

O NOVO REGIME JURÍDICO DE RECUPERAÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO: ASPETOS FUNDAMENTAIS

Luís Máximo dos Santos

ABSTRACT: The present article refers to the new Portuguese legal regime for banking recovery and resolution, introduced by the Decree-Law n.º 31-A/2012, 10th February. The article analyses, particularly, the role and the legal regime of the new Resolution Fund, which is one of the most important instruments to apply the resolution measures.

SUMÁRIO: Introdução. I. Aspectos fundamentais do novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito. 1. Considerações preliminares. 2. Os princípios gerais. 3. A intervenção corretiva. 4. A administração provisória. II. As medidas de resolução e o papel do Fundo de Resolução. 1. Enquadramento geral. 2. A tipologia de medidas de correção. 3. O papel e o regime jurídico do Fundo de Resolução. III. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, emitido ao abrigo da autorização legislativa constante da Lei n.º 58/2011, de 28 de novembro, veio introduzir profundas alterações em diversos domínios da regulação bancária em Portugal.

Com efeito, o diploma altera significativamente o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro¹, em especial quanto aos poderes

¹ Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 246/95, de 14 de setembro, 232/96, de 5 de dezembro, 222/99, de 22 de junho, 250/2000, de 13 de outubro, 285/2001, de 3 de novembro, 201/2002, de 26 de setembro, 319/2002, de 28 de dezembro, 252/2003, de 17 de outubro, 145/2006, de 31 de julho, 104/2007, de 3 de abril, 357-A/2007, de 31 de outubro, 1/2008, de 21 de julho, e 211-A/2008, de 3 de novembro, pela Lei n.º 28/2009, de 19 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 162/2009, de 20 de julho, pela Lei n.º 94/2009, de 1 de setembro,

do Banco de Portugal para intervir em instituições sujeitas à sua supervisão que se encontrem em situações de desequilíbrio financeiro, cria o denominado Fundo de Resolução e procede, também, a modificações no regime aplicável ao Fundo de Garantia de Depósitos (FGD)².

Além disso, altera o regime jurídico do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo (FGCAM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 345/98, de 9 de novembro³, o regime de liquidação de instituições de crédito e sociedades financeiras com sede em Portugal e suas sucursais criadas em Estados-membros da União Europeia, que consta do Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de outubro⁴, e, ainda, a lei orgânica do Banco de Portugal, aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro⁵.

Trata-se, portanto, de um diploma que merece a maior atenção e muito estudo, tantas são – e nalguns casos tão profundas – as alterações introduzidas.

A publicação do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, insere-se no cumprimento dos compromissos assumidos pelo Governo de Portugal, através do Ministro de Estado e das Finanças⁶, perante a União Europeia (Comissão), o Banco Central Europeu (BCE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI) – a famosa *troika* – no quadro do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica (doravante abreviadamente designado por Memorando de Entendimento, Memorando da *Troika* ou simplesmente Memorando), assinado em 17 de maio de 2011. Nesse mesmo dia foi assinado também o Memorando de Políticas Económicas e Financeiras que enquadra o acordo estabelecido com o FMI, naturalmente em coerência com o teor do aludido Memorando de Entendimento⁷.

pelos Decretos-Leis n.ºs 317/2009, de 30 de outubro, 52/2010, de 26 de maio, e 71/2010, de 18 de junho, pela Lei n.º 36/2010, de 2 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 140-A/2010, de 30 de dezembro, pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, e pelos Decretos-Leis n.ºs 88/2011, de 20 de julho, e 119/2011, de 26 de dezembro.

2 Conforme resumo do artigo 1.º, n.º 1, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro.

3 Alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 126/2008, de 21 de julho, 211-A/2008, de 3 de novembro, e 162/2009, de 20 de julho.

4 Diploma que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 2011/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de abril, relativa ao saneamento e à liquidação de instituições de crédito.

5 Alterada pelos Decretos-Leis n.º 118/2001, de 17 de abril, 50/2004, de 10 de março, e 39/2007, de 20 de fevereiro.

6 De salientar que o Governador do Banco de Portugal também assinou o documento.

7 Note-se que existe ainda, em anexo ao Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, um Memorando de Entendimento Técnico, que define determinados conceitos utilizados naquele.

Os documentos em questão definem um programa de ajustamento financeiro e económico a observar por Portugal, durante um período de 3 anos, como contrapartida da concessão de um empréstimo global de 78 mil milhões de euros, a suportar pelo Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira, pelo Fundo Europeu de Estabilização Financeira e pelo FMI, em partes iguais de 26 mil milhões cada.

O Memorando de Entendimento está dividido em sete grandes temas: (i) política orçamental; (ii) regulação e supervisão do setor financeiro; (iii) medidas orçamentais estruturais; (iv) mercado de trabalho e educação; (v) mercado de bens e serviços; (vi) mercado de habitação e (vii) condições de enquadramento⁸.

Como já tivemos ocasião de escrever⁹, as medidas na área da regulação e supervisão do setor financeiro¹⁰ desempenham um papel primordial na estratégia de ajustamento económico e financeiro incorporada no Memorando, o que não tem, aliás, nada de surpreendente, pois o fator imediato que levou ao pedido de assistência financeira externa foi justamente a incapacidade de o sistema bancário obter financiamento no exterior, ficando assim impossibilitado de assegurar as necessidades de financiamento do Estado português, o qual também, por sua vez, não conseguia financiar-se no mercado internacional a taxas de juro sustentáveis.

Entre os objetivos genéricos do Memorando contam-se, precisamente, a preservação da estabilidade do sistema financeiro, a manutenção da liquidez e o apoio a uma desalvancagem equilibrada e ordenada do setor bancário e o *reforço do enquadramento legal da reestruturação, saneamento e liquidação das instituições de crédito*.

