governo (art.4º).

O exercício da actividade de corretor (em nome individual e através de sociedades corretoras) encontrava-se dependente de requerimento dirigido aos conselhos directivos das bolsas e a nomeação ministerial (que poderia optar por procedimentos concursais). Os corretores respondiam ilimitadamente pelas dívidas decorrentes da sua actividade e deviam obrigatoriamente associar-se em câmaras corporativas – a Câmara dos Corretores²⁰. A proibição do exercício da actividade deixava de depender de requisitos arcaicos de *fitness and propriety* como a “robustez e a virilidade”, para ser aplicada a funcionários públicos e a todos

“(...) b) Os que tiverem sido demitidos do cargo de corretor ou de proposto;

c) Os que tiverem faltado ao cumprimento de obrigações contraídas em negociações de bolsa;

d) Os indivíduos condenados definitivamente por furto, roubo, burla, abuso de confiança, usura, emissão de cheques sem cobertura, falência ou insolvência fraudulentas, simulação, falsificação de escritos ou qualquer crime contra a segurança nacional;

e) Os que tiverem sido condenados pelo exercício ilegítimo do ofício de corretor ou de proposto de corretor(...), art. 96º²¹.

No âmbito da reflexão nacional sobre o sistema financeiro iniciado em meados dos anos 80 surgiram reformas normativas parcelares e em 1991 e 1992 seria publicado em vários volumes o denominado “Livro Branco sobre o Sector Financeiro” tendo em vista uma reforma profunda que

²⁰ Tal actividade estava anteriormente reservada aos corretores e seus propostos (e auxiliares), mas passava a ser possível ao corretor associar-se a terceiros ou “interessar” a sociedade, que revestiria obrigatoriamente a forma de sociedades em nome colectivo ou em comandita simples, sendo sempre ilimitada a responsabilidade do corretor que era obrigatoriamente o gerente (no caso de serem autorizados “gerentes”, todos responderiam de forma solidária e ilimitada), art. 92º. O corretor tinha de prestar caução e respondia ainda pelos actos dos seus propostos e dos seus auxiliares (art. 98º ss) – para uma visão da regulação conexa, acedida em 04/08/2014, <http://dre.tretas.org/dre/29119/>. Acerca da natureza pública do ofício e dos mercados de valores mobiliários, e da sua evolução, para o âmbito nacional TEIXEIRA dos SANTOS, 2001, documento electrónico. Conjugando tal evolução nacional com o movimento internacional e evolução no início do século XX, CATARINO, 2010, Capítulo I e bibliografia aí citada.

²¹ Cfr. o “Regimento do Ofício de Corretor”, arts. 3.º, 7.º, e 8.º-20º. Regulava esta matéria, além do Regimento e do “Regulamento do serviço e operações das Bolsas e fundos públicos e particulares e outros papéis de crédito” aprovados pelo Decreto de 10 de Outubro de 1901, o Decreto de 24 de Dezembro de 1901 e ainda o Decreto 20800, de 22 de Janeiro de 1932.

adaptasse o sistema nacional ao espaço da Comunidade e às orientações do Comité de Basileia²². O DL nº 23/86, de 18 de Fevereiro, começou por actualizar e adaptar o regime legal português de licenciamento de instituições de crédito nacionais e a abertura em Portugal de filiais e de sucursais estrangeiras. Em parte tal deveu-se ao necessário cumprimento do *acquis communautaire* na matéria, *vg* aos requisitos mínimos constantes da Directiva n.º 77/780/CEE, de 12 de Dezembro de 1977, e ao denominado “passaporte comunitário” (filho do princípio do reconhecimento mútuo), no cumprimento dos princípios da liberdade de circulação de capitais e de estabelecimento. A constituição das instituições nacionais dependia ainda de autorização ministerial, casuística, mas já não sob forma de decreto. A Portaria conjunta do Primeiro-Ministro e do Ministro das Finanças era precedida de parecer do Banco de Portugal (tratando-se de instituição com sede em Região Autónoma, também de parecer do respectivo Governo Regional).

No domínio das qualidades dos titulares de órgãos sociais o art. 4º, nº1, al. c) do DL nº 23/86 estatua, sob pena de recusa da autorização (art. 10º), (...) *c) Que o conselho de administração da sociedade seja constituído por um mínimo de 5 membros, com idoneidade e experiência adequadas ao exercício de funções (...)*. Estatua que

2 - São ainda inibidos de fazer parte dos órgãos de administração de bancos comerciais ou de investimento os que, por outras razões, devidamente fundamentadas pelo Banco de Portugal, nomeadamente por falta de experiência adequada ou por motivo de excessiva acumulação de funções, sejam por este consideradas como não satisfazendo os requisitos necessários para o efeito (na redacção do Decreto-Lei 318/89, de 23 de Setembro).

O Decreto-lei nº 24/86, de 18 de Fevereiro, completava o regime de constituição e condições de funcionamento para os demais bancos comerciais ou de investimento, complementando os requisitos aplicáveis aos membros de órgãos sociais: (...) *são inibidos de fazer parte de órgãos sociais de bancos comerciais ou de investimento:*

a) os que tenham sido declarados, por sentença transitada em julgado, falidos ou insolventes ou julgados responsáveis por falência ou insolvência de empresa cujo domínio haja assegurado ou de que tenham sido administradores, directores ou gerentes;

b) Os que tenham desempenhado as funções referidas na alínea anterior em empresas cuja falência ou insolvência tenha sido prevenida, suspensa ou evitada por intervenção do Estado, concordata ou meio equivalente;

c) As pessoas condenadas por crimes de falsificação, furto, roubo, frustração de créditos, extorsão, abuso de confiança, infidelidade ou usura;

d) Aqueles a quem não tenha sido reconhecida idoneidade, nos termos do art. 4º, nº2, al. b) do Decreto-lei nº 23/86.

²² Elaborados pelo Conselho para o Sistema Financeiro, *i.a.* o Livro Branco sobre o Sistema Financeiro:1992. *As Instituições de Crédito*, 2 vols., Lisboa.

LUÍS GUILHERME CATARINO

2. São ainda inibidos de fazer parte dos órgãos de administração de bancos comerciais ou de investimento os que, por outras razões, devidamente fundamentadas pelo Banco de Portugal, nomeadamente por falta de experiência adequada ou por motivo de excessiva acumulação de funções, sejam por este consideradas como não satisfazendo os requisitos necessários para o efeito.

É importante salientar que tais diplomas surgem num momento de abertura do sistema financeiro à iniciativa privada e o aumento das exigências nos requisitos de *capacidade* e *honorabilidade pessoal* foram em grande parte motivados pelo afastamento entre a banca e o sector público (empresarial). As revisões constitucionais operadas em 1982 e em 1989 permitiriam *i.a.* a privatização do sector bancário, financeiro e segurador, acabando com o *duplo vício estrutural* do sistema económico: (i) irreversibilidade das nacionalizações e (ii) proibição da iniciativa privada em sectores chave da economia portuguesa. Findara o tempo do monopólio estatal constituído por via das nacionalizações (e a submissão das instituições de crédito ao regime tutelar ao Governo, vertido no Decreto-Lei nº 260/76, de 8 de Abril), e a proibição de constituição pelos particulares de instituições de crédito. A privatização *total* seria permitida após 1990, com a Lei nº 11/90, de 5 de Abril a regular especificamente as reprivatizações²³. Em 31 de Dezembro de 1992 os diplomas que regiam a actividade bancária desde o início do século XX seriam revogados pelo art. 5º do Decreto-lei nº 298/92, de 31 de Dezembro, que aprovou o RGIC²⁴. Fora precedido de um vasto movimento regulatório financeiro de revisão dos mercados de valores mobiliários com a publicação do Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 14 de Abril que aprovaria o Código dos Mercados de Valores Mobiliários (CodMVM, usualmente designado de “Lei Sapateiro”, do nome de um dos seus autores, José Luís Sapateiro).

Porquê este movimento? Porque não se poderia regressar ao panorama de 1957, em que era a competência de “superintendência, coordenação e fiscalização das instituições de crédito (...) do Ministro das Finanças” (art. 13º do citado DL nº 41403). A época era de *opting out* pelos Governos ante a enorme pujança das teorias monetaristas; conforme escrevemos anteriormente, “se o prémio Nobel da economia atribuído em meados de setenta a von Hayeck e posteriormente, ainda na mesma década, a Milton Friedman, poucas dúvidas deixava quanto à nova ortodoxia pós-Keynesiana, a revogação em 1999 por um democrata, Bill Clinton, do *U.S. Banking Act* de 1933 – conhecido por *Stegall-Glass Act*, nome dos seus Autores -, seria a marca maior de tal movimento²⁵. Tais doutrinas seriam preponderantes na Europa a partir da década de oitenta (vd as soluções

²³ A Lei nº 46/77, de 8 de Julho, viria a consagrar a proibição de acesso a alguns sectores importantes, tendo sido objecto de sucessiva revogações (parciais) até 2013.

²⁴ Em rigor, tal diploma seria publicado apenas em meados de Janeiro de 1993, em Suplemento ao Diário da República do dia 31 de Dezembro de 1992, por forma a cumprir exigências jurídicas, vg comunitárias.

²⁵ CATARINO, e Manuela PEIXE, 2014, *A nova regulamentação dos mercados financeiros - um Tsunami regulatório? (parte I)*, disponível in

http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1417450522emir_tsunami_final_parte_i_8out2014_parte_i_dezembro..pdf Conforme já referimos, Bill Clinton revogaria em 1999 esta lei que fora criada em 1933 para evitar novo colapso financeiro semelhante ao que ocorrera em 1929, moderando a cartelização e o excesso de liquidez, separando as instituições que poderiam desenvolver a banca dita de retalho ou comercial da dita banca de investimento. Apesar das duras lutas contra o sistema financeiro e os bancos em especial, Franklin Roosevelt não só aprovaria em 1933 este *Act* mas entre 1932 e 1935 assinou igualmente entre leis reguladoras dos mercados bancário, dos valores mobiliários (*Securities and Exchange Act*) e um novo regulador (a *Securities and Exchange Commission*), a que se seguiriam outras *independent regulatory agencies*.

LUÍS GUILHERME CATARINO

aplicadas pelos “Chicago boys” no Chile, as correntes denominadas de “Reaganomics” ou “Thatcherismo”, ou o recente Tratado Orçamental), a par das correntes de privatização, desregulação e de liberalização da economia (“Consenso de Washington”). Após as soluções adoptadas em Maastricht, e que dariam origem ao movimento de centralização europeia, à independência do sistema monetário, ao Eurosistema e à União Bancária, tomara forma definitiva o movimento de *minimal State* e do denominado Estado Regulador ou de Garantia.

Integradas numa era de globalização e num mimetismo europeu das correntes anglo-americanas da regulação económica e financeira, as funções de regulamentação, supervisão e sanção de áreas públicas fundamentais passaram da esfera ministerial para novas pessoas colectivas de direito público com autonomia administrativa e financeira, que como as *agencies* norte-americanas ou os QUANGOS ingleses, foram dotadas de características de imparcialidade e de independência – entre muitas outras autoridades administrativas independentes interessamos o reforço de independência do Banco de Portugal mas também da CMVM²⁶.

Com efeito, o CodMVM de 1991 desempenhou um importante papel nesta matéria. Tendo vigorado antes da publicação do RGIC, regulou inovadora e profusamente o âmbito dos mercados e actividades bolsistas, e criou um duplo regime de “autorização-programa” e de registo para todos os intermediários financeiros: no BdP e na CMVM (art. 632º). Com efeito, o exercício de actividades de intermediação financeira por sociedades – necessariamente instituições de crédito ou sociedades financeiras, pois cessara a possibilidade do exercício da função de corretor em nome individual (art. 613º) -, passou a depender de prévia autorização ministerial constitutiva, sob a forma de “Portaria do Ministro das Finanças” (*vd* arts. 607º-18º, e 625º-28º daquele Código para o regime de caducidade e de revogação da autorização). Esta autorização era exigida para a constituição das sociedades mas também para o exercício de tais actividades de intermediação (art. 615º). Findo o procedimento administrativo geral de constituição das sociedades comerciais (arts. 620º-28º), existia um posterior procedimento de registo junto do regulador (arts. 629º-32º).

Este “duplo regime de autorização-programa”, que se manteve até 1999, foi importante em dois sentidos. Por um lado, a autorização de *constituição* das sociedades e o posterior *registo* para exercer actividades dependiam, *inter alia*, de os titulares dos órgãos sociais demonstrarem requisitos de idoneidade perante um novo regulador (CMVM). A sua falta acarretava a recusa de autorização ou de registo (arts. 618º, nº1, b), 619º, 631º, nº1), ou a sua revogação. Nalguns casos estávamos perante uma verdadeira “revogação-sanção” sem o *due process of law*, quando tinha como causa ilegalidades cometidas *no exercício* dos respectivos cargos (arts. 626º, nº1, e), e nº2, 627º e 631º)²⁷.

Por outro, foi importante porque existia um novo poder de apreciação discricionária dos requisitos contidos numa norma aberta (*vd* artigo 619º CodMVM). Em rigor, tal efeito acabava

²⁶ CATARINO, 2010; 82 ss e 308 ss acerca da adaptação à Administração das noções judiciais de “independência” e de “imparcialidade”, objectiva, subjectiva e resolutória.

²⁷ Defendendo a natureza não sancionatória da revogação devida a actos ilícitos, VELOSO, 2000; 66.

LUÍS GUILHERME CATARINO

mitigado porque exceptuando um novo tipo legal de crime (crime de burla), os novos requisitos enquadravam e densificavam os contidos na legislação bancária de 1986, a saber:

- i) incompatibilidades profissionais e patrimoniais (alínea b);
- ii) incapacidades decorrentes de lei especial (alínea c), e 618º, nº1, b);
- iii) incapacidades decorrentes de falta de disponibilidade ou de experiência (alínea c), e artigos 618º, nº1, b) e 224º, b));
- iv) inibições decorrentes de decisões judiciais, ora transitadas em julgado (alínea a), e artigo 224º, alínea a)), ora condenatórias (alínea a) e art. 224º, alínea c)).

A sua revogação pelo Código dos Valores Mobiliários aprovado pelo Decreto-Lei nº 486/99, de 13 de Novembro, fez cessar este regime de “dupla autorização e duplo registo” e a matéria, atenta a sua natureza prudencial, passou a ser regulada pelo RGIC sendo *primacialmente* competência do Banco de Portugal. Primacialmente porque não existe exclusividade; o regime legal estatutário das *Key Persons* aplica-se aos titulares dos órgãos de outras empresas, como as sociedades de consultoria para investimento, as sociedades gestoras de mercados regulamentados, de sistemas de negociação multilateral, de câmaras de compensação, de sistemas centralizados de valores mobiliários, de instituições de investimento colectivo, de gestão de fundos de garantia e de sistemas de indemnização dos investidores, além das empresas do sistema de crédito agrícola mútuo (*infra*).

O regime geral da adequação e da idoneidade é em grande parte fruto da harmonização comunitária e do regime de autorização única para toda a Comunidade Europeia, vertendo nele os requisitos da já referida Directiva 77/780/CEE, quanto à *disponibilidade pessoal*, à *honorabilidade necessária* e à *experiência adequada* para exercer funções nas instituições de crédito. Esta Directiva seria posterior e profundamente alterada, sobretudo devido à necessidade de reforço e consolidação prudencial, de que é prototípica a “Directiva post-BCCI”, a Directiva n.º 95/26/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Junho de 1995, mas estes requisitos de adequação e idoneidade foram mantidos – *cf* a Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Março de 2000, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício²⁸.

A interpretação e aplicação do normativo contido no RGIC devia por isso ser feita em concatenação com estes normativos, pareceres, trabalhos preparatórios e outras fontes de *soft law* bancária internacional, dada alguma indeterminação normativa decorrente deste conceito vago de idoneidade. A Directiva 2006/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de

²⁸ A Directiva 89/646/CEE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1989 (2ª Directiva Bancária), aprofundaria o mercado de capitais da União acrescentando à liberdade de circulação a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços das instituições de crédito e o princípio da reciprocidade. O princípio do reconhecimento mútuo das autorizações-programa e da supervisão prudencial (que na década seguinte seria aplicado também nos mercados de valores mobiliários) traria consigo o princípio da competência de supervisão de uma instituição de crédito (ou das suas sucursais na União) pela autoridade reguladora do Estado-membro de origem, i.e., onde se situe a sede estatutária (*home country control*). Como sucederia com as *supra* referidas Directivas 2006/48 e 2006/49, a Directiva preocupou-se sobremaneira em verter os princípios acordados em 1988 em Basileia sobre fundos próprios, solvabilidade, limitação de grandes riscos e liquidez, e controlo interno (as posteriores Directivas de 2006 completariam tais preocupações de solidez financeira vertidas em Basileia II).



2006, relativa à regulação do acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício mas sobretudo da matéria prudencial, *manteve* a indeterminação de conceitos ao estatuir no seu artigo 11º que a autorização profissional dependia de dirigentes e sócios terem a experiência necessária ou a “idoneidade” para as funções (*cf.* art. 135º). No seu art. 22º estatua igualmente que as instituições de crédito deveriam dispor de dispositivos sólidos em matéria de “governo da sociedade”, incluindo “uma estrutura organizativa clara, com linhas de responsabilidade bem definidas, transparentes e coerentes, processos eficazes de identificação, gestão, controlo e comunicação dos riscos a que está ou possa vir a estar exposta, e mecanismos adequados de controlo interno, incluindo procedimentos administrativos e contabilísticos sólidos”. Decorria assim deste regime:

- i) a existência de um sistema de vasos comunicantes de *responsabilidade por facto de outrem*, com a inerente imposição de uma forte organização interna (arts. 17º, nº2 e 115º-A ss);
- ii) o dever empresarial necessário de *due diligence* prévio à nomeação de titulares de órgãos sociais, que considerávamos decorrer dos arts. 17º, nºs 1 e 2 e 69º-70º;
- iii) a necessidade de consideração das modernas tendências e exigências de *corporate governance*, *i.a.* na matéria de aferição e monitorização da idoneidade, arts 70º;
- iv) a distinção entre requisitos de idoneidade, e requisitos de disponibilidade, independência e experiência e qualificação profissional (embora todos eles assentem em conceitos abertos e indeterminados (*cf.* arts. 30º-D, 31º, 31º-A e 33º).

O *Action Plan* aprovado pelo G20 em Washington em 15 de Novembro de 2008, um ano após o início do *crash* financeiro do *subprime* - “Declaration Summit on Financial Markets and the World Economy” -, apontaria para medidas de maior transparência e de controlo de risco interno e de melhores práticas de governação²⁹. Tal Plano seria reforçado na reunião que se realizaria em Londres no ano seguinte, em que um renascido *Financial Stability Board* ou Comité de Estabilidade Financeira (ex-*Financial Stability Forum*) foi mandatado para trabalhar com o Grupo Banco Mundial (e cooperar com a IOSCO, OCDE, Comité de Basileia de Supervisão Bancária ou CBSB - *vd* as fortes expressões utilizadas na *declaração de 2 de Maio de 2009*³⁰).

As normas prudenciais criadas pelo CBSB em 2010 para reforço de fundos próprios, denominado “Basileia III”, e a Directiva que o adoptou para a União Europeia (Directiva 2013/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2014, ou *CRD IV*³¹) apontam agora de forma

²⁹ https://www.g20.org/about_g20/past_summits/2008_washington.

³⁰ “(...) we agree that the heads and senior leadership of the international financial institutions should be appointed through an open, transparent, and merit-based selection process; and building on the current reviews of the IMF and World Bank we asked the Chairman, working with the G20 Finance Ministers, to consult widely in an inclusive process and report back to the next meeting with proposals for further reforms to improve the responsiveness and adaptability of the IFIs (...)” - https://www.g20.org/about_g20/past_summits.

³¹ A Directiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho de 2013, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, altera a Directiva 2002/87/CE e revoga as Directivas 2006/48/CE e 2006/49/CE. Completada pelo Regulamento (UE) nº 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho da mesma data relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de



LUÍS GUILHERME CATARINO

clara, como requisitos mínimos da autorização (arts. 8º e 11º), para uma idoneidade *individual* e uma adequação *colectiva*: “O órgão de administração deve dispor, em termos coletivos, de conhecimentos, competências e experiência adequados para compreender as atividades da instituição, nomeadamente os principais riscos”, art. 91º, nº8. Reafirma a anterior necessidade de independência, de disponibilidade, de experiência e de conhecimentos individuais (cumulativos com requisitos de honestidade e de integridade) para os titulares de funções de gestão mas também para a “direcção de topo”³². Os titulares de altos cargos dirigentes devem “ter idoneidade necessária e possuir conhecimentos, competências e experiência suficientes para as funções”, arts. 13º e 91º, nº1. A Directiva não deixou de fora matérias relativas a uma *governance* robusta que vimos terem implicações no tema: a *governance* e a estrutura interna das instituições de crédito devem ter instrumentos sólidos que permitam a todo o tempo, a auto-averiguação, a monitorização, a responsabilização e o controlo internos da existência de disponibilidade, de competência, de boa reputação, independência, espírito crítico e compreensão da empresa e do mercado onde esta opera, nos titulares dos cargos de gestão e de direcção (arts. 88º, 91, nº8).

Também a Directiva 2014/65/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, embora relativa aos *mercados de instrumentos financeiros* (denominada de *MiFID II* ou DMIF II³³), reforçou os deveres e requisitos que impendem sobre os titulares dos órgãos de administração de empresas de investimento e de plataformas de negociação (sujeitas à supervisão da CMVM). A Directiva pugna por uma gestão eficaz, sã e prudente, e por uma avaliação feita pela empresa aos requisitos necessários à autorização-programa *vg* quanto à qualidade patrimonial e pessoal dos titulares de órgãos sociais à luz das disposições da Diretiva 2013/36 (*CRD IV*). Num aparente retorno a um sistema de “duplo controlo”, prevê-se expressamente a recusa de autorização caso a empresa ou a autoridade “(...) não esteja convicta de que os membros do órgão de administração da empresa de investimento têm suficiente idoneidade, possuem suficientes conhecimentos, competência e experiência (...)”, convicção resultante da informação que as empresas são obrigadas a obter, controlar e comunicar (cfr. arts. 8º, 9º, nºs 1 a 4, 45º ou 62º-63º, da DMIF/*MiFID II*³⁴).

investimento (e altera o Regulamento 648/2012), encontra-se disponível in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0001:0337:PT:PDF>.

³² São “as pessoas singulares que exercem funções executivas numa instituição e que são responsáveis perante o órgão de administração pela gestão corrente da instituição”, art. 3º, nº1, 9. da Directiva 2013/36).

³³ Directiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros e que altera a Diretiva 2002/92/CE e a Diretiva 2011/61/EU disponível in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0338:0436:PT:PDF>.

³⁴ Para uma visão mais aprofundada do regime constante da denominada *MiFID II* e do Regulamento (UE) n.º 600/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativo aos mercados de instrumentos financeiros (denominado *MiFIR*) e que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 (denominado de *EMIR*, http://www.cmvm.pt/CMVM/Legislacao_Regulamentos/Directivas/Documents/Regulamento%20UE%20n%20600_2014.pdf) vd a II Parte do nosso trabalho com Manuela PEIXE, 2014, *A nova regulamentação dos mercados financeiros - um Tsunami regulatório?* (parte II), disponível in http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1417450571emir_tsunami_final_parte_i_8out2014_parte_ii_dezembro..pdf

LUÍS GUILHERME CATARINO

A alteração do RGIC decorrente da transposição da *CRD IV* (Decreto-Lei nº 157/2014, de 24 de Outubro), é explícita na exigência de um controlo *apriorístico* da idoneidade (requisito da “adequação”) mas também numa monitorização *contínua* de condutas que detecte factos que afectem ou possam afectar os requisitos de idoneidade previamente verificados (*infra*). Embora não constitua o objecto do presente artigo, estes requisitos passam a aplicar-se também aos “titulares de funções essenciais” (art. 33º-A) ou de “direcção de topo” (art. 3º, nº1/7 da *CRD IV*). Esta alteração de Outubro de 2014 do Regime Geral veio especificar que por “direcção de topo” se deve entender “as pessoas singulares que exercem funções executivas numa instituição de crédito ou empresa de investimento e que são directamente responsáveis perante o conselho de administração pela gestão corrente da mesma” (art. 2º-A, alínea j) – *inter alia*, de *compliance*, de auditoria interna, de controlo e de gestão de riscos (art. 33º-A, RGIC).

Ainda com relevância para o tema são as alterações decorrentes da transposição das Directivas 2014/49/EU, do PE e do Conselho, de 16 de Abril relativa aos sistemas de garantia de depósito e da Directiva 2014/59/EU, do PE e do Conselho, de 15 de Maio de 2015 que estabelece um enquadramento para o regime jurídico da recuperação e resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento (BRRD). A Lei nº 23-A/2015, de 26 de Março alterou (também) o RGIC em aspectos importantes do enquadramento legal do controlo *a posteriori* do exercício de actividade profissional por titulares de órgãos sociais e de cargos de direcção de topo ou de funções essenciais (no sentido de “funções que confirmam influência significativa na gestão da instituição de crédito”, art. 33º-A RGIC).

É importante salientar que os citados instrumentos legais, comunitários e nacionais, devem ser lidos em conjunção com as Recomendações e Orientações que contêm as melhores práticas determinadas por organismos internacionais que regulam o sector financeiro. A *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO) criou um conjunto mínimo de requisitos (cada membro poderá incluir mais requisitos para além dos *standards* criados), constantes de um teste (*Fit and Proper Assessment – Best practice*) baseado num Relatório de Dezembro de 2009³⁵. Consideradas como as melhores práticas de supervisão, aplicam-se no momento do licenciamento e devem ser cumpridas durante todo o exercício da actividade. Também a Autoridade Bancária Europeia (EBA) desenvolveu estas exigências regulatórias internacionais, ao abrigo das competências vertidas nos art. 16º do seu Estatuto, aprovado pelo Regulamento EU nº 1093/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, e 91º da Directiva 2013/36/EU³⁶. Pretende-se a criação de um *level playing field* com alguma flexibilidade dos Estados-membros dentro de um princípio de proporcionalidade. A par dos instrumentos

³⁵ As Recomendações (ou melhores práticas) basearam-se no *Report on Consultation and Exchange of Information under Fit and Proper Assessments* preparado pelo *Emerging Markets Committee* da *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO), na sequência do mandato do *Working Group on Enforcement and the Exchange of Information* (WG4), e pode ser lido em <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD312.pdf>

³⁶ Cfr, Regulamentos EU nºs 1093/2010 e 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, ambos de 24 de Novembro de 2010, a as orientações EBA/GL/2012/06, de 22Nov2013. Acerca da mudança de arquitectura institucional e interregulação administrativa até e após os Relatórios Lamfalussy e de Larosière, CATARINO, 2010: 405 ss. Idem, 2012, a):150 ss; MAÇÃS, 1998: 185.

legislativos Comunitários secundários temos orientações genéricas que, numa base coercitiva-sancionatória (“comply or explain”), os reguladores nacionais da União devem seguir, como as “Orientações sobre a avaliação da aptidão dos membros do órgão de administração e fiscalização e de quem desempenha funções essenciais” (EBA/GL/2012/06, de 22Nov2013, adoptadas após um *Consultation Paper* de 18Abril a 18 de Julho de 2012 e uma audição pública sobre o tema).

Finalmente, permite-se também a densificação pelos reguladores nacionais ou outras autoridades nacionais competentes dos conceitos de idoneidade e as próprias empresas devem ter normas internas que conduzam e balizem a sua avaliação prévia de *fitness and propriety* dos seus titulares ou nomeados (cfr. art. 30º, nºs 6 e 8 RGIC). Sendo útil para a Certeza dos operadores, caberá alguma cautela e controlo na densificação regulamentar destes conceitos para que em matéria tão sensível de direitos, liberdades e garantias e direitos análogos se não assista a uma deslegalização ou a uma regulamentação administrativa *praeter legem* do âmbito material (ou subjectivo) que viole o princípio da legalidade e o bloco de constitucionalidade protegido pela “restrição das restrições” do artigo 18º da Constituição (*infra*).

3. O acto administrativo de autorização: um meio de controlo regulatório.

O controlo do exercício da actividade profissional em órgãos sociais de instituições de crédito, sociedades financeiras e empresas de investimento foi objecto de harmonização Comunitária mediante um regime de autorização administrativa prévia que permita o levantamento da proibição relativa de actividades. Ao contrário do que sucede numa licença ou concessão, não estamos aqui perante uma proibição absoluta ou uma reserva de actividade pública, mas na necessária ponderação da protecção de um interesse público perante o exercício de direitos pelos particulares. Para uma ponderação criteriosa pela autoridade competente é essencial a obtenção de informação, tendo sido criado um regime de cooperação administrativa e comunicação inter-regulatória, *vg* entre a Administração nacional e Comunitária (cfr. actuais artigos 14º a 33º-A e 65º a 72º do RGIC).

As técnicas regulatórias que se traduzem em actos de autorização administrativa (tal como os actos de aprovação, de notificação prévia, de mera comunicação, de decisão cautelar, e sancionatórios) têm de tomar em conta as implicações constitucionais. As *autorizações* são “actos administrativos *permissivos do exercício* por outrem de um direito, ou *constitutivos de direitos* subjectivos, ou criadores de um *status*”³⁷. Actos típicos do Estado (e Administração) de Polícia, eles exercem “uma *função preventiva* típica, porque a actividade prosseguida pelo particular está potencialmente em rota de colisão com um interesse público ou porque oferece *perigo* ou um *risco* (...)”³⁸. No âmbito da *Administração de controlo sectorial*, os procedimentos administrativos de

³⁷ CATARINO, 2010:387. *Vd* a completa classificação de GIANNINI, 1978, pp. 103-119.

³⁸ *Idem, ibidem*, pp. 404 ss. A *aprovação* é um acto administrativo autónomo que exprime um juízo de conformidade relativamente à legalidade de um acto jurídico praticado por outrem (ente público ou particular), dando-lhe usualmente eficácia. Nesta classificação de actos de intervenção prévia da autoridade administrativa como condição de exercício de direitos, Vieira de ANDRADE distingue entre actos de autorização *permissivos (autorização)*, actos de autorização *constitutivos (licenças)*, e *comunicações prévias* dos actos de exercício de direitos (como no caso das manifestações populares) – *cfr.* 2001a, 343, em sentido



LUÍS GUILHERME CATARINO

autorização são relevantes pelo seu *fim* de protecção e de prossecução de bens e interesses públicos mas também pelos *efeitos* sobre os direitos e interesses dos particulares. Na prática destes actos e perante os interesses em confronto impõe-se uma actividade que “administra a norma” ou lhe dá eficácia, transformando o acesso livre ao mercado, à livre iniciativa” e organização empresarial (na vertente da organização interna, de gestão e de exercício de actividade pelas empresas, art. 61º CRP), à liberdade de profissão enquanto componente do direito ao trabalho (art. 47º e 58º CRP), e à empresariabilidade (também na vertente dos direitos dos accionistas, art. 15º Carta dos Direitos Fundamentais da EU) num acesso de algum modo condicionado/regulado para protecção de bens da comunidade”.

A proibição (relativa) de actividade deve ser criteriosamente ponderada quando nos encontramos perante a pretensão de exercício de direitos ou liberdades fundamentais como o direito de desenvolvimento da personalidade, a liberdade económica, a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa e de profissão, a liberdade de contratação (*i.a.* laboral), o princípio de reconhecimento e de integração nacional da economia na União, ou o tratamento igualitário e não discriminatório face às liberdades económicas fundamentais com assento na Constituição Económica nacional e Comunitária (arts. 61º, 47º, 80º, c), 86º, nºs 1 e 2 CRP, 14º CEDH, arts. 1º, 2º parág., e 19º., 4º parág., Carta Social Europeia de 18Out1961, 26º e 45º ss do TFUE, 5º e 6º TUE, e 15º, 16º, 45º e 52º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). A par dos direitos e das liberdades económicas existem também direitos de personalidade a salvaguardar tendo especial impacto na suspensão e revogação administrativa de autorizações de profissão o direito ao bom nome, reputação e imagem que podem ser indelével e definitivamente afectados (arts. 26º, nº1 e 32º, nº2 CRP).

Embora estes direitos dos particulares possam ser “funcionalizados” pelo interesse colectivo como do funcionamento eficiente dos mercados (art. 81º, f) CRP) ou a defesa dos consumidores/investidores (art. 81º, i) CRP), a “densificação” legislativa deve ser conforme à Constituição material, e as limitações ou restrições a tais direitos e liberdades fundamentais não se podem traduzir na “nulificação” do seu núcleo essencial. A prática de actos administrativos de supervisão prévia ou contínua que sejam proibitivos, restritivos ou ablativos do exercício de tais direitos e liberdades ou da constituição de situações jurídicas ou de relações privadas, obedece a princípios de concordância prática, de necessidade e de proporcionalidade concretamente alegados e fundamentados que não anulem o seu âmbito e vinculatividade constitucional (art. 18º da CRP). Porque este sistema administrativo de autorização traduz uma forte compressão de direitos e liberdades eventualmente acompanhada de uma actividade intrusiva de verificação inspectiva, a Administração deve fazer uma leitura e aplicação restritiva das restrições seguindo o princípio *in dubio pro libertate*.

Mas esta técnica de regulação jurídica sectorial deve ser vista como mais do que uma ponderação de *restrição constitucionalmente fundada* e necessariamente *adequada* de direitos e

diverso da doutrina de base germânica, Sérvulo CORREIA, 1982, 461. Para outras classificações, Marcello CAETANO, 1980, I, 453-57; ROGÉRIO SOARES, 1981, 179-83; ESTEVES de OLIVEIRA, 1984, 397; FRACCHIA, 1996, 73; Fernanda MAÇÃS, 1998, 187; e GARCÍA de ENTERRIA e RAMON FERNANDEZ, 2000, II, 135-7.

liberdades fundamentais de trabalho, de profissão e de empresa por bens com relevância constitucional como a integridade do sistema financeiro (arts. 18º, nº2 e 101º CRP). O procedimento autorizatório não finda com um acto positivo de autorização e um acto (meramente) declarativo de registo no BdP (após registo comercial). É *contínuo* e traduz-se:

- (i) Na constituição de uma relação jurídica administrativa prévia de verificação de requisitos legais, como a capacidade profissional e a idoneidade pessoal - *adequação*;
- (ii) na posterior constituição de especiais relações jurídicas regulatórias entre o interessado e a Administração que permite a esta ulterior conformação de condutas individuais e profissionais do interessado- *manutenção da adequação*; e
- (iii) na capacidade de este assumir especiais obrigações jurídicas de cumprimento contínuo dos requisitos e de informação ao regulador ou de sujeição à “devassa” da sua privacidade em casos de inspecção ou investigação – *aferição da adequação*.

“Neste sentido se pode afirmar que o procedimento de autorização é *constitutivo nominado*, e um *adequado meio de controlo* perante actividades que, em princípio, se encontram condicionadas e cuja disponibilidade depende de um acto (público) que prossiga o interesse público³⁹”.