Este último objetivo está condensado nos pontos 2.13. e 2.14. do Memorando. O ponto 2.13. estabelece que, até ao final de Novembro de 2011, “as autoridades alterarão a legislação sobre instituições de crédito, em consulta com a Comissão, o BCE e o FMI, para, entre outras, impor obrigações de reporte prévio”, baseadas em requisitos claros e com penalização do seu incumprimento. Aí se diz também que “o Banco de Portugal será autorizado a aplicar medidas corretivas para promover a implementação de um plano de

8 Para uma apreciação de alguns dos principais aspetos do Memorando da *Troika*, cf. AAVV, 2011: 15-67.

9 Cf. Santos, 2011: 47

10 Apesar de se aludir ao “setor financeiro”, trata-se, no essencial, de medidas que visam apenas o setor bancário.

recuperação” e que “as instituições de crédito com riscos sistémicos terão de preparar planos de contingência de reestruturação, saneamento e liquidação sujeitos a revisão periódica”.

O ponto 2.14., por seu turno, refere que “as alterações introduzirão um regime de reestruturação e saneamento das instituições de crédito em dificuldades que lhes permita, sob controlo oficial, manter o exercício da atividade, para promover a estabilidade financeira e a proteção dos depositantes. O regime estabelecerá requisitos claros para a sua aplicação e os instrumentos de reestruturação ao dispor das autoridades deverão incluir a recapitalização sem direitos de preferência dos acionistas, de acordo com o enquadramento europeu relevante, a transferência de ativos e passivos para outras instituições de crédito e um *bridge-bank*”.

Por sua vez, o ponto 2.15. estabelece a obrigação de, até ao final de 2011, as autoridades reforçarem a legislação que regula o FGD e o FGCAM, em consulta com a Comissão Europeia, o BCE e o FMI, salientando que “a função destes fundos será reexaminada para reforçar a proteção dos depositantes garantidos” e que os mesmos deverão “manter a possibilidade de financiar o saneamento de instituições de crédito em dificuldades e, em particular, de transferir os depósitos garantidos para outra instituição de crédito, mas não para as recapitalizar”. Sublinha-se que tal assistência financeira “terá como limite o montante dos depósitos garantidos que teriam de ser reembolsados em situação de liquidação” e que a mesma só deverá ser permitida “no caso de não prejudicar a capacidade dos Fundos exercerem a sua função principal”¹¹.

Como primeira nota, cumpre assinalar que a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, constituiu um passo essencial para o pleno cumprimento destes três pontos do programa de ajustamento, faltando ainda, no entanto, alguns instrumentos legislativos e regulamentares que são essenciais para tornar operativas as alterações introduzidas. Saliente-se também que o Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, foi publicado muito antes do termo da autorização legislativa, cujo prazo foi fixado em 180 dias pelo artigo 13.º da Lei n.º 58/2011, de 28 de novembro¹².

11 De notar que no documento *Portugal – Programa de Assistência Financeira EU/FMI 2011-2014*, editado pelo Banco de Portugal em 2011, o cumprimento dos pontos 2.13., 2.14. e 2.15. do Memorando da *Troika* aparece diretamente conexionado – e bem – com o objetivo geral do programa de ajustamento de prosseguir a *estabilidade financeira* (cf. pp. 17 e 20).

12 No que diz respeito ao FGD e ao FGCAM, importa salientar também que através do Decreto-Lei n.º 119/2011, de 26 de dezembro, foi estabelecido, *de forma permanente*, em 100.000 euros o limite legal da

A propósito do programa de ajustamento acordado com a *troika*, tem-se dito, com frequência, que o mesmo seria tão completo e exaustivo que o seu cumprimento deixaria pouca ou nenhuma margem para discussão ou decisões autónomas. Cremos que o Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, constitui uma prova de que não é assim. De facto, os pontos do programa de ajustamento a que aquele decreto-lei visa dar cumprimento *estão definidos em termos muito genéricos*, deixando, por isso, ao legislador português múltiplas hipóteses de concretização dos mesmos, muito embora, por força das circunstâncias, a execução do programa tenha necessariamente subjacente um quadro de negociação permanente.

Deste modo, o cumprimento de alguns dos objetivos traçados no Memorando, pelo menos em determinados casos, pode ser alcançado através de diferentes caminhos e soluções, o que constitui um motivo adicional para que a preparação da legislação que o executa não seja excluída do debate público.

No frenesim legislativo que o cumprimento do Memorando necessariamente implica, devemos evitar o erro de produzir legislação “para *troika* ver”. De facto, nas matérias da regulação e supervisão bancária, mais do que cumprir prazos ou alcançar formalmente determinados objetivos explicitados no Memorando, o que importa saber é se produzimos uma legislação de qualidade, verdadeiramente operativa, suficientemente ponderada, suscetível de resistir ao teste do tempo e, sobretudo, ao teste da sua aplicação. Se predominar uma lógica de cumprir calendário, em detrimento da ponderação que uma legislação desta complexidade necessariamente exige, podemos estar a criar, no futuro, problemas maiores do que aqueles que agora pretendemos resolver.

Contudo, longe de uma análise global das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, o objeto deste artigo centra-se na apreciação dos aspetos fundamentais da nova disciplina, designadamente das medidas mais inovadoras, como é o caso da consagração das medidas de resolução e da criação do Fundo de Resolução.

garantia do reembolso de depósitos constituídos nas instituições de crédito neles participantes, no caso de se verificar uma situação de indisponibilidade de depósitos. No auge da crise financeira resultante da falência do *Lehman Brothers*, e com o intuito de prevenir uma corrida aos bancos, esse limite havia já sido introduzido, *mas com carácter temporário* (até 31 de dezembro de 2011), pelo artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 211-A/2008, de 3 de novembro. Carácter temporário que foi mantido pelo Decreto-Lei n.º 162/2009, de 20 de julho, que transpôs para o direito interno a Diretiva n.º 2009/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março, e que só foi eliminado, portanto, com o Decreto-Lei n.º 119/2011, de 26 de dezembro.

I. ASPETOS FUNDAMENTAIS DO NOVO REGIME DE RECUPERAÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO EM DIFICULDADES

1. Considerações preliminares

Até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 31-A/2012¹³, o regime do saneamento das instituições de crédito encontrava-se previsto no Título VIII do RGICSF, que integrava os artigos 139.º a 153.º¹⁴. Desde a sua entrada em vigor, em 1 de janeiro de 1993, sofrera apenas ligeiras alterações¹⁵. Ora, independentemente do Memorando, cremos que já há algum tempo que se justificava a revisão do regime relativo ao saneamento das instituições de crédito, pois as profundas alterações que entretanto se verificaram, a todos os níveis, na atividade bancária aconselhavam modificações. Por outro lado, a experiência da sua aplicação no caso do Banco Privado Português também permitiu colher ensinamentos suscetíveis de conduzir a aperfeiçoamentos legislativos. De todo o modo, importa sublinhar que o regime legal do saneamento tinha assinalável consistência e coerência interna e previa uma panóplia de instrumentos de intervenção que lhe davam flexibilidade e potencialidade para ser eficaz.

Não se caia, porém, na ilusão de pedir à legislação aquilo que ela não pode dar. Por mais perfeito que seja um regime jurídico, só por si nada pode fazer para salvar um banco se não for possível reunir as condições *económicas materiais*, seja no plano da obtenção de liquidez ou do reforço do capital, para fazer cessar o desequilíbrio financeiro.

O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31-A/2012 é muito importante para entender a disciplina jurídica que o mesmo consagra. Assim, partindo da constatação da insuficiência de mecanismos jurídicos e poderes de intervenção dos supervisores em instituições de crédito cuja situação financeira começa a exibir sinais de deterioração, assinala a necessidade de conferir às

13 O Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, não contém uma norma que expressamente fixe a data da sua entrada em vigor, o que é pouco habitual em diplomas desta importância. Consequentemente, entrou em vigor no quinto dia após a sua publicação, por força do disposto no artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 74/98, de 11 de novembro.

14 Tal regime era aplicável, com as necessárias adaptações, às sociedades financeiras, às empresas de investimento (com exceção das sociedades de consultoria para investimento e das sociedades gestoras de sistemas de negociação multilateral) e às sociedades gestoras de investimento mobiliário, por força do disposto, respetivamente, no artigo 198.º, n.º 1, no primeiro caso, e no artigo 199.º-B, n.º 1, nos restantes, ambos do RGICSF.

15 Sobre o regime do saneamento das instituições de crédito, cf. Menezes Cordeiro, 2010: 953-956, e Athayde, Athayde & Athayde, 2009: 461-468.

autoridades de supervisão um alargado conjunto de poderes que privilegiem tipos de intervenção precoce, essencialmente de carácter preventivo, bem como instrumentos que permitam recuperar a instituição de crédito ou preparar a sua liquidação ordenada, de modo a salvaguardar o interesse essencial da estabilidade financeira.

Embora se invoquem os trabalhos em curso na Comissão Europeia visando a preparação de uma nova diretiva com o objetivo de harmonização no espaço comunitário de mecanismos aptos a recuperar instituições de crédito que se encontrem em graves dificuldades financeiras¹⁶, assume-se a opção de não esperar pela definição desse enquadramento comunitário, a exemplo do que sucedeu com alguns Estados-membros.

Compreende-se a opção tomada, tendo em conta a necessidade de cumprir o Memorando de Entendimento. Mas teria sido bom que a *troika* tivesse compreendido as vantagens que haveria em aguardar pela definição do mencionado enquadramento comunitário. De facto, quando este surgir novas alterações serão inevitáveis. Numa matéria tão importante, a estabilidade legislativa, que não é um valor de somenos, fica assim prejudicada. Convém que não se proceda com a legislação sobre regulação financeira como se tem procedido com a legislação fiscal, alvo de constantes alterações, sob pena de repercussões negativas no plano da sua eficácia.

O novo modelo de recuperação das instituições de crédito em dificuldades aposta – e bem – no reforço das medidas de carácter preventivo, como é notoriamente o caso da obrigatoriedade da elaboração por parte das instituições de planos de recuperação e de resolução a submeter ao Banco de Portugal, que os aprova e pode também solicitar a respetiva alteração. Conforme refere o preâmbulo, “esta obrigação visa assegurar uma adequada planificação prévia das medidas a tomar em caso de eventual necessidade de recuperação ou de resolução de uma instituição de crédito”, esperando-se que este instrumento dote “as instituições de crédito de maior e mais célere capacidade de reação em

16 Note-se a este respeito, com alguma estranheza, o facto de o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 30-A/2012 invocar sobre esta questão um mero *documento de trabalho* da Direção-Geral do Mercado Interno e Serviços da Comissão Europeia intitulado “*Technical Details of a Possible EU Framework for Bank Recovery and Resolution*” e não a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social, ao Comité das Regiões e ao Banco Central Europeu, de 20 de outubro de 2010, intitulada “*An EU Framework for Crisis Management in the Financial Sector*” [COM (2010) 579 final], que está na sua origem. Esta matéria tem sido também discutida noutras instâncias, designadamente ao nível do G-20, aludindo o preâmbulo ao documento produzido pelo Conselho de Estabilidade Financeira, em outubro de 2011, intitulado “*Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*”.

tempos de crise”, e permita ao Banco de Portugal “detetar constrangimentos de natureza legal, operacional ou de modelo de negócio, à adequada aplicação das medidas de resolução previstas, atuando, sendo o caso, em condições de melhor conhecimento da vida da instituição”.