3.1. **A autorização como controlo prévio.** O acto de autorização é um importante instrumento de exequibilidade do *princípio da precaução* perante actividades de *risco*⁴⁰: risco para o interesse individual (risco individual) e para o interesse colectivo (risco sistémico). Para além do efeito do controlo imediato perante a verificação de condições legais, existe nesta autorização administrativa um efeito diferido no tempo: para além de permitir levantar uma proibição relativa a uma actividade e ao exercício de um direito preexistente (sucede em outros em que estejam em causa direitos ou liberdades constitucionais), um acto regulatório autorizativo prévio pode ter igualmente como efeito constituir uma relação jurídica regulatória que previna e controle no tempo o exercício de actividades perigosas – no caso, susceptíveis de gerar graves externalidades negativas para um conjunto indeterminado de usuários.

Por isso o legislador estatuiu fortes condições e poderes legais de verificação ou controlo público pelo regulador logo na fase inicial de actividade, sendo pouco aceitável uma omissão do regulador. Porquê?

Em primeiro lugar porque se é verdade que no momento “de entrada” num sector ou actividade o regulado detém mais informação que o regulador, é igualmente verdade que este detém uma maior discricionariedade de acção (na fase instrutória pode pedir informações e até realizar entrevistas ou audiências com o interessado) e de decisão (pode recusar a autorização ou impor condições).

Em segundo lugar, porque a actividade pública de autorização contém importantes externalidades positivas para a generalidade do público (para o usuário, o sector bancário e financeiro). Porque não tem de suportar qualquer custo como contrapartida (os cidadãos retiram

³⁹ Assim, ROGÉRIO SOARES, 1978.

⁴⁰ LOUREIRO, 2001: 790.

LUÍS GUILHERME CATARINO

destes actos vantagens sem quaisquer custos), e porque tais actos têm um impacto e um custo que incide sobre um número reduzido de destinatários (os regulados), que têm maior poder económico e meios de influência e de defesa (*vg* no contencioso administrativo de legalidade).

Actualmente o acto de autorização típico da Administração de Polícia assumiu efeitos mais *complexos*. Com efeito,

- a perfeição do acto de autorização (ou de proibição) necessita uma série de actos jurídicos e materiais intercalares ou interlocutórios quer da iniciativa dos particulares quer da Administração (e mesmo de outras entidades públicas nacionais e/ou supra-nacionais);

- o acto prolonga-se no tempo através de poderes de controlo e *vigilância* traduzidos em pedidos de informações, de esclarecimentos, de documentos legais e complementares;

- o acto implica com interesses de terceiros pois é muitas vezes acompanhado de uma actividade administrativa de avaliação colectiva (por exemplo a adequação plural ou de todo o órgão social) ou de obtenção de informação “*in situ*” (exercício do poder de inspecção ou de chamamento ao regulador); e

- pressupõe uma Administração de *cooperação* dada a relação regulatória constituída, e não *de ataque ou autoritária*”⁴¹.

As características complexas e contínuas do acto e do procedimento decorrem da atribuição de uma *função* de controlo de requisitos legais para o exercício da actividade em órgãos sociais - função típica da simples autorização para prática de um acto ou de uma operação⁴² -, mas também de uma *função* de conformação de condutas⁴³. Esta última função de posterior conformação de condutas, dita *operativa*, é produto da evolução da função administrativa de polícia e é mais óbvia nas autorizações de **funcionamento** ou de **actividades** como a que tem por *objecto* o exercício da actividade bancária. Para a prática pela Administração destes “actos-programa” a lei exige prototipicamente uma *programação* pelos interessados que vai ser acompanhada no tempo pelo regulador. É exemplo o pedido de autorização de constituição e de funcionamento de instituições de crédito ao Banco de Portugal: na instrução deve o requerente apresentar, entre outros requisitos, «o programa, actividades, implantação geográfica, estrutura orgânica, meios humanos e técnicos (...)» da instituição, a par de muitos outros requisitos como a “identificação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização com justificação dos proponentes quanto à adequação dos mesmos (...)” (arts. 14.º, 16.º e 17.º, n.º 1, al. a) e g) RGIC).

Esta função *operativa* ou de conformação de condutas tornou o acto de autorização mais complexo, numa era em que o Estado pretendeu intervir ou dirigir a economia cumulando-se com

⁴¹ Acerca da simplificação administração e da substituição dos controlos prévios por controlos “a posteriori” ou meras comunicações de início de actividade, e o *deficit* de supervisão daí decorrente (porque a autorização é o primeiro momento da supervisão), CATARINO, 2010: 287 e 382 ss.

⁴² As denominadas autorizações por operação na classificação de GARCIA de ENTERRÍA, 2000, I:, 138 ss,

⁴³ É GIANNINI quem distingue dentro da classificação ampla de *procedimenti autorizzatori*, os que têm *funzione di controllo* e os que têm *funzione di programmazione*, pp.136. Para uma visão completa sobre o procedimento autorizatório e a “reinvenção da autorização administrativa”, José Figueiredo DIAS, 2014.

LUÍS GUILHERME CATARINO

a função de controlo de requisitos legais típica das autorizações que têm por *objecto* a prática de um acto ou de uma operação. No caso da nomeação de novos titulares do órgão social numa instituição financeira, na sua renovação ou quando se verifique uma alteração da composição (art. 30º-B, nºs 2 e 7), em que as autorizações simples esgotariam o seu efeito após a sua prática a duração prolongada, definida ou indefinida, no exercício do cargo, constitui uma relação administrativa regulatória que vai para além da mera permissão de exercício de um direito.

O acto administrativo de aferição da adequação e da idoneidade pessoal para o exercício de um cargo social tem eficácia *duradoura* porque não esgota os seus efeitos no momento da sua prática: a sua execução postula uma constante exigência de manutenção dos requisitos iniciais e tal implica a possibilidade de o regulador conformar e determinar a conduta cujo exercício foi autorizado, *vg* através de ordens ou instruções (arts. 17º, nº2, c), 22º, nºs1, c), h), j) e 2, 30º-A, nºs 4, 6 e 9, 32º e 32º-A). A par dos actos secundários de anulação perante vícios invalidantes o RGIC prevê por isso a possibilidade de suspensão e de revogação destes actos favoráveis (arts. 14º, 22º, nº1, j) e 2, 30º-C, 32º, 32º-A e 70º, nº 4, c) - *infra*).

Existem outros actos administrativos *necessários* relativos aos membros do órgão de administração, *i*) quando a instituição nacional pretenda exercer actividades na União Europeia ou em países terceiros através de sucursais ou de filiais (arts. 36º, nº2, 42º-42º-A), ou *ii*) quando uma empresa sediada fora da União pretenda estabelecer sucursal em Portugal (arts. 44º, 45º e 57º *ss*). Neste sentido se pode dizer que as autorizações são *multilaterais* porque produzem efeitos para além das pessoas interessadas e da instituição (e do sector económico-financeiro nacional em que operam).

Pelo contrário, parece bastar uma *mera comunicação* nos casos de recondução dos titulares e de estabelecimento ou reforço em Portugal de sucursal de empresa com sede efectiva no território de um Estado-membro da União (arts. 69º, nº4 e 36º, nºs 2 e 3, 40º). No âmbito do procedimento de renovação de mandatos dos titulares do conselho de administração, não parece possível o efeito de deferimento tácito da nomeação dos titulares pois a exigência de mera comunicação de tal acto ao Banco de Portugal (nº 7 do art. 30º-B) é contrariada ao exigir para o seu registo comercial um comprovativo do acto (nº 8 do art. 30º-B) (!). Podem também ser praticados actos de autorização sob condição suspensiva ou reserva de revogação se o regulador necessitar obter esclarecimentos do visado, por exemplo através de uma entrevista pessoal (art. 149º do Código do Procedimento Administrativo – CPA - e art. 30º-B, nº 6).

Este acto de autorização é um acto de *controlo nominado, pessoal* (o controlo incide sobre as qualidades concretas da pessoa física constituindo-se uma relação não fungível com obrigações *propter homine*, embora o controlo singular possa a final ser preterido pelo controlo plural ou em favor da adequação colectiva). É um acto *duradouro* (porque se mantém durante o exercício da profissão autorizada e pressupõe a manutenção das condições e requisitos iniciais na pendência da relação regulatória), e com um conteúdo *discricionário* forte (a par das condições iniciais como aferição da idoneidade pressupõe a actualização e adequação pelos interessados a comandos legais). São estas características (e não a constituição de qualquer relação jurídica de supremacia)

que permitem a aplicação pelo regulador de actos administrativos de segundo grau como a suspensão, a revogação, o “cancelamento” ou a anulação e sanções administrativas - a par de outras formas de intervenção na actividade privada dos agentes⁴⁴.

3.2. Controlo jurídico *prévio* e o controlo *a posteriori*: importância da distinção entre o dever de precaução e o dever de prevenção. Na pendência desta relação jurídica duradoura assistimos a um acompanhamento administrativo de vigilância e controlo (supervisão contínua) traduzida num feixe de direitos e obrigações recíprocos que não assentam no juízo de prognose inicial quanto à idoneidade “como garantia de uma gestão sã e prudente”. As alterações ao RGIC ocorridas em 24 de Outubro de 2014 relativas à matéria das capacidades e incapacidades para o exercício de cargos sociais (na “adequação” e na idoneidade, arts. 30º a 33º-A) vieram assumir de forma mais nítida a distinção entre a actuação “*a priori*” (autorização ou recusa do exercício de uma actividade), a supervisão contínua (suspensão, substituição ou revogação da autorização) e a actividade reactiva (como as medidas de Polícia administrativa, as medidas provisórias ou cautelares preventivas ou conservatórias e as medidas sancionatórias).

A tradicional figura da autorização administrativa tornou-se mais complexa, como vimos. A par da verificação das condições iniciais que permitam a prática de um acto ou de uma operação, a realidade dinâmica da vida económica tornou este típico poder de polícia igualmente programador de actividades e conformador de condutas. Por isso o aplicador do Direito deve compreender que também a sistemática da actividade de supervisão conjuga momentos *estáticos iniciais*, como os actos prévios ao exercício de uma actividade ou uma operação (em rigor, também aí há supervisão para verificação da realidade e aferição do cumprimento do normativo legal), e momentos *dinâmicos posteriores*, decorrentes do controlo ou supervisão contínua (*i.a.* artigos 32º-32ºA) e de aprovação de renovação de mandatos, de suspensão ou de revogação administrativa dos mesmos.

Explicitando o que referimos antes, a *intensidade* dos actos administrativos de supervisão varia consoante o *momento* do exercício, *i.e.*, quando estamos a preencher e aplicar requisitos “de entrada” da instituição ou de uma pessoa singular numa actividade regulada, ou quando estamos a aferir dos requisitos no âmbito de uma relação jurídica regulatória já constituída e contínua (cfr. o art. 30º-D, nº 9).

3.2.1. Controlo *prévio* e princípio da precaução. O Estado de Direito Democrático tem de gerir os riscos e assegurar as expectativas presentes e futuras dos cidadãos e dos sistemas que levaram à criação de barreiras regulatórias. O acto de controlo *a priori* traduz um primeiro e importante momento de precaução e de salvaguarda de bens fundamentais face à incerteza de actividades produtoras de danos. A supervisão inicial deve funcionar como formulação de um juízo para aplicação de medidas antecipatórias, tipicamente actos administrativos de autorização ou de aprovação ou de recepção da prévia comunicação ao regulador, ou da sua recusa. Sendo real o *gap*

⁴⁴ Para uma visão administrativa das técnicas de intervenção, intromissão e controlo sobre actividades privadas no mercado financeiro como as supervisões, inspecções, investigação ou processos sancionatórios, suas características e distinção, CATARINO, 2010: 463 ss.

entre a informação detida pelo supervisionado e a informação detida pelo regulador, é natural que a intensidade do controlo público inicial seja superior (arts. 30º e 30º-D). Se os supervisionados não anteverem a possibilidade de prosseguir actividades ilícitas ou não autorizadas, o *risco* na autorização ou no licenciamento e supervisão prévia seria tão diminuto que o procedimento poderia ser muito simplificado. Esta *assimetria de informação* e o *princípio da precaução* levaram o legislador a obrigar a uma forte coordenação entre as empresas reguladas e o regulador, com uma intensa actividade de comunicação e obtenção de informação inicial (vd art. 17º, nº6) e à atribuição à administração de *poderes-deveres fortes*, como o de não levantamento da restrição de acesso à actividade.

Este acto administrativo de recusa é sobretudo um acto de *antecipação* e não de *mera prevenção* e deve basear-se em elementos objectivos (indícios fortes e presunções fundamentadas) que fundam a plausibilidade do risco ou a probabilidade de dano futuro a bens essenciais, e não numa mera incerteza. Como em todos os actos administrativos mas sobretudo nos actos típicos de polícia, assume um especial relevo garantístico o princípio da proporcionalidade entre o bem jurídico a proteger e os direitos fundamentais a limitar, pois a necessidade de uma medida concreta e a sua adequação face ao custo de um provável e futuro dano ou necessidade de medidas de intervenção deve sempre redundar na adopção da menos lesiva do direito do administrado.

3.2.2. O controlo *a posteriori* e a *prevenção*. Diversamente, os actos de controlo reactivo e de controlo *a posteriori* decorrem do exercício efectivo e continuado de poderes funcionais de conformação, de vigilância e de fiscalização, e podem ter uma função *preventiva* ou *conservatória*. Estabelecida a relação jurídica regulatória, o regulador detém fortes poderes-deveres de intervenção administrativa sobre o regulado e a sua actividade: *i)* de direcção e conformação de condutas; *ii)* de controlo e vigilância estática (recepção de informação, ou supervisão “on desk”) ou dinâmica (de inspecção e investigação, ou “on site”); *iii)* de colaboração necessária na prestação de todos os esclarecimentos ou para obtenção de informação necessária. A informação obtida através dos poderes formais e informais que a lei e a *praxis* atribuíram ao regulador é *funcionalizada*: são *poderes ao serviço das atribuições de defesa do mercado, das instituições e dos cidadãos* e devem determinar sempre que necessário e perante a plausibilidade de *riscos graves* ou certeza de um *perigo*, a atempada prática de actos de Polícia administrativa, ou medidas temporárias ou cautelares para prevenir ou descontinuar condutas lesivas do mercado e dos seus agentes, ou actos administrativos secundários de suspensão ou revogação de autorização da pessoa. E quanto mais fortes e intrusivos são os poderes públicos dos reguladores, maior é a informação e documentos detidos e disponíveis e o dever de agir preventivamente.

A acção não exige uma certeza absoluta - que usualmente só advém da concretização do dano - mas uma probabilidade forte e objectivamente fundada de um grave risco ou de um perigo, *real* e *actual* e *danoso*: a obrigação de o evitar é tão certa e real como o perigo de dano pelo que o regulador deve actuar preventivamente cerceando onexo causal. Como veremos, existem de há muito medidas administrativas de polícia para uma actuação extraordinária que permita

interromper o nexo causal com o dano potencial, afastando a responsabilidade pela omissão ou errado exercício de competências.

No caso concreto da idoneidade (ou adequação), a natureza da relação jurídica em causa, o feixe de deveres que se constituem nesta relação duradoura, e a supervisão contínua pressuposta, impediam já uma interpretação em que os requisitos de aferição da idoneidade constantes na redacção do art. 30º do RGIC (que vigorou até Outubro de 2014) fossem referência *absoluta* e *exclusiva* na supervisão “a posteriori” – ou que fossem critérios únicos para possível perda da idoneidade (cfr. arts. 32º, 70º, 118º, 143º). Os requisitos de idoneidade vertidos no actual art. 30º-Dº tornam mais clara esta dinâmica da regulação e consequente interpretação jurídica. É certo que o autorizado tem o dever de manter as condições que levaram à outorga da autorização mas tem o dever de se manter em constante conformidade com as ordens e os requisitos da regulação que vão vigorando no sector, dada a relação jurídica regulatória em que é parte. Pela outra parte, o regulador tem o dever de vigilância e controlo da manutenção dos requisitos iniciais para exercício da actividade mas também do cumprimento das demais condições legais e regulamentares e determinações jurídicas que acompanham no tempo o exercício da actividade.

Em suma, a falta superveniente de idoneidade não depende exclusivamente da perda dos requisitos legais iniciais, nem a violação das condições legais iniciais são *exclusivas* e *necessárias* para a fundamentação de um acto administrativo de suspensão ou revogação da autorização (ou de outra medida considerada proporcional e adequada – *infra*). Mesmo um caso de verificação superveniente de um facto que poderia obstar à autorização inicial - uma decisão judicial condenatória, por factos ilícitos de natureza criminal, contraordenacional ou outra – não pode traduzir numa declaração automática de inidoneidade exigindo-se uma fundamentação baseada na ponderação da gravidade ou reiteração dessa violação (cfr. o nº6 do art. 30º-D).

Se no acto inicial temos sobremaneira a necessidade de obviar a um *risco* através de juízos de *presunção* e de *prognose* fundamentais à formulação de uma medida de *precaução*, nas medidas *a posteriori* temos a mais das vezes uma convicção de *perigo*, uma presunção de que um dano ocorrerá se não houver a tomada de uma medida *preventiva* que interrompa o devir ou processo causal. E a não intervenção, na supervisão *a posteriori*, perante uma forte probabilidade de produção de um dano que ultrapassa o prejuízo geral e normal da vida em sociedade (*especialidade* e *anormalidade* do dano⁴⁵), pode tornar o não exercício de competências públicas a *causa* (e não mera *condição*) de dano. E ao Estado incumbe então o ónus da prova excludente da responsabilidade civil extracontratual⁴⁶.

4. Actos administrativo-regulatórios negativos e medidas de urgência.

⁴⁵ Cfr. o art. 2º da Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas.

⁴⁶ Acerca da responsabilidade dos reguladores, CATARINO, 2014:171-238.



LUÍS GUILHERME CATARINO

A autorização no Banco de Portugal (arts. 20º, nº1, h), 30º-B e C, 66º, h), 69º) é um acto administrativo primário constitutivo que visa *remover um limite legal* ao exercício de uma profissão e *investir uma pessoa num estatuto* especial. Usualmente o procedimento de autorização finda com um acto positivo de autorização e um acto meramente declarativo de posterior registo no BdP (após registo comercial), embora tal acto positivo possa ser sujeito a uma condição suspensiva necessária ao cumprimento de uma determinação (arts. 19º e 69º RGIC e 149º do CPA). Por regra, existe uma relação de proximidade, de cooperação e de lealdade entre os reguladores e os regulados (*responsive regulation*) que evitam um desfecho negativo. Em caso de dúvidas fundadas será usual o regulador requerer mais informação ou determinar a não indicação da pessoa em causa ou a sua substituição (a mais das vezes informalmente e “a instâncias” dos interessados, art. 125º e 131º CPA). Claro que neste último caso de actuação através de um Direito conformador de condutas informal e desprocedimentalizado, as garantias dos interessados vêem-se diminuídas face aos remédios à sua disposição se se traduzir, p.e., num acto administrativo de indeferimento. No entanto, tem a vantagem de evitar reflexos negativos para o futuro do visado e para a reputação da própria empresa e o mesmo deverá suceder se a decisão de inidoneidade for posterior ao início de actividades.

Mas o procedimento de autorização pode culminar com um acto negativo (art. 20º, nº1, j) RGIC, 299º CodVM e 152º CPA).

4.1. Os actos administrativos de autorização, de recusa, de registo, e revogação. A autoridade administrativa deve recusar a autorização e conseqüente registo de pessoas que não preencham os requisitos legais de idoneidade (adequação) para serem titulares de órgãos sociais *supra* referidos (arts. 30º-B, C e D, 69º, nº1 e 4 e 72º, e) - *infra*. A já referida eficácia duradoura permite a prática de actos administrativos secundários, suspensivos ou resolutivos, oficiosamente (por exemplo no âmbito de relações de supervisão ou de sanção, arts. 30º-C, nº4, 32º, nº4, 70º, nº4, 141º, nº1, c), 216º-A, nº1 b), 227º-A, nº2 ou 212º, nº1, d)) ou a pedido do próprio ou da instituição (casos de renúncia ou de conhecimento pela instituição de factos com relevância para a idoneidade, art. 32º, nºs 1-3).

O acto administrativo primário que *afasta uma proibição relativa de exercício de um direito* ou *investe alguém num estatuto jurídico* limita a liberdade da Administração, vg da posterior prática de actos secundários ablativos (como a revogação) que poderiam minar a Confiança gerada pela criação, reconhecimento, declaração ou ampliação de direitos de particulares. Para além das regras gerais de revogação (por assentimento dos interessados ou na parte que lhes é desfavorável, art. 167º CPA), a revogação é possível nos casos de aposição de uma cláusula de reserva de revogação ou por expressa previsão legal. Os actos de revogação ou de anulação dependem da observância dos princípios legais e procedimentais fundamentais que regem uma intervenção pública ablativa sobre a esfera privada (casos de reserva de lei ou negocial), conforme previsão legal dos artigos 22º e 30º-A, nºs 4 a 7:

- i) Porque a autoridade estava em erro quanto à verificação das condições legais necessárias à prática do acto de autorização (a denominada “revogação-anulação”, art. 22º, nº1, a) e j), hoje denominada anulação com o regime-regra previsto no art. 136º do CPA);
- ii) Pela ocorrência de um facto objectivo superveniente que determina uma alteração das condições legais operativas que permitiam a manutenção desta relação regulatória de trato sucessivo (“revogação-cancelamento”, arts. 14º e 22º, nº1, b);
- iii) Pelo não exercício, prolongado, da profissão, ou por decurso de um prazo ou circunstâncias que extinguem os efeitos do acto (“revogação-caducidade”, art. 22º, nº1, d)); ou
- iv) Pela verificação de graves irregularidades ou ilícitos (“revogação-sanção”, art. 22º, nº1, e), h), j), k), m) - *vd* art. 18º, f) da *CRD IV*).

O acto administrativo de revogação, seja por facto próprio ou por facto da empresa, distingue-se dos actos administrativos sancionatórios vertidos no regime especial do direito de mera ordenação social (arts. 200º segs). Tratámos anteriormente do problema da necessidade de distinção entre aqueles actos administrativos desfavoráveis e os actos administrativos sancionatórios, e da necessidade de aplicação do procedimento legalmente devido (*due process of law*) em termos de garantias dos arguidos sempre que os actos revistam natureza sancionatória. Se o acto tem uma *finalidade* punitiva, tem como *fundamento principal e directo* a ilicitude, depende de um *juízo* discricionário de graduação (gravidade do ilícito, e de valoração da conduta ilícita), estamos perante uma sanção e vigoram de pleno os princípios do *jus puniendi*⁴⁷. Neste caso, a conformidade constitucional do acto administrativo secundário denominado de revogação-sanção (e a posterior revogação necessária do registo) dependerá da prévia existência de uma decisão sancionatória condenatória. Sendo proferida também uma sanção acessória (melhor se diria “complementar”) de inibição do exercício da profissão, o acto de autorização deve ser revogado (ou objecto de reavaliação consoante os prazos do mandato e da sanção), o que implica o cancelamento *ipso jure* do registo.

A prática do acto de revogação ou de anulação está sujeita ao regime dos actos administrativos secundários, e aos princípios da competência e do paralelismo da forma e do procedimento. Sem necessidade de prática de actos e formalidades que sejam inúteis ou dispensáveis por natureza – fora dos casos de iniciativa oficiosa a audiência prévia poderá ser dispensada relativamente ao requerente já ouvido ou quando estejam em causa meramente questões de Direito (arts. 121º-5º, 170º-1º CPA) – a fundamentação e a notificação são essenciais (art. 152º-3º, todos CPA), sendo o acto susceptível de impugnação mediante os meios jurisdicionais gerais e os urgentes e cautelares (arts. 46º, 97º, 112º ss CPTA, e 12º RGIC).

4.2. Os actos restritivos urgentes (medidas provisórias, medidas de polícia e medidas cautelares). No âmbito da actividade administrativa de supervisão contínua o regulador pode tomar as medidas desfavoráveis excepcionais que se revelem temporal e estruturalmente mais adequadas à imediata protecção da ordem pública do mercado. Encontramos por isso as

⁴⁷ CATARINO, 2010: 331 e 650, 757.

LUÍS GUILHERME CATARINO

designadas *medidas de constrangimento* como as medidas de *vis física* que permitem no âmbito de uma acção de supervisão que os inspectores recorram, se necessário, à força policial, para que os visados conformem de imediato o seu comportamento com a norma, com uma decisão concreta ou com um contrato, de forma imediata, para restaurar a ordem pública no sector bancário (arts. 41º-2º e 54º RGCORD)⁴⁸.

Estas medidas de excepcionalidade traduzem-se (1) numa ameaça ou no uso da força, (2) não procedimentalizada, (3) vinculada à legalidade e demais princípios que regem a actividade pública (como da imparcialidade, da boa-fé e da proporcionalidade), (4) fundada na urgência ou necessidade resultantes de factos que, atentas as regras da experiência e da técnica, traduzam um perigo *concreto, real e actual* para o interesse público.

É sobremaneira importante enfatizar esta vertente de perigo real dada a dinâmica social dos grupos. Num determinado contexto global ou em que o medo é polarizado por grupo ou lançado para a sociedade em cascata (*inter alia* pelos *media*), um meio determinado, um sistema ou um grupo podem assumir como real e muito sério um risco baseados no contágio de um mero medo (o livro de Kindleberger de 1978 é um clássico essencial sobre a questão do contágio e do pânico e seus efeitos⁴⁹). *Social influences, including cascades effects and group polarizations, both heighten and diminish fear. The result is a situation in which people often show baseless fear and confidence about situations that pose genuine danger*, o que pode determinar, sobretudo em ecossistemas profissionais e sociais fechados, fenómenos nocivos de excesso ou de falta de actuação⁵⁰.

Existem várias *medidas temporárias* ou provisórias que visam proteger *directa e imediatamente* o mercado, permitindo uma actuação *preventiva* de cariz *negativo* ou *ablativo* que *obste à prática* de um acto ilícito ou a *um dano ou perigo* para o interesse público, grave e eminente. Apesar de as alterações legislativas ocorridas em 2014 e 2015 no RGIC terem consagrado expressamente alguns meios de intervenção urgente no domínio das idoneidades, existiam já medidas de polícia, medidas provisórias e cautelares que permitiam aos reguladores intervir em caso de urgência para salvaguarda do interesse público do mercado⁵¹. Assim:

a) As *medidas de polícia* decorrem das funções de vigilância e fiscalização conaturais à actividade da Administração e destinam-se a fazer cumprir no imediato a legalidade perante actos de violação, de forma a garantir a ordem pública geral ou sectorial e prevenir a ocorrência de danos. São particularmente importantes no âmbito financeiro pois pressupõem uma grande flexibilidade, desformalização e desprocedimentalização, obedecendo a uma ampla discricionariedade de *acção* e de *decisão* o que se conjuga perfeitamente com um espaço onde

⁴⁸ Aprovado pelo Decreto-lei 433/82, de 27 de Outubro. Acerca do especial estatuto de independência funcional dos inspectores e do especial regime jurídico da actividade de inspecção levada a cabo pelos colaboradores dos reguladores (actividade actualmente desprocedimentalizada e não expressamente regulada), com propostas para a sua procedimentalização e normativização, CATARINO, 2010:467 ss.

⁴⁹ KINDLEBERGER, Charles e ALBER, Robert, 5ª ed., 2005, *Manias, Panics, and Crashes: A History of Financial Crises*, N. Jersey, Wiley Investment Classics

⁵⁰ SUNSTEIN, 2005: 98.

⁵¹ O presente texto procede à actualização de parte do nosso artigo de 2010, "Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários", publicado na obra colectiva coord. Paulo OTERO e Pedro GONÇALVES.

LUÍS GUILHERME CATARINO

existe um “tempo económico”. Corresponde a este espaço de acção um espaço temporal de especiais necessidades de urgência balizado pela *utilidade* e *eficácia* do efeito das medidas de intervenção do regulador - sobretudo das que transferem o risco decorrente de práticas que possam afectar o mercado na forma e tempestividade requeridas⁵².

A maioria destas medidas de polícia traduz-se em ordens, proibitivas ou prescritivas, e são muito utilizadas no âmbito da regulação e intervenção económica onde cresceram e se desenvolveram. A sua competência foi cometida ao Banco de Portugal, facto decorrente não só de caber a esta instituição autorizar a constituição e funcionamento das instituições de crédito e empresas de investimento e aferir da idoneidade dos titulares de órgãos sociais e de participações qualificadas, como monitorizar todo o seu percurso e vicissitudes (alterações de pactos sociais, da composição dos órgãos, da detenção de participações qualificadas) até à extinção. No entanto, para que não existam *regulatory failures* e para uma maior celeridade e eficácia no caso de competências comuns deverá haver uma necessária concertação administrativa entre reguladores com competências no sistema financeiro através de reuniões ou conferências a realizar no procedimento da autoridade que inicie o procedimento para aplicação da medida (arts. 77º ss CPA).

Entre as medidas correctivas ou de Polícia temos a possibilidade de proferir determinações ou injunções concretas a pessoas ou instituições (art. 116º, nº1, c)), a determinar a adopção das medidas correctivas previstas no art. 116º-C e de suspensão provisória de funções de qualquer membro dos órgãos sociais “em situações de justificada urgência e para prevenir o risco de grave dano para a gestão sã e prudente” (medidas aplicáveis também aos titulares de funções essenciais, arts. 32º-A e 33º-A). Também no caso de irregularidades praticadas em território nacional por sucursais estrangeiras ou escritórios de representação o Banco de Portugal pode tomar as providências que entenda convenientes para prevenir ou reprimir novas irregularidades, e em caso de urgência pode adoptar as medidas necessárias a prevenir a instabilidade financeira antes de fazer a comunicação à autoridade congénere (arts. 30º-C, nº7, 53º).

O regulador tem o poder-dever de interferir na gestão da empresa quando a não considere “sã e prudente” ou quando a instituição realize ou pretenda realizar operações que a coloquem em perigo (art. 118º). São exemplos de actos de intervenção na gestão de empresas privadas a tomada imediata de medidas extraordinárias sobre instituições, mercados ou operações, e que podem ser aplicadas pelo Governo quando as irregularidades coloquem em risco a economia nacional (“grave perigo” estatui o art. 91º). Tal sucederá, por exemplo, nos casos de insolvência ou desequilíbrio financeiro de instituições financeiras de importância sistémica.

No caso de se verificar a prática de actos que coloquem em “sério risco” o “equilíbrio financeiro ou a solvabilidade de uma instituição ou possam constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro” (art. 145º, nº1, “in fine”), pode o Banco de Portugal proceder à suspensão de

⁵² Acerca das medidas de polícia sectorial da CMVM e do BdP e os problemas que levantam no âmbito do *due process of law* ou processo devido em Direito para medidas com finalidade preventiva face à punitiva, Sérvulo CORREIA, 1993: 393; CATARINO, 2010: 592; 595 ss.

órgãos sociais, designar um ou mais administradores provisórios, vetar ou anular deliberações da Assembleia Geral (medidas englobadas nas anteriormente existentes “providências de saneamento” do art. 116º, nº1, d)), e toda uma panóplia de medidas de polícia previstas nos artigos 145º e 145º-A. Estas medidas de polícia podem ser aplicadas simultaneamente com *medidas provisórias especiais* que se enquadram no âmbito de procedimentos administrativos de intervenção correctiva, de administração provisória ou de resolução previstas no Título VIII do RGIC (*infra*).

No âmbito comportamental, o Regulamento (UE) n.º 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, que criou a Autoridade Europeia de Supervisão dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ou ESMA), atribuiu competências a esta agência comunitária para suspender ou proibir serviços ou actividades de intermediação financeira ou a venda de produtos financeiros num ou mais mercados de Estados-membros, a um ou mais intervenientes, que constituam uma séria ameaça às atribuições de defesa do mercado para que foi criada (art. 8º, nº2, als. e) e f), 9º, nºs 3 e 5, 22º).

Estas medidas de Polícia estão igualmente previstas para adopção de outras autoridades nacionais como a CMVM na já referida MiFID II a entrar em vigor em 3 de Janeiro de 2017 (embora com possível adiamento). *Inter alia*, prevê-se a possibilidade de imposição de medidas correctivas necessárias como “exigir uma interdição temporária do exercício de uma actividade profissional” de intermediação ou “exigir a suspensão da negociação de um instrumento financeiro”, mas também “exigir a saída de uma pessoa singular do conselho de administração de uma empresa de investimento ou de um operador de mercado” (art. 66º, nº2, f), m) s).

As medidas de política têm um escopo de garantia imediata da legalidade em geral e da ordem pública geral ou especial, devendo obedecer ao princípio constitucional da *tipicidade* e da *intervenção mínima*. As medidas de polícia são as previstas na lei, e embora a fronteira possa ser por vezes difícil de traçar, estas medidas temporárias não são incluídas em procedimento sancionatório (*cf.* o Acórdão do TC nº 336/91, de 3Jul1991). Não devem ultrapassar a *medida necessária* (arts. 61º, 18º, 272º, nº2 CRP), o que implica uma rigorosa aplicação e controlo dos princípios da *legalidade*, *necessidade*, *adequação* e *proporcionalidade*.

b) *Na pendência* ou *por causa* de um procedimento administrativo não sancionatório em curso, podem ser tomadas **medidas provisórias** que se revelem necessárias e adequadas para prevenir uma lesão grave ou de difícil reparação de interesses colectivos ou públicos normativamente protegidos (*periculum in mora*) ou para que os actos que venham a ser praticados pelo regulador no fim do procedimento administrativo mantenham a sua eficácia – *cf.* a previsão genérica no artigo 89º (ex-art. 84º) do Código do Procedimento Administrativo, “Admissibilidade de medidas provisórias”.

Estas medidas são por natureza *temporárias*, *autónomas* da decisão final, e *independentes* da fase do procedimento de que dependem, não se confundindo com actos *preparatórios* (que se destinam a preparar o acto final) nem com actos *provisórios* (que pretendem regular provisoriamente uma situação jurídica). Podem ser decretadas pelo regulador oficiosamente ou a



LUÍS GUILHERME CATARINO

pedido para verificação de requisitos ou de sanção da sua falta. Por exemplo a suspensão de um administrador no âmbito de um procedimento de verificação superveniente de falta de idoneidade; a suspensão do exercício de funções para realização de uma reavaliação da idoneidade e de sanção de requisitos considerados insuficientes (inclui os casos de administradores designados mas também aqueles em que é possível o início de actividade antes da designação); a alteração da composição da administração ou da recondução se deixarem de se verificar os requisitos de adequação do órgão. Em todos estes casos o regulador necessitará tomar medidas provisórias enquanto averigua da veracidade ou completude dos requisitos legalmente exigidos e da sua manutenção, fixando prazo para suprir insuficiências ou suspendendo um titular ou todo o órgão para redistribuição de pelouros ou de pessoas ou prestação das informações consideradas necessárias (arts. 30º-B, nºs 2, 3 e 7, 30º-A, nºs 6 a 9, 32º, nº4, 69º-70º e 72º).