Também no plano dos instrumentos preventivos, merece realce o facto de se ter ampliado o alcance do dever de comunicação ao Banco de Portugal de situações de dificuldade financeira que afetem as instituições, bem como do dever de participação de irregularidades.

Não se nega que o reforço da atuação preventiva pode trazer vantagens para uma supervisão financeira eficaz. A obrigatoriedade da apresentação de planos de recuperação e de resolução, por exemplo, terá, sem dúvida, utilidade, muito embora signifique uma sobrecarga, não negligenciável, de trabalho para as instituições. Mas convirá não depositar expectativas exageradas, pois, com frequência, as crises financeiras têm causas e efeitos que escapam à elaboração de planos de rotina.

As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012 conferem vastos poderes ao Banco de Portugal em múltiplos domínios. Não se pense, no entanto, que a eficácia da supervisão advirá, necessariamente, da pura e simples acumulação de poderes nos supervisores.

A este propósito convirá atentar nas conclusões do relatório final apresentado em 2011 pela Comissão Nacional sobre as Causas da Crise Financeira e Económica nos Estados Unidos (*Final Report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*), que foi criada em 2009 pelo governo americano.

Trata-se de um relatório fundamental para compreender a crise, assente num trabalho notável, a vários títulos, e que constitui também um ótimo indicador da vitalidade da democracia americana, mas cuja análise transcende o objeto deste artigo.

Queremos tão só chamar a atenção para duas das suas conclusões. A primeira, sintomaticamente, é a de que a crise financeira *era evitável*. Se é verdade, sustenta a Comissão, que as crises inerentes aos ciclos da atividade económica não podem ser eliminadas, uma crise com a dimensão da que ocorreu não tinha necessariamente de existir. Entre outros factores, isso foi possível porque foram ignorados ou desvalorizados os diferentes sinais de alerta.

Por outro lado, quanto aos reguladores, a Comissão concluiu que o problema não residiu na falta de poderes para proteger o sistema financeiro. Pelo contrário, a Comissão considera que os reguladores tinham amplos poderes

em muitos domínios. O que aconteceu foi que pura e simplesmente não foram usados, como o Relatório demonstra com vários exemplos eloquentes.

Devemos, pois, ter consciência que, muitas vezes, a eficácia da ação dos reguladores, mais do que pelos poderes que legalmente lhe estão conferidos, se define pelo uso que deles se faz.

2. Os princípios gerais

O título VIII do RGICSF, composto pelos artigos 139.º a 153.ºA, passou a designar-se “Intervenção corretiva, administração provisória e resolução”, as três fases do novo regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades¹⁷. A expressão “saneamento”, já com tradição entre nós, foi assim abandonada. Anote-se, quanto a questões terminológicas, que foi pena não se ter encontrado uma expressão alternativa a “resolução” ou “medidas de resolução” (expressão com um significado jurídico que não se adapta ao caso vertente), incorrendo-se numa tradução literal do termo inglês “resolution” ou “resolution measures”. Talvez, por exemplo, a expressão “reestruturação” ou “medidas de reestruturação” refletisse melhor o conceito em causa.

O título VIII é composto por cinco capítulos. O primeiro (artigos 139.º e 140.º¹⁸) versa os *princípios gerais* aplicáveis às três fases do novo regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades, o segundo (artigos 141.º a 144.º) regula a *intervenção corretiva*, o terceiro (composto apenas pelo artigo 145.º) refere-se à *administração provisória*, o quarto (artigos 145.º-A

17 Nos termos do artigo 198.º, n.º 1, do RGICSF, “salvo o disposto em lei especial, é aplicável, com as necessárias adaptações, às sociedades financeiras e às sucursais estabelecidas em Portugal” o disposto nos capítulos I, II e IV do título VIII. Ou seja, o legislador excluiu da aplicação às sociedades financeiras a fase da administração provisória, mandando apenas aplicar os princípios gerais, as regras da intervenção corretiva e de resolução. Não é claro por que fica de fora, quanto às sociedades financeiras, a possibilidade de recurso à administração provisória e também não se percebe bem o motivo por que não há remissão para as disposições comuns contidas no capítulo V do título VIII. Esta remissão é válida também para as empresas de investimento, com exceção das sociedades de consultoria para investimento e das sociedades gestoras de sistemas de negociação multilateral, e para as sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário (cf. artigo 199.º-B, n.º 1, do RGICSF). No entanto, quanto às empresas de investimento há que atentar no disposto no artigo 199.º-I, n.º 2, que estabelece que “sem prejuízo do disposto no n.º 1 do artigo 198.º, o capítulo III do título VIII é aplicável às empresas de investimento que exerçam as atividades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 199.º-A ou que estejam incluídas no mesmo perímetro de supervisão em base consolidada de uma instituição de crédito”. Refira-se, finalmente, que o artigo 153.º do RGICSF, sob a epígrafe “sucursais de instituições não comunitárias”, estatui que o disposto no capítulo VIII “é aplicável, com as devidas adaptações, às sucursais de instituições de crédito não compreendidas no artigo 48.º e às sucursais das instituições financeiras abrangidas pelo artigo 189.º que exerçam as atividades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 199.º-A”, não estabelecendo qualquer restrição.