Entre as medidas provisórias poderá ser oficiosa a suspensão ou substituição de um ou mais administradores no âmbito do procedimento de adopção das medidas de intervenção correctiva previstas no Título VIII do RGIC, medidas que se destinam a salvaguardar a solidez financeira individual ou sistémica ou os interesses do público depositante (*cf.* arts. 139º, 142º, nº3, e 145º, nº1, primeira parte).

A suspensão de funções pode ser voluntária ou depender de deliberação do regulador mas também pode ser automática e operar *ope legis* como sucedia nos casos em que sejam adoptadas as denominadas “medidas de resolução” – em Março de 2015 o legislador optou por uma solução normativa e funcionalmente questionável, de substituir a suspensão de funções nos órgãos pela sua cessação automática (arts. 145º-E e F).

No âmbito financeiro existem *medidas provisórias especiais* de salvaguarda do interesse público e conservatórias da ordem pública financeira. Estas medidas nominadas são da competência do Banco de Portugal dado o cariz prudencial dos potenciais efeitos, individuais ou sistémicos, mas também da CMVM (*cf.* arts. 139º ss do RGIC e 412º CodVM). Tal como sucede no âmbito das medidas de polícia, é essencial que os reguladores se articulem previamente à adopção de medidas administrativas que tenham potencial impacto na actividade seguradora ou da intermediação financeira, sem prejuízo da intervenção do Governo no âmbito dos poderes-deveres de organização da Administração Pública e de superintendência e tutela da administração indirecta (art. 199º CRP).

Por medidas provisórias *especiais* referimo-nos à adopção de medidas no âmbito de providências extraordinárias de saneamento de instituições de crédito em caso de insolvência ou desequilíbrio financeiro ou que se destinem à salvaguarda da “solidez financeira da instituição de crédito, dos interesses dos depositantes ou da estabilidade do sistema financeiro” (art. 139º, nº1). Estas medidas de intervenção supervisora, correctiva, de administração provisória ou de resolução (a que poderíamos acrescentar o procedimento de insolvência) têm uma diferente graduação decorrente da diferente gravidade da situação factual que as funda e dos seus pressupostos legais numa apreciação prospectiva de risco e de consequência. Há por isso uma *ordem legal de precedência* nesta intervenção preventiva (o que é diferente de existir uma *relação de precedência*,

LUÍS GUILHERME CATARINO

i.e., de uma medida só poder ser aplicada após aplicação de outra, art. 140º) que resulta clara do articulado legal (cfr. arts 141º, nº1, 144º, 145º, nº1, 145º-E, nº2 e 145º-H) e da aplicação dos princípios constitucionais de intervenção mínima, da adequação e da proporcionalidade. Pelo seu impacto sobre a instituição financeira e demais usuários do sistema, todas as medidas provisórias especiais de intervenção devem preceder, por ordem de gravidade e de necessidade, as medidas de resolução ou de insolvência (arts. 116º e ss. e 139º ss⁵³).

A maioria das medidas previstas dispõem também sobre a possibilidade de suspensão, a substituição de um ou de todos os titulares dos órgãos de administração (e de titulares de funções de direção de topo, arts. 141º, nº3, 145º-F, nº3), a sua destituição, a designação de um ou mais administradores provisórios. O articulado actual é de difícil interpretação pelo aplicador do direito:

- i) é confuso na ordem de precedência da aplicação de medidas (cfr. a conjugação dos arts. 141º, nº1, s), 142º, nº3, 144º, a) e 145º, nº1, primeira parte, 145º-A);
- ii) a natureza de algumas medidas provisórias especiais aproxima-as das verdadeiras medidas de polícia (cfr. arts. 145º, nº1, “in fine” e 145º-A, nº1);
- iii) nalguns casos podemos estar perante medidas cautelares típicas de procedimentos sancionatórios ou mesmo de sanções automáticas⁵⁴ não incluídas em procedimento sancionatório (cfr. arts. 145º, nº1, *in fine* e al. a), 145º-F, nº1);
- iv) finalmente, parece entender que a comunicação à instituição para substituição ou destituição de um membro do órgão de administração pela verificação superveniente da falta de idoneidade é uma medida correctiva (cfr. arts. 141º, nº1, s) e 32º).

Estas medidas administrativas especiais têm de original o facto de consubstanciarem um procedimento de recuperação de empresas e/ou insolvência especial não judicial (art. 152º), no qual o Banco de Portugal pode proceder a verdadeiros actos administrativos de *dispensa* de deveres legais (vd. art. 145) intervindo na titularidade, estrutura e gestão de empresas privadas (art. 86º, nº2 CRP). A par da aplicação dos citados princípios gerais que regem toda a administração, o seu cariz *excepcional* potencialmente colidente com direitos, liberdades e garantias fundamentais, da economia de mercado (de iniciativa e propriedade privada) e do Estado de Direito democrático (regra da justa indemnização no caso de intervenção definitiva em empresas privadas ou de prévia decisão judicial na intervenção provisória), implica uma especial fundamentação de facto e de Direito. A par da sua necessidade e adequação o regulador deve ter em mente que tais actos têm de obedecer ao princípio da restrição das restrições e a uma concordância prática que não esvazie de conteúdo os direitos fundamentais com que colide (art. 18º da Constituição).

⁵³ A estatuição de que o “Banco de Portugal não se encontra vinculado a observar qualquer ordem de precedência” na escolha das medidas de intervenção (art. 140º) deve ser interpretada conforme a Constituição e os princípios gerais da actividade administrativa que o regem (arts. 18º, 266º-268º), vedando uma aplicação automática e impondo a graduação que cumpra a proporcionalidade e igualdade e a proibição do excesso,.

⁵⁴ Acerca do problema da conformidade constitucional das sanções administrativas (contra-ordenações), vg das “automáticas”, o nosso trabalho anterior – CATARINO, 2010:692 ss.

LUÍS GUILHERME CATARINO

c) Podem ser igualmente tomadas medidas administrativas provisórias no âmbito sancionatório. As **medidas cautelares**, que se distinguem das “sanções acessórias” pela natureza instrumental, também têm carácter *provisório ou temporalmente limitado*, são *excepcionais* (atento o princípio da presunção de inocência) e *instrumentais* a um caso concreto ou a um procedimento. Têm como finalidade *pôr termo* imediato aos efeitos prejudiciais de uma conduta ilícita ou *prevenir* o efeito útil de uma investigação ou decisão sancionatória (*cf.* arts. 216º-A, nº1, b) RGIC e art. 412º, nº1, a) e b) CodVM).

Quais as condições da sua aplicação? A existência de indícios suficientes (aparência de *fumus boni iuris*) que permitam concluir numa *summa cognitio* pela verosimilhança e plausibilidade da prática de um facto ilícito lesivo do interesse geral, eu sejam *necessárias* face à *urgência* em evitar prejuízos graves ou irreparáveis a produzir antes de uma decisão definitiva (*periculum in mora*) ou em evitar que as medidas que venham a ser tomadas percam eficácia. A sua discricionariedade e conseqüente legalidade encontra-se balizada pela *razoabilidade* perante a *finalidade* que prosseguem, a *proporcionalidade* perante os efeitos do ilícito e os interesses a defender, e pela *finalidade* (não punitiva) e *necessidade* de garantir a eficácia de uma eventual resolução final.

Quais as medidas cautelares sectoriais previstas? Estas medidas consistem *tipicamente*: (i) na possibilidade da suspensão “preventiva” de alguma(s) actividade(s) ou funções exercidas pelo “arguido” (o que pressupõe a constituição do sujeito como arguido) ou (ii) na sujeição de tais actividades a condições “determinadas”, consideradas “necessárias”, nomeadamente o cumprimento de deveres de informação.

Estas medidas são imediatamente exequíveis e podem ser aplicadas sem audição prévia dos visados ou interessados (o recurso da medida tem efeito meramente devolutivo, art. 216º-A, nºs 2 e 5), vigoram sem limite temporal até à sua revogação por decisão final (administrativa ou judicial), caducidade ou início de cumprimento de sanção acessória *homogénea*. Devem ser igualmente *revogadas quando durante o processo* deixem de se verificar os pressupostos ou circunstâncias que levaram à sua aplicação (extinguindo-se em caso de prescrição do procedimento). A lei aceita a *fungibilidade* das medidas cautelares com posteriores sanções acessórias, o que impõe a homogeneidade das medidas, sua natureza e efeitos, procedendo-se por isso ao desconto de tempo que durou (arts. 216º-A, nº4 RGIC e 412º, nº4 CodVM).

A homogeneidade deve igualmente impor a sua caducidade quando se cumpra o tempo máximo fixado para a correspondente sanção acessória sob pena de, com base num mero juízo perfunctório, se permitir materialmente a imposição de uma sanção atípica e sem o processo devido em Direito e indeterminada pela falta de *quantum*, colocando também em causa o núcleo essencial do direito fundamental à profissão e ao trabalho. Exige-se por isso uma especial diligência processual ou procedimental sob pena de violação do direito fundamental a uma decisão num prazo razoável (refracção de um *due process of law* vertido no artigo 20º, nºs 4 e 5 CRP, e no artigo 6º CEDH)⁵⁵.

⁵⁵ O facto de um arguido ser objecto de medidas cautelares implica que o *dominus* do processo tenha um dever de diligência acrescido na sua célere resolução, e o princípio da necessidade e da proporcionalidade deverão levar a que as dificuldades de

A dificuldade dogmática em saber quando se inicia materialmente um procedimento sancionatório sobretudo face a um procedimento de supervisão – o que tem importância pela aplicação de um regime jurídico mais garantista para os investigados e arguidos, mas também face aos problemas, reais, de validade da prova recolhida e de aplicação de segregação de actividades administrativas –, é facilmente ultrapassável para o regulador: depende formalmente de uma deliberação de abertura do processo pelo órgão competente (art. 213º)⁵⁶. Estas medidas podem por isso ser aplicáveis de forma célere e com efeito útil, devendo ser posteriormente analisadas e alteradas ou revogadas consoante se verifiquem alterações nos factos que lhe deram origem ou cessem as circunstâncias (*causa*) que as fundamentaram, cumprindo-se assim os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade (art. 216º-A RGIC).

5. Âmbito subjectivo da autorização administrativa: os titulares, os trabalhadores em funções essenciais e a funcionalização do órgão.

O acto de autorização (seja operativa, de funcionamento ou “autorização-programa”) depende do preenchimento de condições legais, e na idoneidade estão subjacentes características pessoais e profissionais das pessoas que pretendem titular os órgãos sociais. Veremos que os proponentes (sociedade, interessados e seus representantes) assumem conjuntamente com a “proposta de actividade” a fundamentação legal de *fitness and propriety* de tais indivíduos (art. 17º, nº1, b). É neste momento inicial que se coloca com maior acuidade a necessidade de eles fundamentarem e de justificarem os requisitos de idoneidade (e de adequação), dada a falta de informação detida pelo regulador.

As pessoas singulares objecto destes actos administrativos de autorização ou *Key Persons*⁵⁷ são pessoas que têm ou terão funções de responsabilidade na gestão, na superintendência e na administração de uma instituição ou empresa *licenciada* ou *autorizada* para actuar num *sector económico fortemente regulado*. Abrange os membros dos órgãos de administração e de fiscalização das instituições de crédito e de sociedades financeiras além de outras funções que o

obtenção de prova ou de fundamentação afastem o sacrifício assim imposto. Tivemos oportunidade de afirmar, a propósito da análise da Jurisprudência do TEDH na sua aplicação do artigo 6º da CEDH ao direito de mera ordenação social, que o dever de decisão num prazo razoável e a responsabilidade pela sua violação se encontram estritamente ligadas ao processo, ao seu conteúdo e actividade das partes e não só à apreciação temporalmente quantitativa – CATARINO, 2010: 748 ss. *Idem*, 1999: 3.

⁵⁶ Questão diversa e sobre a qual tivemos oportunidade de nos debruçar anteriormente, é *quando deve* a Administração declarar o início de um processo de contra-ordenação no âmbito de uma acção de mera supervisão em curso... Nesta matéria mantém-se uma porosidade regulatória com uma clara deferência judicial e doutrinária face aos poderes de investigação e sanção pela Administração independente que contrastam vivamente com o escrutínio a que têm estado sujeitos os órgãos de investigação criminal e o próprio Poder Judicial no âmbito do processo criminal - MAÇÃS, 2006; 31.. A propósito do aprofundamento do estatuto do arguido e da aplicação dos princípios fundamentais dos processos sancionatórios a este ramo de Direito, CATARINO, 2010: 343 e 441; *Idem*, 2014:174 ss; 197 ss.

⁵⁷ A IOSCO considera aplicáveis as melhores práticas de avaliação de *fitness and propriety* a outros agentes do Mercado e *stakeholders* para além das *Key Persons* - *any person responsible for managing or overseeing, either alone or together with another responsible person, the activities of a licensed provider relating to the rendering of financial services*, <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD312.pdf>.

legislador venha a prescrever no respeito pelo regime constitucional de restrição às restrições profissionais. As exigências de *fit and proper* têm, dissemo-lo já, um forte cunho prudencial pelo que a vontade administrativa se encontra balizada e funcionalizada: a deliberação de recusa de autorização só se pode fundar em factos objectivos de que decorra a existência de fortes indícios (*probable cause*) de uma falta de idoneidade, que trará uma probabilidade real de não assegurar no futuro e em permanência (*juízo de prognose*) as garantias de gestão sã e prudente das instituições de crédito (adequação), ou, de modo particular, de não ser apta a salvaguardar o sistema financeiro e os interesses dos respectivos clientes, depositantes, investidores e demais credores” (art. 30º, nº2). Porque tal qualidade se deve manter durante todo o mandato, a instituição financeira e o próprio assumem deveres de verificação periódica da manutenção das qualidades legais exigidas, de comunicação e mesmo de denúncia e participação de irregularidades (“e indícios sérios de infracções a deveres” constantes do Regulamento 575/2013), art. 32º.

Assiste-se hoje a um alargamento do âmbito subjectivo dos actos de autorização. A conjugação do fenómeno da globalização financeira e da concentração empresarial (horizontal ou vertical, ou por conglomerado) implicam alargar o âmbito das pessoas colectivas cujos titulares de órgãos sociais são objecto de controlo: não necessita demonstração, por exemplo, que a insolvência de empresas que actuem como contrapartes centrais ou que girem sistemas de liquidação e compensação, se traduzirá na criação de um “buraco negro” no sistema financeiro. A concentração também postula uma necessidade (real) de delegação de fortes responsabilidades de *governance* e de direcção em níveis pessoais funcionais mais baixos da pirâmide hierárquica das instituições financeiras. A eficácia da desconcentração e a ética da responsabilidade individual implicam avaliar outras pessoas chamadas a “funções que lhe confirmam influência significativa na gestão da instituição de crédito” - as designadas funções relevantes ou essenciais (art. 33º-A), ou de “direcção de topo” (art. 3º, nº1/7 da CRD IV).

Comparando o actual regime jurídico da adequação com o normativo vigente no início do séc. XX, as exigências legais de *fitness and propriety* tendem por isso a alargar-se. A Directiva *CRD IV* assumiu um forte intervencionismo na gestão das empresas que no âmbito das instituições de crédito tornou as funções de direcção superior administrativamente *controladas* ou *supervisionadas* (arts. 33º-A, nºs 4 a 5 e 32º, nº4). Esta “chamada” à direcção da instituição de outras pessoas para além das titulares de órgãos de administração e de fiscalização tem o seu expoente máximo num regime de corresponsabilização sancionatória, aparentemente objectiva (arts. 204º e 226º⁵⁸). O legislador enumera como detendo funções essenciais para a salvaguarda do sistema e como tal sujeitos a avaliação e autorização, os responsáveis pelas áreas de *compliance*, de auditoria interna, de controlo e de gestão de riscos. Mas não só. Por um lado, através de norma

⁵⁸ Não cumpre desenvolver aqui esta vertente. Estes requisitos também se aplicam à *própria entidade que desenvolve actividades reguladas*. A sua condenação em processos-crime (de mercado, fiscal, patrimonial), em processos de contra-ordenação de que resulte a aplicação das denominadas sanções acessórias (publicidade, suspensão temporária de actividades), também poderão redundar a final no cancelamento da autorização - arts. 70º, nº3 e 30º, nº3 e CRD IV. Estaremos perante aquilo que se denomina de “revogação-sanção” (infra). Sobre a matéria administrativa sancionatória (contra-ordenações), os seus limites constitucionais, tipos de sanções e seus efeitos (incluindo a figura da revogação-sanção), CATARINO, 2010: pp. 557 ss; pp. 610 ss, e vasta bib. aí citada.

legislada expressa conforme aos princípios constitucionais e direitos fundamentais, o legislador ou o regulador legalmente habilitado podem alargar esta restrição a outros cargos cujos titulares “exercem funções que lhes confirmam influência significativa na gestão da instituição de crédito” (art. 33º-A, nºs 2, “in fine” e 6). A extensão do âmbito material das autorizações administrativa (condições essenciais), e/ou o seu âmbito subjectivo (pessoas ou funções) poderá também decorrer de regulamentação interna da empresa, no âmbito da liberdade contratual, negocial e de organização interna (art. 33º-A, nº2, primeira parte).

A regulação do exercício da actividade profissional não se fica por aqui pois impõe um *plus*: a verificação pelos proponentes e pela Administração reguladora de que da soma das competências individuais dos titulares de órgãos plurais resulta uma *unidade*, um colégio que no conjunto *também* garante uma gestão sã e prudente para *todas* as actividades e funções concretas da instituição (art. 30º, nºs 4 e 5). A avaliação da capacidade, aptidão ou conveniência é aferida perante a pessoa singular (é *peçoal*) mas também perante o órgão que vai integrar (é *funcionalizada*), *i.e.*, a aferição da idoneidade é *necessária* mas não *suficiente* pois a adequação é *individual* e *colectiva*. A lei estatui que esta “deve ser acompanhada de uma apreciação colectiva do órgão, tendo em vista verificar se o próprio órgão, considerada a sua composição, reúne qualificação profissional e disponibilidades suficientes para cumprir as respectivas funções legais ou estatutárias em todas as áreas relevantes de atuação” - arts. 30º, nº4 e 22º, nºs1, j) e 2. O fenómeno de *cross fertilization* implica diversidade e criticidade, e daí que deve ser objecto de análise a “idade, género, origem geográfica, habilitações e antecedentes profissionais (...) por forma a assegurar uma diversidade de opiniões e experiências” (*vd* Considerando nº 60 da Directiva 2013/36/EU). Do actual normativo resulta que um sujeito pode ser individualmente apto e idóneo para desempenhar funções na instituição de crédito, mas o Banco de Portugal pode não o autorizar a desempenhar a profissão em função da qualificação ou competência que seja especificamente necessária ao colégio. A estes critérios técnicos e de *policy* devemos ainda acrescentar outros critérios de inclusão: *i*) políticos como o que resulta da discriminação em favor de um género (“quotas” para “géneros sub-representados”, art. 30º, nº6); sociais e laborais, e seguindo o paradigma alemão, da “representação dos trabalhadores no órgão de administração (...) uma vez que introduz uma perspectiva fundamental e um conhecimento autêntico do funcionamento interno da instituição” - Considerando nº 60 *supra* referido, art. 91º, nº13 da mesma Directiva)⁵⁹.

Concluimos que as exigências legais de idoneidade “*lato sensu*” incidem sobre as pessoas singulares que têm funções de responsabilidade na gestão, na superintendência e na administração da empresa, e reflexamente sobre a própria instituição. São consideradas “Key Persons”: *i*) as pessoas titulares dos órgãos de administração e de fiscalização e de gerência de algumas sucursais (*supra*); *ii*) as pessoas que sejam “titulares de funções essenciais” ou de “direcção de topo”; *iii*) o órgão colegial da instituição de crédito, enquanto conjunto de qualificações e competências

⁵⁹ Também a Directiva 2014/59 pugna pela informação e intervenção dos trabalhadores no âmbito da aplicação e tomada de medidas de resolução (art. 10º, nº7, m), 34º, nº5, 84º, nº4, b), normas que se enquadram no âmbito dos poderes-deveres da União de prossecução de políticas económicas e sociais de integração (arts. 7º s TFUE e 27º e 27º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia).

necessárias e adequadas às actividades a prosseguir; *iv*) a instituição de crédito *autorizada* ou *licenciada* para actuar num *sector regulado*.

Poderá parecer estranho incluirmos na aferição da idoneidade de uma pessoa singular a conduta das próprias instituições de crédito. É que a conduta desta última tem reflexos reais na apreciação da idoneidade das pessoas singulares: a prática de irregularidades graves ou a violação de leis e regulamentos pela instituição implica para os titulares dos seus órgãos a possibilidade da declaração de inidoneidade superveniente na instituição, ou a falta de idoneidade para futuras nomeações (arts. 22º, nº1, als. e), h) j) e m) e), 30º-A, nºs 6 e 8, 30º-D, nº 6 e 30º-C).

A par da “funcionalização” do instituto, i.e., de a capacidade do sujeito individual estar dependente da aferição da idoneidade do colectivo (órgãos), não só para fins comportamentais mas também para fins prudenciais, a lei assumiu a total “reflexividade” do sistema ao estatuir que a conduta da instituição também influi sobre a aptidão e idoneidade individual dos próprios titulares dos órgãos. Mas tal reflexividade tem de ter um limite *inter alia* quando se estiver a ponderar no procedimento de autorização uma anterior conduta reprovável ou sancionada da pessoa, sob pena de o sistema decretar informalmente a sua morte profissional (*infra*).

6. Procedimento de avaliação: da auto-avaliação à hetero-avaliação.

Os actos de autorização administrativa fazem fé pública de que as pessoas a designar provaram *possuir* e *manter* os requisitos legais e demais códigos de conduta externos e internos (arts. 17º, nº2, 22º, nº2, e 30º-A, nºs 1 a 4). Mas o controlo da idoneidade, de experiência pessoal e profissional, tal como o de disponibilidade e de prevenção de conflito de interesses, deve ser efectuado num primeiro nível pelas próprias empresas interessadas de acordo com normas de política interna e com base na informação recebida e solicitada às pessoas a propor ao regulador (arts. 17º, nº1, g), 30º, nº6 e 30º-A, nº3).

Desta forma reforçam-se os mecanismos de prevenção de risco nacional mas também a nível da União – o actual regime legal é direito Comunitário harmonizado – pois o sistema de passaporte das empresas impõe que exista apenas uma porta para a sua entrada em todo o espaço da União (*single entry point*). O reforço do papel das instituições financeiras como *gatekeepers* do sistema decorre também da assunção de que a instituição regulada tem informação superior ou diversa da detida pelo regulador. Assim, é natural que o controlo e conseqüente responsabilidade pela nomeação e pela vigilância residam num primeiro momento nas empresas, nas suas Assembleias Gerais e nos demais órgãos internos de nomeação (comités de nomeação, art. 115º-B), ou de vigilância (órgãos de fiscalização ou de *compliance*) e de controlo interno (de auditoria e/ou de risco), arts. 30º, nº1, 30º-A nº5.

6.1. O procedimento de auto-avaliação. A “expressão de *gatekeeper* foi utilizada para os profissionais ou agentes privados que têm a possibilidade de *impedir* ou *interromper* uma conduta irregular mediante um diálogo com os agentes, uma noção lata que abrange auditores, consultores, advogados especializados no mercado de valores mobiliários, intermediários que prestam serviços

LUÍS GUILHERME CATARINO

a emitentes, analistas financeiros, agências ou sociedades de notação de risco (*rating*), o *board* da própria sociedade. Tradicionalmente, a expressão é utilizada latamente para abranger pessoas ou entidades com elevada reputação profissional adquirida no mercado ao longo de um espaço de tempo pelos serviços prestados a muitos clientes, que asseguram ou garantem a objectividade de dados ou relatos por ele realizados, verificados ou certificados – fenómeno de *auctoritas* revertido em *imperium*” ou de partilha de autoridade e de responsabilidade entre a Administração e sujeitos com saber publicamente reconhecido e aceite⁶⁰.

O legislador comunitário obrigou os Estados-membros a conferir tais competências às próprias instituições financeiras mediante expressa habilitação legal (art. 30º-A, nº1). O regulador espera que as empresas tenham políticas internas de definição de aptidão, selecção e avaliação, e que no processo de candidatura de *Key Persons* a empresa proponente tenha aferido uma série de requisitos profissionais e de idoneidade: i) face às informações e às declarações do próprio (art. 30º-A, nºs 3 e 4); e, ii) face aos requisitos da sua política interna, *vg* no que respeita aos procedimentos internos de avaliação da adequação (arts. 30º-A, nº2 e 30º, nº6); iii) que o/s responsável/eis pela avaliação interna tenha/m atuado diligentemente certificando-se através de diplomas, entrevistas, obtenção de referências (art. 30º-A, nº2 e 115º-B para o comité de nomeações); e iv) constem do relatório final de avaliação a ser disponibilizado aos órgãos sociais e/ou apresentado à Assembleia Geral em caso de eleição, e ao Banco de Portugal para instrução do pedido de autorização (arts. 30º-A, nºs 5).

Não esquecemos que esta avaliação prévia (*due and diligent enquiries*) pode ser custosa para o regulado (no sentido de *time consuming*) mas compete-lhes fazer prova junto do regulador dos requisitos que fundamentem a idoneidade dos candidatos devendo os interessados fornecer e manter-se disponíveis para as informações complementares necessárias à avaliação (arts. 30º-A, nºs 4, 7 e 9 e 30º-B, nºs 1 a 6)⁶¹.

A auto-avaliação tem lugar num momento prévio à nomeação, através da verificação pela empresa da existência de capacidade e experiência suficientes para o candidato desempenhar um determinado cargo, atendendo à sua complexidade - medida pelas actividades desenvolvidas pela instituição e pelo meio em que as desenvolverá. Perante a insuficiência de requisitos de adequação a resposta não é necessariamente a sua não nomeação ou afastamento, pois existem opções legais: pode por exemplo a empresa dispor de um espaço de tempo adequado para que o nomeado venha suprir um *deficit* de experiência em concreto; ou, pode proceder o regulador a

⁶⁰ CATARINO, 2010: 269. O termo *gatekeeper* implica um fenómeno da partilha de responsabilidades do regulador com entidades privadas ou com profissionais do sector (muito mais poderíamos citar, desde sociedades gestoras de mercados, ou de sistemas de liquidação e de compensação), cuja reputação confere uma especial credibilidade a actos ou factos (auditores, contabilistas, empresas de notação de risco, advogados especializados em *corporate governance*) – neste sentido, KRAAKMAN, 1984: 857. Também é vulgarmente utilizado para designar uma qualquer pessoa ou entidade que presta uma actividade ou serviço ou certificação necessários para que uma empresa proceda a uma operação ou transacção – COFFEE, in HOPT *et al.* 2006: 605 -, que demonstra como, perante o sucedido no mercado norte-americano após 2000 (escândalos iniciados com o caso ENRON) ou 2007 (crise do *subprime* no mercado hipotecário), o capital em que se traduz tal reputação tem sido vendido a um preço baixo.

⁶¹ Neste sentido temos as orientações do Banco de Portugal relativamente ao controlo de idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização (“Adequação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização e dos titulares de funções essenciais”), in <https://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/SupervisaoPrudencial/Paginas/Controlo-de-idoneidade.aspx>.

uma audição ou outro meio de prova directa com o interessado (cfr. arts. 20º, nº 2, 30º-A, nº6, e 117º ss CPA - *vd* o caso particular do registo de analistas financeiros e consultores para investimento contantes da regulação CMVM)⁶².

A empresa deve manter actualizada esta sua política interna e proceder a reavaliações periódicas dos seus membros e do colectivo face aos requisitos legais (art. 30º, nº2, 30º-A, nº7-8). A verificação de factos novos (por recentes ou anteriormente desconhecidos) que possam colocar em causa o juízo inicial, deve ser feita perante as concretas orientações internas das empresas, de entre as quais deve existir a necessidade de comunicação pelo interessado de factos relevantes (art. 30º-A, nº4), ou pelos responsáveis pela vigilância (art. 115º-B), e sua comunicação às autoridades de supervisão (art. 30º-A, nº 9).

6.2. O procedimento de hetero-avaliação. A auto-avaliação pela empresa não afasta a essencialidade da hetero-avaliação pela qual apenas o regulador é responsável. Uma prova positiva da verificação das condições legais decorrente da auto-avaliação não afasta nem diminui a necessidade de o regulador proceder de uma forma diligente à sua própria avaliação no momento da autorização e/ou do registo (arts. 14º, 20º 30º, 30º-A, nº3). É verdade que as normas jurídicas externas e apriorísticas traduzidas em regras e princípios jurídicos, tal como as recomendações e orientações (*soft law*), são previamente conhecidas dos agentes que operam no mercado e do público interessado. O *full disclosure* dos requisitos e das informações necessárias e relevantes é essencial à boa administração, à protecção da confiança dos interessados e à celeridade dos procedimentos (arts. 17º, nº1 e nº6, 20º, nº1, h) e nº2). Mas esta hetero-avaliação é um momento único de controlo, desde logo pela independência, isenção e imparcialidade que deve acompanhar a análise do relatório da empresa, os documentos oficiais e informais juntos ao processo, as eventuais entrevistas pessoais. Existe uma *tool box* de competências muito forte, e meios para coordenação e troca de informação com outros reguladores, nacionais ou internacionais, através dos quais deve obter a informação relativa ao desempenho pelo interessado, *vg* em cargos em empresas não financeiras que tenham influência significativa em empresas reguladas.

É sumamente importante a coordenação administrativa no exercício da actividade reguladora das diversas entidades nacionais (*cfr.* arts. 29º-A e B, 30º-B, nºs 10 e 11, 30º-D, nº7, 37º, nº3, 81º,), entre os reguladores sedeados em Estados-membros diferentes (arts. 18º, 22º, nº3, 23º, 82º, 118º), e com as autoridades da União Europeia que concentram informação relevante sobre as empresas e os titulares de órgãos sociais como as autorizações, destituição e sanções (arts. 16º, 22º, nº3, 23º, nº2, 30º, nº 7, 30º-D, nº8, 81º, nºs 2-4).

A cooperação e troca de informação é necessária à supervisão contínua (art. 93º), embora no caso dos conglomerados exista uma dificuldade real em fiscalizar a adequação de quem desempenha em empresas não reguladas cargos funcionalmente importantes para as instituições

⁶² O Regulamento CMVM nº 2/2007 foi alterado em 2010, passando a exigir-se forte requisitos académicos (CFA, certificado de curso reconhecido pela EFA – *cfr.* art. 10º). Atentos princípios jurídicos de protecção da confiança, o regulador estatuiu então um prazo para que os candidatos que desempenhassem o cargo À época da entrada em vigor mantivessem, mas para aqueles que iniciassem durante o vasto período de *vacatio legis* criado, deveriam possuir as habilitações académicas necessárias num prazo máximo de 4 anos).

de crédito, sobretudo se se tratar de empresas estrangeiras e de Estados pouco cooperantes. Tal não exige o regulador de procurar obter informação junto do regulador que possa ter tido previamente uma relação ou avaliação da pessoa em causa, sendo certo que as relações de supervisão constituídas sobre empresas não financeiras no âmbito do EMIR favorecem a obtenção e troca de informação. Assiste-se hodiernamente a um movimento em que as autoridades comunitárias de regulação como a EBA e a ESMA centralizam e disponibilizam informação sobre a vida - e até sobre as sanções - de cada pessoa ou instituição (arts. 16º, 20º, 69º da Directiva 2013/36/EU), bastando ao regulador a prova das diligências encetadas para afastar uma eventual responsabilidade por omissão.

Finalmente, o momento de hetero-avaliação é essencial pela fé e força pública de que esta Administração independente se encontra dotada. O legislador conferiu ao regulador uma “válvula de escape” procedimental que permite o pedido fundamentado de quaisquer outras informações pessoais ou profissionais que entenda relevantes para formular o juízo de probidade e adequação (*cfr.* art. 17º, nº 6 RGIC e 299º, d) do CodVM, e consequente aplicação dos arts. 89º ou 104º CPA).

Estes procedimentos de avaliação são diversos, e mesmo que a instituição conclua num relatório de reavaliação que uma pessoa deixou de ter idoneidade para o cargo tal não determina a sua suspensão ou substituição pela sociedade enquanto o Banco de Portugal mantiver a autorização – embora tenha o dever de informar de imediato o regulador (art. 30º-A, nºs 6 e 9). Do mesmo modo, a demonstração positiva de factos que qualifiquem como idóneo e adequado um interessado não impede o regulador de rejeitar a nomeação – embora tal implique uma fundamentação particularmente exaustiva quanto às circunstâncias factuais e jurídicas que determinam este acto negativo face à informação e relatório apresentado pela empresa, com prévia audição dos interessados e respectivo contraditório (e o mesmo sucederá nos casos em que entenda verificar-se falta ou perda de idoneidade superveniente, arts. 114º, 121º-125º, 152º-153º CPA e 268º CRP).

7. O conceito jurídico indeterminado “inidoneidade”. A essencialidade da “norma-padrão” de comportamento perante as “normas-travão” dos “índices exemplificativos” (o *undue process of law*)

Mas em que se traduz esta idoneidade? Materialmente, uma *Fit and Proper Person* é alguém que detém reconhecidamente experiência profissional, competência e disponibilidade para o cargo em causa, uma situação financeira estável, e uma superior reputação, honestidade e comportamento ético pessoal reconhecido “inter pares”.

Estamos perante um conceito jurídico indeterminado (“idoneidade que dê garantias de gestão sã e prudente” - art. 30º do RGICSF), que tem de ter no seu preenchimento factual todas as variáveis referidas *infra*. A matéria de facto é essencial à formulação de um juízo (e à tutela judicial efectiva) quanto à pessoa, quanto à empresa e quanto ao cargo a exercer em concreto. Como preencher em concreto o conceito indeterminado perante o vasto normativo legal?

LUÍS GUILHERME CATARINO

Até à alteração do art. 30º do RGIC (“Idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização”) pelo Decreto-lei nº 157/2014, de 24 de Outubro de 2014, a aferição da idoneidade era feita com base num *padrão de comportamento* descrito no nº2 (vertidas no nº1 do actual art. 30º-D). Este padrão de pessoa idónea ou que dá as garantias de gestão são e prudente de uma empresa de forma a salvaguardar interesses pessoais e patrimoniais de terceiros que confiaram na instituição, poderia ser negativamente afectado (mas não necessariamente). O legislador enumerou circunstâncias exemplificativas ou “índices de inidoneidade de comportamento” contidos numa tipicidade enunciativa de factos, que permitiam ao aplicador formular mais facilmente um juízo prospectivo. O juízo de inidoneidade traduzia a aplicação do princípio da precaução *supra* referido: face a uma conduta pessoal e profissional anterior que por habitual ou reiterada, denotava características que formavam um *padrão* (“tendências”, “circunstâncias” ou “incapacidades”), pontuado por um usual incumprimento “pontual” de obrigações ou decisões imponderadas ou não criteriosas (“indícios”), o regulador inferia uma *forte probabilidade* de gestão imprudente ou malsã (“presunção de falta de “garantia”), que contrariava a necessária confiança do mercado.