18 Sempre que mencionemos uma norma legal sem indicar o diploma em que consta é porque nos estamos a referir a uma norma do RGICSF.

a 145.º-O) prevê as *medidas de resolução* e o quinto (artigos 146.º a 153.º-A) intitula-se *disposições comuns*¹⁹.

Nos termos do artigo 139.º, n.º 1, as medidas previstas no título VIII podem ser adotadas pelo Banco de Portugal, a todo o tempo, “tendo em vista a salvaguarda da solidez financeira da instituição de crédito, dos interesses dos depositantes ou da estabilidade do sistema financeiro”. A aplicação dessas medidas está sujeita aos princípios da adequação e da proporcionalidade, tendo em conta o risco ou o grau de incumprimento, por parte da instituição de crédito, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como a gravidade das respetivas consequências na solidez financeira da instituição em causa, nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro (cf. n.º 2 do citado artigo).

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, afirma-se que “os pressupostos de aplicação destas três fases de intervenção diferenciam-se em razão da gravidade do risco ou grau de incumprimento, por parte de uma instituição, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como da dimensão das respetivas consequências nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro”.

E bem assim que “a escolha da modalidade de intervenção e a adoção de uma ou mais das medidas concretas que as compõem ficará sujeita aos respetivos pressupostos de aplicação e aos princípios gerais da necessidade, adequação e proporcionalidade. Dentro destas balizas de atuação, caberá ao Banco de Portugal decidir em função do que melhor convier aos objetivos do reequilíbrio financeiro da instituição, da proteção dos depositantes, da estabilidade do sistema financeiro como um todo e da salvaguarda do erário público”.

19 A lógica deste último capítulo é a de agregar um conjunto de disposições de diferente natureza aplicáveis a todo o título VIII e, portanto, às três fases de intervenção que prevê. Sucede, porém, que o legislador não foi inteiramente coerente na expressão desse critério. Assim, o artigo 147.º estatui que “*Quando for adotada uma medida de resolução*, e enquanto ela durar, ficam suspensas, pelo prazo máximo de um ano, todas as execuções, incluindo as fiscais, contra a instituição, ou que abranjam os seus bens, sem exceção das que tenham por fim a cobrança de créditos com preferência ou privilégio, e são interrompidos os prazos de prescrição ou de caducidade oponíveis pela instituição” (itálico nosso), parecendo, portanto, que este preceito apenas se aplicaria no caso em que fossem adotadas medidas de resolução. Todavia, o n.º 13 do artigo 145.º estatui que “enquanto durar a administração provisória é também aplicável o disposto no artigo 147.º, com as necessárias adaptações”. Já quanto à fase da intervenção corretiva não existe nenhuma norma semelhante, pelo que nessa fase não se aplicará o regime do artigo 147.º. Refira-se ainda que o artigo 150.º estabelece que “o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 218.º do Código de Procedimento e Processo Tributário aplica-se, com as necessárias adaptações, *quando tenham lugar e enquanto decorram medidas de resolução*, competindo ao Banco de Portugal exercer a faculdade atribuída naquele artigo ao administrador judicial” (itálico nosso). Afigura-se-nos, pois, que não foi feliz a inserção sistemática destes artigos enquanto “disposições comuns”.

Apesar das aludidas três fases de intervenção, as medidas de recuperação de instituições em dificuldades não estão estruturadas rigidamente em torno das mesmas. Nem poderia ser de outro modo, sob pena de se comprometer a eficácia da atuação do Banco de Portugal, que deve por natureza ser flexível, adaptável às circunstâncias concretas de cada situação.

Por isso mesmo, o artigo 140.º do RGICSF estatui que na adoção das medidas o Banco de Portugal *não se encontra vinculado a observar qualquer relação de precedência, estando habilitado, de acordo com as exigências de cada situação e os princípios indicados no artigo 139.º, a combinar medidas de natureza diferente, sem prejuízo, em qualquer caso, da verificação dos respetivos pressupostos de aplicação.*

Assim, por exemplo, a nomeação de uma administração provisória não está dependente da prévia aplicação de medidas de intervenção corretiva e, por outro lado, não prejudica a aplicação, a qualquer momento, de uma ou mais medidas de intervenção corretiva (cf. artigo 145.º, n.ºs 9 e 10).

Também a aplicação de medidas de resolução não depende da prévia aplicação de medidas de intervenção corretiva e não prejudica a possibilidade de aplicação, a qualquer momento, de uma ou mais medidas de intervenção corretiva (cf. artigo 145.º-C, n.ºs 4 e 5).

Um aspeto que importa também salientar é o facto de o legislador ter conferido “caráter urgente”, para efeito do Código do Procedimento Administrativo, às medidas adotadas pelo Banco de Portugal no âmbito das providências de recuperação de instituições em dificuldades. Com efeito, o artigo 146.º, n.º 1, estatui que “as decisões do Banco de Portugal adotadas ao abrigo do presente título são consideradas urgentes nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 103.º do Código do Procedimento Administrativo, não havendo lugar a audiência prévia dos interessados (...)”. Todavia, se considerar que não existe o risco de que a execução ou a utilidade da decisão possa ficar comprometida, “o Banco de Portugal deve ouvir o órgão de administração da instituição e os acionistas que forem detentores de participações qualificadas, com dispensa de qualquer formalidade de notificação, sobre aspetos relevantes das decisões a adotar, no prazo, pela forma e através dos meios de comunicação que se mostrarem adequados à urgência da situação” (cf. n.º 2 do mesmo artigo).

Trata-se, quanto a nós, de uma boa solução legislativa, até porque a audiência dos interessados pode conduzir a efeitos perversos, suscetíveis de prejudicar

a eficácia de uma ação que, por norma, atendendo à delicadeza das matérias em causa, precisa de ser pronta e decisiva.

Como já sucedia antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, “não se aplica às instituições de crédito o regime geral relativo aos meios de recuperação de empresas e proteção de credores”, conforme dispõe o artigo 153.º-A, integrado no capítulo relativo às “disposições comuns”. Julgamos que tal preceito ficaria melhor inserido, do ponto de vista sistemático, no capítulo inicial, como antes acontecia (cf. o n.º 2 do antigo artigo 139.º).

Tratando-se de instituições de crédito que exerçam atividades de intermediação financeira, é dever do Banco de Portugal manter a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários informada das providências que tomar ao abrigo do título VIII do RGICSF ouvindo-a, sempre que possível, antes de decidir a aplicação das mesmas (cf. artigo 148.º).

Noutro plano, saliente-se que *antes* da decisão de aplicação de qualquer medida prevista no título VIII do RGICSF às filiais previstas no artigo 18.º (isto é, às filiais de instituições autorizadas no estrangeiro) *ou, não sendo possível, imediatamente depois*, o Banco de Portugal deve informar as autoridades competentes do país estrangeiro acerca das medidas adotadas (cf. artigo 151.º).

Finalmente, e como não poderia deixar de ser, atenta a sua diferente finalidade, sublinhe-se que a adoção de medidas ao abrigo do título VIII do RGICSF não obsta a que, em caso de infração, sejam aplicadas as sanções previstas na lei (cf. artigo 149.º).

3. A intervenção corretiva

Nos termos do artigo 141.º, n.º 1, do RGICSF, quando uma instituição de crédito não cumpra, ou esteja em risco de não cumprir, normas legais ou regulamentares que disciplinem a sua atividade, o Banco de Portugal pode determinar, no prazo que fixar, a aplicação de uma ou mais medidas corretivas.

Para efeitos da ponderação desse risco de incumprimento, o n.º 2 do mesmo artigo enuncia um conjunto, não taxativo, de circunstâncias²⁰, a saber: *(i)* risco de incumprimento dos níveis mínimos de adequação dos fundos próprios correspondentes ao rácio de solvabilidade e ao rácio *Core Tier 1*; *(ii)* dificuldades na situação de liquidez que possam pôr em risco o regular cumprimento das obrigações da instituição de crédito; *(iii)* o órgão de administração da institui-

²⁰ Circunstâncias essas cuja relevância o Banco de Portugal terá de apreciar à luz dos princípios gerais estabelecidos no artigo 139.º

ção de crédito ter deixado de oferecer garantias de gestão sã e prudente; *(iv)* a organização contabilística ou o sistema de controlo interno da instituição de crédito apresentarem insuficiências graves que não permitam avaliar devidamente a situação patrimonial da instituição.

O elenco de medidas de intervenção corretiva é muito vasto e diversificado quanto à sua tipologia. Com efeito, o artigo 141.º n.º 1, alínea *a)*, começa por remeter para as medidas corretivas previstas no artigo 116.º-C no âmbito dos poderes gerais de supervisão, ou seja:

- a)* Exigir que as instituições de crédito detenham fundos próprios superiores ao nível mínimo estabelecido;
- b)* Exigir o reforço das disposições, processos, mecanismos e estratégias criados para efeitos do governo da sociedade, controlo interno e auto-avaliação de riscos;
- c)* Exigir que as instituições de crédito apliquem uma política específica de constituição de provisões ou de tratamento de ativos em termos de requisitos de fundos próprios;
- d)* Restringir ou limitar as atividades, operações ou redes de balcões;
- e)* Exigir a redução do risco inerente às atividades, produtos e sistemas das instituições de crédito;
- f)* Exigir que as instituições de crédito limitem a remuneração variável em termos de percentagem dos lucros líquidos, quando essa remuneração não seja consentânea com a manutenção de uma base sólida de fundos próprios;
- g)* Exigir que as instituições de crédito utilizem os lucros líquidos para reforçar a base de fundos próprios.

A estas há que adicionar as seguintes:

- 1) Apresentação de um plano de reestruturação pela instituição em causa²¹;
- 2) Suspensão ou substituição de um ou mais membros dos órgãos de administração ou de fiscalização da instituição, estando aqueles obrigados a fornecer todas as informações e a prestar a colaboração que lhes seja solicitada pelo Banco de Portugal;
- 3) Designação de uma comissão de fiscalização ou de um fiscal único²²;

21 A matéria referente ao plano de reestruturação está regulada no artigo 142.º do RGICSF.

22 Os contornos do exercício deste poder encontram-se regulados no artigo 143.º do RGICSF.

- 4) Restrições à concessão de crédito e à aplicação de fundos em determinadas espécies de ativos, em especial no que respeite a operações realizadas com filiais, com entidade que seja a empresa-mãe da instituição ou com filiais desta, bem como com entidades sediadas em jurisdições *offshore*;
- 5) Restrições à receção de depósitos, em função das respetivas modalidades e da remuneração;
- 6) Imposição da constituição de provisões especiais;
- 7) Proibição ou limitação da distribuição de dividendos;
- 8) Sujeição de certas operações ou de certos atos à aprovação prévia do Banco de Portugal.
- 9) Imposição de reportes adicionais;
- 10) Apresentação de um plano de alteração das condições da dívida pela instituição em causa, para efeitos de negociação com os respetivos credores;
- 11) Realização de uma auditoria a toda ou a parte da atividade da instituição, por entidade independente designada pelo Banco de Portugal, a expensas da instituição;
- 12) Requerimento, a todo o tempo, da convocação da assembleia geral da instituição e a apresentação de propostas de deliberação.