Afirmávamos em 2009 que as cautelas do legislador estão “vertidas pelo legislador em *padrões* que habilitem o aplicador a preencher um conceito jurídico indeterminado de “pessoas cuja idoneidade dê garantias de gestão são e prudente” (n.º 1): “modo como a pessoa gere habitualmente os negócios ou gere a profissão, em especial nos aspectos que revelem incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa (...) ou para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança do mercado” (n.º 2). Estes *padrões* sobrepor-se-ão aos “indícios” de *presumida* falta de idoneidade decorrente de *factos objectivos* vertidos no n.º 3 (vg. condenações por crimes comuns ou económicos), pois apesar dos mesmos poderá a autoridade entender que a pessoa cumpre com os padrões exigidos. Isto é: o padrão de boa conduta não é afastado pela aplicação, ou mera enunciação, dos factos objectivos enumerados como “circunstâncias atendíveis” para indiciar falta de idoneidade⁶³ (CATARINO, 2010, 630).

Permitia-se ponderar o preenchimento e fundamentação (necessária) do conceito jurídico indeterminado de idoneidade e o confronto entre bens constitucionalmente protegidos dando ao julgador e ao aplicador uma enumeração *enunciativa* de índices que poderiam ser considerados necessários mas não suficientes. Estes índices baseavam-se em decisões judiciais desfavoráveis ao interessado, mas a sua verificação não determinava automaticamente a falta de idoneidade, tal como a sua falta não equivalia à existência de idoneidade. Havia que conjugar tais factos com as finalidades de prevenção no âmbito da supervisão prudencial e esta interpretação de não

⁶³ “Uma doutrina da neo-retribuição que tenha como eixo central a memória, como elemento de reencontro necessário do “eu” (que é “nós”) consigo – e por isso a pena não é a pura manifestação de um mal, mas um bem porque necessária (enquanto pedaço de memória, enquanto chamamento e olhar para factos passados) ao livre desenvolvimento da personalidade – (...) pode e deve, perfeitamente, aceitar o esquecimento como uma outra dimensão inescapável das nossas relações com o passado” - FARIA COSTA, 2003: 1159.

LUÍS GUILHERME CATARINO

automaticidade, pacífica na doutrina e jurisprudência, foi vertida no nº 6 do art. 30º-D também para a avaliação subsequente⁶⁴.

Menos pacífico era o facto de a jurisprudência entender que se exigia, a par da fundamentação com a alegada relação de causalidade, uma condenação judicial, por regra transitada em julgado, para se não violarem princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e da proporcionalidade (arts. 32º, nº2, 18º e 266º, nº2 CRP e 7º-8º NCPA)⁶⁵. E porque a enumeração não era esgotante ou taxativa (“entre outras circunstâncias atendíveis”), deviam outros índices ou circunstâncias “revestir uma gravidade análoga”, dando a jurisprudência especial ênfase à existência de outras condenação em processos judiciais⁶⁶.

As circunstâncias elencadas pelo legislador enunciavam situações que pressupunham um grau de certeza que se não compagina com meras dúvidas, suspeitas ou “dúvidas razoáveis”. Mas esta condenação judicial seria *necessária* mas não *suficiente*: o Banco de Portugal não está vinculado a seguir a decisão judicial condenatória, não existe uma aplicação automática. Na realidade, uma condenação não pode acarretar como consequência ou sanção automática uma *capitis deminutio* ou uma espécie de morte profissional num determinado sector de actividade (arts. 34º e 47º da Constituição). E perante o ex-art. 30º também as decisões administrativas condenatórias de pessoas singulares pela violação de regras que regem o sector económico-financeiro ou as *leges artis* não eram equiparadas às decisões judiciais exigindo-se uma decisão transitada. A aferição da idoneidade deveria então ser apreciado numa base casuística, atenta a gravidade do ilícito o comportamento posterior, a reiteração, a reabilitação e o tempo já decorrido⁶⁷. O nº 6 do art. 30º-D vem colocar em letra de lei esta orientação, também para a ponderação superveniente de idoneidade por verificação de condenação superveniente, reforçando-se as garantias dos particulares perante o exercício do princípio da *prevenção*.

Reiteramos aqui que na autorização de profissão de uma pessoa em concreto “não está (nem pode estar) em questão um interesse próprio da Administração. Não podem estes procedimentos prévios vir a ser utilizados de forma deturpada como pretensão informalmente sancionatória (definitiva ou “cautelar”), proibindo ou banindo do meio uma pessoa singular (sanção “encapotada” na *recusa de autorização*), à míngua da possibilidade de um resultado condenatório

⁶⁴ No sentido da automaticidade, o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa decidiu no Proc. 197/02: “verificada uma condenação por tais crimes, terá o Banco de Portugal de considerar imediatamente prejudicadas as condições de gestão sã e prudente da instituição em causa, com base num critério negativo de idoneidade directamente estabelecido pelo legislador e, portanto, sem margem para outras apreciações.”

⁶⁵ “O princípio de prevenção de riscos ou preservação da confiança do mercado não é um princípio fundamental, enquanto o princípio da presunção de inocência constitui uma garantia constitucional do Estado Social e Democrático de Direito, inserindo-se na categoria dos Direitos, Liberdades e Garantias”, Ac STA de 3Mai2005, Proc. 010009/04.

⁶⁶ Segundo o STA, as situações análogas serão necessariamente factos, circunstâncias ou índices que possam firmar um juízo de idoneidade por razões essencialmente semelhantes às escolhidas pelo legislador. E o indicador comum seria a existência de decisões judiciais condenatórias transitadas em julgado, embora no art. 30º as decisões administrativas ou judiciais condenatórias pela violação de regras que regem o sector económico-financeiro em causa ou as *leges artis* não fossem pelo legislador equiparadas às demais decisões judiciais. No mesmo sentido o Acórdão do TCAS de 26Abr2012, 2º Juízo, Proc. 03836/08.

⁶⁷ Neste sentido, vd *The Fit and Proper test for Approved Persons* (FIT) da FCA, relativo aos requisitos de *fitness* e *propriety*, disponível in <http://www.fca.org.uk/firms/being-regulated/approved/approved-persons/fitness>

LUÍS GUILHERME CATARINO

ou de decisão final (por exemplo em anterior processo de investigação ou sancionatório, ou perante uma investigação em curso, ou mesmo para suprir a prescribibilidade da responsabilidade). Não é igualmente aceitável que se afirme que “a recusa ou cancelamento do registo não se baseia numa afirmação negativa da idoneidade de certa pessoa, que a lei não exige, mas sim na falta de garantias positivas suficientes da idoneidade por ela oferecidas, o que significa que uma simples dúvida fundada constitui motivo legal de recusa ou cancelamento”⁶⁸.

Também não deve ser visto como uma “extensão” de um anterior estatuto de arguido ou condenado (imprescritível) (...). Há que ver em cada momento o enquadramento da providência da Administração em termos normativos (...) ontológico e teleológico(..) assim se aferindo da sua verdadeira natureza. (...); é perigosa a utilização frequente deste mecanismo prévio de recusa de autorização simplesmente por virtude da prática de um ilícito anterior num juízo de censura que liberta a Administração da aplicação de princípios e garantias do procedimento sancionatório, o mesmo pode suceder em casos de cancelamento e revogação. O Grau de Certeza e Segurança conferido por uma decisão judicial de condenação para interditar ou inibir a entrada na profissão (e a enumeração do art. 30º RGIC assenta neste grau de certeza) não pode ser substituído na interdição ou inibição *a posteriori* pela mera convicção da Administração ou uma sua suspeita ou dúvida da prática de actos ilícitos ou irregulares (que sempre tem de provar (...))⁶⁹.

E na realidade a actuação administrativa *a priori* (aquando da autorização) ou *a posteriori* (cancelamento de autorizações e necessariamente os respectivos registos, por factos supervenientes) não podem funcionar materialmente como uma sanção ou forma de as perpetuar, nem como “mera execução de decisões penais⁷⁰”, nem sequer ser uma espécie de segunda via (ou *second best*) da acção sancionatória perante a falta de prova para condenação. O actual articulado legal (art 30º-D, nºs 3 5 e 6) criou um “lençol” normativo difuso decorrente da Directiva *CRD IV* mas sobretudo decorrente das Orientações vindas da EBA⁷¹, que é complementado pelas Instruções e Circulares do Banco de Portugal⁷². O aplicador do direito deve tomar em conta não apenas decisões

⁶⁸ Afastando qualquer consideração sobre a diferença entre risco e perigo, e avaliação *a priori* e a *investigação a posteriori*, o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, em 9Jun2009, no Proc. 197/02, perante uma investigação em curso pela CMVM por alegada participação num crime de abuso de informação, também decidiu ser aceitável e “normal” uma dupla relevância dos mesmos factos no plano criminal e no plano administrativo. Para além de se levantarem os cada vez mais relevantes problemas de *bis in idem* (CATARINO, 2010: 732 ss), a ordem jurídica não pode ter duas decisões judiciais definitivas opostas sobre os mesmos factos e realidades.

⁶⁹ CATARINO, 2010; 630 ss; 719 ss.

⁷⁰ Nas palavras do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa de 9Jun2009, Proc. 197/02.

⁷¹ As orientações versam verdadeiramente sobre a apreciação das qualidades éticas, morais, cívicas da pessoa avaliada, numa análise profissional mas também pessoal. Na realidade as Orientações da EBA vão bem mais longe, e para além de estas Orientações elencarem actos e factos que o legislador nacional verteu em letra de lei, “são particularmente tidos em conta” como sendo “susceptíveis de levantar dúvidas sobre a idoneidade de um membro”, incluem-se as meras “investigações relevantes, presentes ou passadas, e/ou medidas coercivas” no âmbito das disposições que regem a matéria bancária, seguradora e de intermediação de valores mobiliários ou “quaisquer outras entidades reguladoras ou profissionais” (Ponto 13.5 das Orientações). Não entramos aqui na questão da força quase-normativa de tais Orientações criadas pela Autoridade ao abrigo do artigo 16º do Regulamento (EU) nº 1093/2010 supra citado.

⁷² A Instrução do BdP sobre registo de membros dos órgãos de administração e de fiscalização, (Instrução nº 30/2010 e a actual Instrução 12/2015, bem como a Carta Circular nº 2/2015/DSP sobre política interna de selecção e de avaliação dos membros dos órgãos sociais e titulares de funções essenciais – para além das regras e orientações relativas a *governance*) tem anexo um



LUÍS GUILHERME CATARINO

condenatórias (administrativas ou judiciais, transitadas ou não - nºs 3, 5 e 6), mas também a existência de uma acusação ou de pronúncia (nº5, als. b), c) e nº4, g), e num grau mais difuso “indícios” de possíveis ilícitos ou de falta de diligência na relação com o regulador, ou de “actos”, “factos” ou “razões” que tenham relação de pessoalidade ou de causalidade com outras decisões judiciais (art. 30º-D, nº3, als. a), c), e), h) nº5, als. d), e) e f).

As orientações da EBA no quadro do Sistema Europeu de Supervisão Financeira foram bem mais longe do que as normas nacionais e comunitárias (a sua origem é claramente a prática anglo-americana e designadamente o “Fit and Proper test for Approved Persons constante do Handbook aprovado pela FSA em Janeiro de 2004), e incluem ainda a ponderação dos factos subjacentes a investigações sancionatórias “relevantes”, “passadas” ou em curso, (mas não explica se se distinguem os factos apurados e ainda em sede de supervisão(?). Claro que perante um indivíduo acusado ou sob investigação, se tal for público em violação do segredo de Justiça, deverá o próprio ou a empresa inibir-se da nomeação sob pena de sanções jurídicas e sociais (*naming and shaming*). Estas normas (e por maioria de razão os instrumentos de *soft law*⁷³) não podem ser utilizada como um *undue processo of law* para poder punir actos ou sancionar culpas individuais ou perpetuar sanções, substituindo-se o grau de certeza na ordem jurídica decorrente “de uma decisão judicial de condenação, por uma mera convicção, suspeita ou dúvida razoável de um órgão administrativo, sob pena de violação do princípio da separação de poderes ínsito no artigo 2º da Constituição”⁷⁴.

Estes indícios permitem fundamentar um *padrão de conduta* negativo que pretende reforçar o poder de supervisão e os vastos poderes discricionários anteriormente detidos e que foram necessariamente reforçados face à crescente desconfiança num momento de utilitarismo inerente à cultura do *self-interest* e do individualismo do “Homo oeconomicus”⁷⁵. Esta desconfiança é típica da actual sociedade individualista, de promoção do Eu, do Self, do *Homo homini lupus* que na luta e competição pelo *dever ter* esquece o *dever ser*, recorrendo a práticas desonestas. Mas esta época de competição desenfreada é igualmente propensa à captura da Administração regulador e as normas de protecção de um Sistema podem tornar-se protectoras de um ecossistema, num fenómeno em que a regulação pública protege os interesses já estabelecidos de toda a concorrência e renovação.

questionário em que as questões de idoneidade são colocadas sobremaneira em processos em que o interessado foi condenado (cíveis, criminais, contra-ordenacionais, disciplinares), ou procedimentos em que foi arguido ou que se encontrem em curso (incluindo processos por alegada violação de normas relativas ao exercício da profissão, da actividade comercial ou de actividades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal da CMVM ou do ISP) <http://www.bportugal.pt/sibap/application/app1/instman.asp?PVer=P&PNum=30/2010> e <https://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/SupervisaoPrudencial/Paginas/Controlo-de-idoneidade.aspx>

⁷³ Acerca da transformação desta *soft law* da “autoridades” europeias em *hoft law*, normas com efeitos externos e *hard* pela sanção pelo não cumprimento, CATARINO, 2012: 169.

⁷⁴ Nas palavras do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa de 9Jun2009, Proc. 197/02, “Ainda que se aproximasse o princípio da preservação da confiança do mercado do interesse público, aquele princípio não pode justificar o sacrifício ou compressão de direitos do cidadão tão fundamentais quanto o princípio da presunção de inocência”.

⁷⁵ No sentido de que estamos perante poderes vinculados os já referidos Acórdãos do STA de 3Mai2005, Proc. 010009/04, e do TCAS de 26Abr2012, 2º Juízo, Proc. 03836/08.

LUÍS GUILHERME CATARINO

Por isso, e também sob pena de inconstitucionalidade, o legislador guiou-se pelos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da adequação, criando um sistema de “pesos e de contra-pesos”. Como? Através de “normas-travão” vertidas nos n.ºs 2, 4 e 6 do art. 30.º-D: tendo em conta os inumeráveis actos, factos, indícios e circunstâncias enunciados na lei e em *soft law*, estas normas-travão são um segundo estágio de valoração e de afastamento de qualquer “juízo automático” que levará a comple(men)tar o “critério-padrão de idoneidade” vertido no n.º1 do art. 30.º-D. Há que verificar o impacto do tempo decorrido desde as circunstâncias ou actos a atender, da sua gravidade e também da eventual repercussão sobre a reputação de uma empresa, a conduta posterior e se houve práticas que demonstrem reabilitação nos casos de condenação ou de explicação de circunstâncias nos casos de investigação. Sem excluir o necessário contraditório através da audição e apreciação das explicações do indivíduo em questão.

Neste percurso hermenêutico o aplicador deve guiar-se pelos princípios constitucionais da proporcionalidade e da restrição das restrições, e ainda pelos princípios da igualdade e da não discriminação de tratamento (imparcialidade, razoabilidade, Justiça e isenção), para que a valoração e conseqüente juízo de prognose póstuma decorrente da norma-padrão não redunde num desvio de poder.

Estamos perante normas de reforço dos poderes intrusivos, ablatórios e de restrição do Banco de Portugal a quem cabe o ónus da prova negativa (i.e., aos interessados não cabe a diabólica prova positiva de que são idóneos, mas a junção de todas as informações e documentos necessários para uma decisão administrativa justa). Como sucede sempre que se actua preventivamente praticando um acto sob o *princípio da precaução* que pode colidir com princípios e direitos fundamentais, porque o acto se funda em juízo de prognose a fundamentação tem de assentar em *critérios de natureza objectiva* (prognose póstuma objectiva) e assentar na gravidade, na reiteração ou habitualidade de actos e em indícios fortes com um nexo de causalidade da forte probabilidade de inidoneidade (de garantia de gestão sã e prudente segundo as melhores práticas). Só assim a garantia da gestão sã e prudente pode ser ponderada sob as vestes da imparcialidade pública:

- i) subjectiva, enquanto “ poder-dever de não prejudicar ou privilegiar um administrado e de actuar através de uma justa, ponderada e proporcionada ponderação dos interesses em presença. Uma decisão não é meramente acto de conhecimento (*fact-finding*), mas também um processo de personalidade e formação de vontade (sobre factos ou sobre aplicação de norma) pelo que, tal como no âmbito jurisdicional, deve estar o mais possível afastado o erro sobre a realidade, ou qualquer interferência de circunstâncias exteriores”, e
- ii) material “num sentido *material* a imparcialidade decorre da independência *objectiva* de actuação do regulador enquanto “parte imparcial”. Faz-se apelo às suas funções e organização específicas, e ao sistema de garantias criado para garantir o afastamento de toda a dúvida legítima

sobre a imparcialidade através da *função e procedimento*. Já não se tem em vista afastar um “pré-juízo” mas um “pré-julgamento” dos reguladores independentes”⁷⁶.