Verificando-se que as medidas de intervenção corretiva aplicadas não permitiram recuperar a instituição de crédito, ou considerando-se que as mesmas seriam insuficientes, pode, alternativamente, o Banco de Portugal: *(i)* proceder à nomeação de uma administração provisória, nos termos do 145.º; *(ii)* aplicar uma medida de resolução, se tal for necessário para garantir o cumprimento das finalidades previstas no artigo 145.º-A e se estiverem reunidos os requisitos previstos no artigo 145.º-C, e *(iii)* revogar a autorização para o exercício da respetiva atividade, seguindo-se a liquidação da instituição.

Segundo o legislador, conforme assinala no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, “no que diz respeito à fase de intervenção corretiva, e dentro de uma preocupação de graduação e adaptação das medidas à maior ou menor gravidade das situações detetadas, o regime agora instituído preserva, no essencial, o conteúdo das medidas de saneamento anteriormente previstas no título VIII do RGICSF, antecipando contudo o momento em que podem ser aplicadas pelo Banco de Portugal”.

A ideia de que o regime da intervenção corretiva corresponde, no essencial, ao antigo regime do saneamento, aparentemente expressa nesta passagem do preâmbulo, não é, a nosso ver, inteiramente correta. Com efeito, o regime do saneamento, que não estava estruturado por “fases”, contemplava a possibilidade de nomeação de administradores provisórios (cf. o artigo 143.º do RGICSF na redação anterior ao Decreto-Lei n.º 31-A/2012), podendo o Banco de Portugal, ao fazê-lo, “suspender, no todo ou em parte, o órgão de administração, o conselho geral e de supervisão e quaisquer outros órgãos com funções análogas” (cf. n.º 3 do mencionado artigo). Logo, as agora designadas medidas de intervenção corretiva ficam *aquém* das antigas “medidas de saneamento”, já que estas abarcavam, por exemplo, a possibilidade de nomeação de uma administração provisória, cujo regime consta do atual artigo 145.º do RGICSF, *mas fora do quadro da intervenção corretiva*.

As medidas de intervenção corretiva não contemplam a possibilidade de o Banco de Portugal dispensar a instituição, temporariamente, de cumprir pontualmente as suas obrigações. Tal medida está prevista, com a duração máxima de um ano, apenas nas situações de designação de uma administração provisória [cf. alínea *b*) do n.º 11 do artigo 145.º] ou de aplicação de uma medida de resolução, neste caso sem definição do período máximo de aplicação [cf. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 145.º-J]. Os termos genéricos da sua previsão conferem – e bem – ao Banco de Portugal grande latitude na definição dos seus exatos contornos.

A dispensa temporária do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas é, evidentemente, uma medida bastante gravosa. Mas, em muitos casos, pode ser um instrumento fundamental para evitar uma corrida ao levantamento de depósitos e ao resgate antecipado de produtos que, inevitavelmente, conduziria ao *imediato* colapso da instituição, não deixando sequer tempo para tentar uma estratégia de recuperação. É verdade que no regime anterior essa medida surgia também como uma possibilidade associada à nomeação de administradores provisórios. Mas temos muitas dúvidas que, apesar de situadas no primeiro patamar da intervenção pública, a adoção de medidas de intervenção corretiva – que são o primeiro (e grave) sinal de que uma instituição está com problemas – possa prescindir da *possibilidade* de decretamento da suspensão temporária do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas, dada a importância crucial que tal medida pode ter para evitar um agravamento irreparável da situação da instituição.

4. A administração provisória

De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31-A/20112, “a fase de administração provisória corresponde a um nível mais intenso e mais visível de intervenção pública, visando a situações suscetíveis de colocar em risco sério o equilíbrio financeiro ou a solvabilidade da instituição, ou de constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro” e é “caraterizada pela possibilidade de o Banco de Portugal suspender o órgão de administração de uma instituição de crédito e nomear, na totalidade, os seus membros”. Na verdade, como já vimos, na fase de intervenção corretiva está prevista apenas *a suspensão ou substituição de um ou mais membros do órgão de administração* [cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 141.º] mas não se contempla a integral substituição da administração da instituição.

Os pressupostos de nomeação e o regime da administração provisória estão fixados, como já se referiu, no artigo 145.º. Assim, nos termos do aludido preceito, o Banco de Portugal pode determinar a suspensão do órgão de administração de uma instituição de crédito e nomear uma administração provisória, quando se verifique alguma das situações a seguir enunciadas, *que seja suscetível de colocar em sério risco o equilíbrio financeiro ou a solvabilidade da instituição ou de constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro*:

- a) Deteção de uma violação grave ou reiterada de normas legais ou regulamentares que disciplinem a atividade da instituição;
- b) Verificação de motivos atendíveis para suspeitar da existência de graves irregularidades na gestão da instituição;
- c) Verificação de motivos atendíveis para suspeitar da incapacidade dos acionistas ou dos membros do órgão de administração da instituição para assegurarem uma gestão sã e prudente ou para recuperarem financeiramente a instituição;
- d) Verificação de motivos atendíveis para suspeitar da existência de outras irregularidades que coloquem em sério risco os interesses dos depositantes e dos credores.

Para que o Banco de Portugal determine a suspensão do órgão de administração de uma instituição de crédito e nomeie uma administração provisória não basta, portanto, a mera verificação de uma das situações mencionadas nas alíneas *supra*. É preciso que essas situações *sejam suscetíveis de colocar em sério risco o equilíbrio financeiro ou a solvabilidade da instituição ou de constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro*.