Finalmente, a par da garantia a Certeza e a Segurança continuam a ser princípios fundamentais do Direito, com especial enfoque nas relações da Administração com os administrados. Sendo essencial o cumprimento do bloco de constitucionalidade perante a porosidade normativa e os conceitos difusos, a aplicação nacional do normativo e sua importância no âmbito da União (pelo *single entry point* autorizatório e pela procura de um *level playing field*.) determinam que a par das Orientações que densificam os conceitos e uniformizam os critérios de decisão sejam publicitadas pelos reguladores as *policies* regulatórias. A protecção da Confiança dos regulados só serão reforçadas se se proceder com transparência e tal implica o *disclosure* das decisões concretas sobre idoneidades - salvaguardando os direitos ao bom nome e à privacidade dos visados quando não estejamos perante actos sancionatórios complementares e sujeitos à sanção de publicitação necessária. Esta política de transparência constitui também um meio de afirmar a independência e a imparcialidade e de afastar quaisquer alegações futuras de discriminação, falta de imparcialidade ou isenção ou de independência dos reguladores na comparação da aplicação de medidas de pessoas concretas, reforçando a *Auctoritas* necessária a um banco central.

8. Conclusões. A necessária idoneidade ou probidade pessoal para o exercício de uma profissão não é um requisito pós-moderno, sendo de há muito conhecido do nosso direito societário. Ter “a idoneidade necessária” é possuir conhecimentos, competências e experiência suficientes para as funções a desempenhar, fazendo simultaneamente apelo a uma conduta moralmente certa de adesão continuada ao respeito pelos compromissos assumidos, seja por contrato, seja pela adesão a regras de conduta ou códigos éticos internos a uma instituição. Paredes meias com a integridade, a probidade pressupõe também uma conduta conforme os padrões de cooperação e informação com superiores e com reguladores.

As sucessivas alterações ao regime das idoneidades efectuado pelo Regime geral não simplificaram o quadro em que se move o regulador bancário. A reacção epidérmica em que se traduziu o Decreto-Lei nº 157/2014, de 24 de Outubro (“onde não há Ética todos falamos de Ética”), criou um regime de forte controlo administrativo da “adequação”. Existe no entanto uma forte desproporção entre as normas que regulam as questões de “idoneidade”, de “qualificação profissional”, de “independência”, de “disponibilidade” e de “conflito de interesses”. Talvez porque o problema essencial da independência pessoal, profissional e de espírito tenta ser prosseguido por uma norma etérea, vaga e indeterminada (idoneidade) que parece convocar a Ética, a Moral e a Conduta Social (“habitualidade”).

⁷⁶ CATARINO, 2009: 308 ss (para “independência” administrativa) e 318 s (para uma análise dos conceitos de imparcialidade resolutória, imparcialidade subjectiva e imparcialidade material).



LUÍS GUILHERME CATARINO

À falta de definições o legislador optou por recorrer a uma norma-padrão que constitui uma cláusula aberta para cuja concretização utiliza uma enumeração de índices, factos, actos e circunstâncias que possibilitem fundar juízos de *probabilidade* ou de *prognose* sobre comportamentos individuais que garantam uma gestão sã e prudente de empresas. Existem requisitos *objectivos* que se prendem com a natureza e complexidade do cargo a exercer, com o tipo de entidade em causa e com as actividades para as quais a pessoa é nomeada. Os requisitos *subjectivos* respeitam à experiência própria, aos conhecimentos, à integridade e honestidade do próprio na sua conduta com os outros (e, sendo o caso, com os reguladores). Não é um apelo à averiguação das convicções internas da Pessoa ou à sua formação mas à forma como se conduz e comporta, à sua prática ou habitualidade – à exteriorização da Ética individual perante a observância das regras da Moral. O primeiro controlo de tais requisitos deve ser feito pela empresa face à sua cultura interna, aos *objectivos* e à função a desempenhar, às competências concretas, ao posto ou estatuto na empresa e na hierarquia – elementos essenciais a que todo o ser humano se enquadre num espaço que será a maior parte da sua vida, se realize pessoal e profissionalmente e aí possa prosseguir o interesse da empresa. O cumprimento de tais requisitos pressupõe a existência de órgãos, internos e externos, com competência para o seu controlo, e a definição através de regras internas de conteúdos e de linha de reporte e de cadeias de controlo interno. Estas regras devem estar vertidas em *procedimentos e políticas internas* de definição de funções e de avaliação de perfis, bem como de regras de *corporate governance*⁷⁷. É sabido que um importante factor preventivo da prática de actos irregulares ou ilegais decorre da possibilidade de responsabilização directa de *senior managers*, e tal pode ser facilitado pela definição de relações funcionais na estrutura interna.

Tais políticas internas, que deverão ser alargadas a requisitos de *governance* e que poderão ser completadas através de elementos relativos a conflitos de interesses, deverão abranger também cargos de senioridade e funções críticas objecto de explicitação e de revisão contínua (responsáveis pelo controlo de risco, pelo compliance, pelo controlo e auditoria interna, pelo controlo financeiro, pela prevenção e luta contra actos de branqueamento de capitais).

Entramos depois num registo em que a vertente *objectiva* se soma à *subjectiva*, pois são igualmente importantes as competências e as capacidades concretas (perante as exigências para uma dada actividade), vertidas na experiência académica, na experiência profissional (nível de estudos, anos de experiência profissional, cargos de direcção anteriores ou similares), no conhecimento de áreas específicas da actividade em que a empresa actua (mercados financeiros, *governance*, controlo de risco, contabilidade bancária, produtos financeiros). O perscrutar do interior da pessoa tem necessariamente de ser feito mediante recurso a índices externos e *objectivos* que possam fundamentar juridicamente o acto da Administração. A honestidade e a integridade podem até um ponto ser objecto de escrutínio pelo passado, pela conduta conhecida e

⁷⁷ Neste sentido, *vd* as Orientações da Autoridade Bancária Europeia sobre a governação interna das instituições, de 27 de Setembro de 2011, que trata expressamente das qualificações do órgão de administração e de fiscalização, bem como do controlo organizacional interno, avaliação e sistemas de alerta, disponível em https://www.eba.europa.eu/documents/10180/103861/EBA_2012_00210000_PT_COR.pdf



LUÍS GUILHERME CATARINO

pela diligência encetada em cargos anteriores porque nada substitui esta solidez pessoal e financeira e reputação sobretudo se adquiridas no próprio meio dos serviços bancários e financeiros.

Mas se tal é *necessário* não é *decisivo*. Nenhuma forma de controlo público ou privado substitui a falta de ética no quotidiano de qualquer profissão. Se a ética está hoje na moda tal deve-se precisamente à falta de ética nos diversos domínios da sociedade. A ética refere-se ao interior das pessoas, ao seu carácter, bons princípios, valores intrínsecos (*êthos*). Mas para além deste modo de ser e sua refracção externa, também indica o modo de agir habitual ou Moral, que com os Costumes se traduz em acções e normas concretas. São estas vertentes da conduta pretérita e não qualquer perscrutar da subjectividade Moral ou dos Valores de um indivíduo em concreto que deverão ser apreciadas, e descritas e fundamentadas aquando da formulação de um juízo positivo ou negativo de idoneidade. A actual Era é de Sacralização do individualismo. O *Homo oeconomicus* individualista e solitário diverge claramente do *Homos juridicus* da tradição grega e da escolástica: as teorias do mercado e da economia e a procura a satisfação do *self interest* invadem toda a realidade – pública, privada, social, familiar, política. Baseada numa (nova) Religião pessoal de sucesso financeiro e de “fundamentalização” dos Mercados, é natural a subalternização do interesse público e da Justiça social e a tendência de Captura do Estado regulador por ecossistemas pessoais e por ecologias profissionais que se auto-perpetuam (de políticos, financeiros e reguladores a cujo círculo pertencia “Bernie” Madoff). Nesta senda, nada mais natural que bramar pela entrega dos Mercados a personalidades Imaculadas (passados “in albis”), da regressão do *Self* pela integração num Grupo (Sociedade pública) e à Expição pública das condutas que incorram em Pecado financeiro (se possível, com irradiação ou Danação Eterna).

Não podemos pretender substituir o Direito e a Autoridade pública por um chamamento de outras pretensas formas de legitimação e normação de condutas, como a Ética - como os sucessivos escândalos financeiros ocorridos desde a década de 90 demonstram à sociedade. A regulação de condutas profissionais e o controlo comportamental não repousam já em “guildas”, ou “associações profissionais” ou em “clubes de gentlemen” – e tão pouco nos Tribunais. Repousa no Poder Público e na Administração – administração técnica, é certo, composta por Sábios do sector regulado, mas dotada de *Potestas*. Criada há um século como meio de governo próprio de sectores da economia, é uma governação do interesse colectivo pelo mérito, para em interesse público comutativo, afastada dos Políticos e da Indústria (*governance*).

Com uma regulação inicialmente dominada pelo paradigma da auto-regulação, as sucessivas *regulatory failures* têm-nas feito caminhar para a hetero-regulação. O direito administrativo da regulação contém peculiaridades liberalizantes assistindo-se a uma tendência de substituição do Estado administrativo “licenciador” pelo Estado administrativo “supervisor”, num movimento de libertação da Sociedade civil (auto-regulação) da intervenção pública (hétero-regulação). Mas esta libertação da sociedade civil demonstraria a necessidade de maior vigilância e fiscalização, pelo que o legislador e a Administração reguladora municiaram-se de novos meios e de instrumentos que



LUÍS GUILHERME CATARINO

permitem escrutinar exaustivamente a vida pessoal e patrimonial das empresas reguladas e supervisionadas e dos seus profissionais.

Ao mesmo tempo, a regulação administrativa tradicional foi sendo substituída por uma actividade administrativa informal mas não menos intrusiva ou *hard*, de troca de impressões ou de informações vg com outros reguladores, com os supervisionados e os sancionados e demais interessados. A natureza independente, imparcial e isenta da nova administração reguladora impuseram uma legitimação baseada na *Auctoritas* do regulador que no domínio bancário ultrapassou a sua *Potestas* – com as vantagens e os riscos inerentes à legitimidade dos Sábios. Por isso a opção por um Estado Regulador e de Garantia impõe simultaneamente que os órgãos que prosseguem e defendem o interesse geral sejam proactivos e não repousem meramente nas informações que lhe sejam enviadas, sendo a possibilidade de responsabilidade por omissão e a culpa *in vigilando* a pedra de toque da actividade pública do Estado supervisor.

Os procedimentos administrativos de autorização e verificação prévia transformaram-se em práticas de supervisão essenciais após o movimento de privatização da actividade financeira e implicou novas formas de intervenção pública. Os agentes de mercado têm de assumir um papel de auto-controlo e de auto-vigilância e denúncia que é reforçado por uma forte responsabilização, pública e privada, *in eligendo* e *in vigilando*. O tema das idoneidades entronca com o tema da *governance* das instituições de crédito que foi objecto de “ossificação” regulatória (longe vão os tempos em que os seus princípios decorriam de meras recomendações e que eram anualmente premiadas as instituições que demonstrassem as *best practices*). Um dos elementos essenciais para a autorização das instituições é estas contarem com estruturas de governo e de organização claras e adequadas, orientadas a criar uma cultura geral de controlo de risco sólida, com linhas de responsabilidade bem definidas, para que, mesmo que existam indivíduos desonestos, se interiorizem valores éticos, morais e sociais que disciplinem os comportamentos das pessoas nas organizações no que se traduz em deontologia. É importante que o órgão seja apto ao exercício da sua função como um todo e crie uma política interna vertida em letra de lei interna (padronização), de onde constem igualmente orientações que permitam de forma clara decidir em cada momento da aptidão de uma pessoa singular para o exercício de um determinado cargo ou função.

No entanto, não decorre daqui uma desresponsabilização pública. A criação dos reguladores independentes teve como fito evitar a politização e a captura pela partidocracia da Administração económica e financeira, embora seja de há muito sabido que acabam a mais das vezes por servir de álibi aos Executivos nos maus momentos da economia ou da regulação. Confiar o controlo e vigilância do sistema financeiro a vários “gatekeepers” não exige a Administração, do Governo aos reguladores independentes, da responsabilidade pelo cumprimento dos seus deveres funcionais. Mas permite em cada momento dar corpo à máxima, “diz-me que Administração tens e dir-te-ei em que estado de Direito vives”.

Bibliografia:



LUÍS GUILHERME CATARINO

- ATHAYDE, Augusto, *em col.*, 1990, *Direito Bancário*, vol I, Lisboa, s.e.
- CAETANO, Marcello, 1980, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª ed., II, Almedina, Coimbra.
- CARDOSO, Lucas, 2003, *Autoridades administrativas independentes e a Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra;
- CATARINO, Luís Guilherme, 2014, "Governar com a Administração Independente: *Quis custodiet ipsos custodes?*", in *Revista da Concorrência e da Regulação*, Ano V, nº 17, Jan/Mar, pp. 171-239
- 2012, "A Nova Regulação Europeia dos Mercados: a *Hoft Law* no *Balancing Powers* da União.", AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J.J. Gomes Canotilho*, vol. IV, SJ, Coimbra Ed., 2012, pp. 145-177
- 2012, a), "A "agencificação" administrativa na regulação financeira da UE: Novo meio de regulação?", *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, nº9, Jan/Mar, 2012, pp. 147-203
- 2010, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Almedina, Coimbra
- 2010, a) "Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários", in OTERO, Paulo e GONÇALVES, Pedro (coord), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, pp.373-525
- 1999, "A propósito dos "casos" Lowry e Assento 1/99 do STJ - dois exemplos responsabilizantes do Estado-Juiz?", *RMP* n.º 77, pp. 31-57 (Separata da *Revista do Ministério Público* de Maio de 1999)
- CATARINO, Luís Guilherme, PEIXE, Manuela, 2014, A nova regulamentação dos mercados financeiros - um Tsunami regulatório?", AAVV, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. XIV, http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1417450522emir_tsunami_final_parte_i_8out2014_parte_i_d_ezembro..pdf
- COFFEE, John, "Gatekeeper Failure and Reform", in HOPT, Klaus J.; WYMEERSCH, Eddy; KANDA, Hideki; BAUM, Harald, (2006), *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan and the US*, OUP, Oxford
- CORREIA, José Sérvulo, 1982, *Noções de Direito Administrativo*, Danúbio, Lisboa
- CORREIA, José Sérvulo, 1993, "Polícia", *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa
- DIAS, José Eduardo Figueiredo, 2014, *A reinvenção da autorização administrativa no direito do ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora
- 2001, *Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes*, Coimbra;
- ENTERRÍA, Eduardo García de, e FERNANDÉZ, Tomás Ramon, 2000, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 10.ª ed., Tomo II, 7.ª ed., Civitas, Madrid
- ESTEVES de OLIVEIRA, Mário, 1984, *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina, Coimbra
- FARIA COSTA, José, 2003, "O Direito Penal e o Tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo)", *BFDUC* Volume Comemorativo, n.º 75, Dez. p. 1159
- FRACCHIA, 1996, 73
- GIANNINI, Massimo Severo, 1978, *Corso di diritto amministrativo*, A. Giuffrè, Milano.
- GONÇALVES, Pedro, 2006 "Direito Administrativo da Regulação", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. II, Lisboa: FDUL, pp. 535-73.
- 2013, *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Almedina.
- KINDLEBERGER, Charles e ALBER, Robert, 5ª ed., 2005, *Manias, Panics, and Crashes: A History of Financial Crises*, N. Jersey, Wiley Investment Classics



LUÍS GUILHERME CATARINO

- KRAAKMAN, R., 1984, "Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls", in *Yale Law Journal*, n.º 93, p. 857
- LOUREIRO, João, 2001 "Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência", *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 797-891.
- LOUREIRO, João, 1995, *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Coimbra, 1995
- MAÇÃS, Maria Fernanda, 2006 "O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, jul/ago, pp. 21-49.
- 1998, "Algumas considerações sobre o conteúdo das normas que regulam o regime de autorização das instituições de crédito", in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal*, Lisboa, Banco de Portugal, p. 185
- MEGALE, Januário 1989, *Introdução às Ciências Sociais*, S. Paulo, Atlas, p. 169 ss;
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, 2007, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Ed., p. 586.
- MORAIS, Carlos Blanco de 2001, "As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, Janeiro;
- MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Maria Fernanda -2003 "Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei Quadro", *Direito Público e Regulação*, n.º 4, Coimbra Editora.
- MOREIRA, Vital, 1994, *O Direito de Resposta na Comunicação Social*, Coimbra;
- MOREIRA, Vital, e MAÇÃS, Fernanda, 2003, *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudos*
- MOREIRA, José Manuel 1999, *Ética, Economia e Política*, Porto, Lello&Irmãos
- SOARES, Rogério Ehrhardt, 1981, "Princípio da legalidade e administração constitutiva", in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LVII, SOARES, Rogério Ehrhardt, 1982, *Direito Administrativo*, Porto, UCP, policop., s.d.
- SUNSTEIN, Cass, 2005, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 98
- TAVARES da SILVA, Suzana, 2010, *Um Novo Direito Administrativo*, IU, Coimbra.
- 2010ª, "La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo", in *Comunicaciones al IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, disponível em: <http://www.uco.es/congresos/HispanoLuso/documentos/Comunicaciones/tavares%20da%20silva.pdf>
- TEIXEIRA dos SANTOS, 2001, *A evolução do Mercado de Capitais Português*, artigo e bibliografia disponíveis in <http://www.cmvm.pt/CMVM/A%20CMVM/Conferencias/Intervencoes/Documents/58ee22e0dc804950ada7a5517f16cd1a200104EcoPura.pdf>
- VELOSO, José António, 2000, "Sobre a natureza não sancionatória da revogação da autorização das instituições de crédito e outras questões de fiscalização de actividades reservadas; algumas notas de justificação de decisões legislativas", *Direito e Justiça*, RUCatólicaP, vol. XIV, Tomo I, Porto, pp. 63-89.