Os membros da administração provisória são remunerados pela instituição e, para além dos poderes e deveres conferidos pela lei e pelos estatutos, têm ainda os seguintes:

- a) Vetar as deliberações dos restantes órgãos sociais da instituição;
- b) Revogar decisões anteriormente adotadas pelo órgão de administração da instituição;
- c) Convocar a assembleia geral da instituição e determinar a ordem do dia;
- d) Promover uma avaliação detalhada da situação patrimonial e financeira da instituição, de acordo com os pressupostos definidos pelo Banco de Portugal;
- e) Apresentar ao Banco de Portugal propostas para a recuperação financeira da instituição;
- f) Diligenciar no sentido da imediata correção de eventuais irregularidades anteriormente cometidas pelos órgãos sociais da instituição ou por algum dos seus membros;
- g) Adotar medidas que entendam convenientes no interesse dos depositantes e da instituição;
- h) Promover o acordo entre acionistas e credores da instituição relativamente a medidas que permitam a recuperação financeira da instituição, nomeadamente a renegociação das condições da dívida, a conversão de dívida em capital social, a redução do capital social para absorção de prejuízos, o aumento do capital social ou a alienação de parte da atividade a outra instituição autorizada para o seu exercício;
- i) Manter o Banco de Portugal informado sobre a sua atividade e sobre a gestão da instituição, nomeadamente através da elaboração de relatórios com a periodicidade definida por este;
- j) Observar as orientações genéricas e os objetivos estratégicos definidos pelo Banco de Portugal com vista ao desempenho das suas funções;
- k) Prestar todas as informações e a colaboração requerida pelo Banco de Portugal sobre quaisquer assuntos relacionados com a sua atividade e com a instituição.

O poder que mais avulta é o de vetar as deliberações dos restantes órgãos sociais da instituição, o qual não constitui novidade face ao regime anterior [cf. artigo 143.º, n.º 2, alínea a), e n.º 3].

Como não poderia deixar de ser, por uma questão de coerência face às funções que exerce de controlo da idoneidade, designadamente, dos titulares

de cargos de administração em instituições de crédito, o Banco de Portugal, na designação dos membros da administração provisória, tem em conta critérios de idoneidade e experiência no exercício de funções no setor financeiro.

Por outro lado, o Banco de Portugal pode sujeitar à sua *aprovação prévia* certos atos a praticar pelos membros da administração provisória. Os membros da administração provisória exercem as suas funções pelo prazo que o Banco de Portugal determinar, no máximo de um ano, prorrogável até ao máximo de dois anos, prazo máximo que corresponde ao da lei anterior.

A remuneração dos membros da administração provisória é fixada pelo Banco de Portugal, o qual pode, a qualquer momento, substituir os membros da administração provisória ou pôr termo às suas funções, se considerar existir motivo atendível.

Os membros da administração provisória são responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

Além da dispensa temporária do cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas (a que já nos referimos), com a designação de uma administração provisória pode o Banco de Portugal igualmente nomear uma comissão de fiscalização ou um fiscal único, aplicando-se o disposto no artigo 143.º.

Sobre os membros do órgão de administração suspensos impende o dever de fornecer de imediato todas as informações e prestar a colaboração que lhes seja requerida pelo Banco de Portugal ou pelos novos membros do órgão de administração.

Finalmente, saliente-se que no âmbito de procedimentos cautelares que tenham por objeto a suspensão de deliberações tomadas pelos membros da administração provisória, presume-se, para todos os efeitos legais, que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que pode derivar da execução da deliberação. Trata-se de uma disposição que contribui para reforçar significativamente a eficácia da ação da administração provisória e, através dela, da ação do Banco de Portugal.

II. AS MEDIDAS DE RESOLUÇÃO E O PAPEL DO FUNDO DE RESOLUÇÃO

1. Enquadramento geral

A consagração legal das denominadas “medidas de resolução”, expressão terminológica que, conforme já referimos, se nos afigura pouco feliz, é, sem dúvida,

a inovação mais importante do novo regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades.

Nos termos do artigo 145.º-A, as medidas de resolução são suscetíveis de ser aplicadas pelo Banco de Portugal às instituições de crédito sediadas em Portugal, com o objetivo de prosseguir qualquer das seguintes finalidades:

- a) Assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais;
- b) Acautelar o risco sistémico;
- c) Salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público;
- d) Salvaguardar a confiança dos depositantes.

O legislador não nos fornece critérios para que possamos avaliar em que medida uma instituição de crédito, só por si, é indispensável para “assegurar a continuidade da prestação de serviços financeiros essenciais” (através de uma passagem do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31-A/2012 parece resultar que se estará a pensar, por exemplo, “na continuidade de funcionamento dos sistemas de pagamentos”) ou em que medida isso se autonomiza do acautelamento do risco sistémico, cuja proteção, aliás, como a crise financeira iniciada em 2007 demonstrou em inúmeras ocasiões, nos mais diversos países, se faz muitas vezes inevitavelmente à custa do erário público e, por consequência, dos contribuintes. Compreende-se a boa intenção, mas alguns destes objetivos podem, na prática, conflitar entre si.

Sob a epígrafe “princípio orientador da aplicação de medidas de resolução”, o artigo 145.º-B estatui, no seu n.º 1, que “na aplicação de medidas de resolução, procura assegurar-se que os acionistas e os credores da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa, de acordo com a respetiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores”, norma que nos deixa algumas dúvidas quanto ao seu real alcance, pois o que estatui é o que, em situações deste tipo, normalmente tenderá a acontecer²³.

Quando uma instituição de crédito não cumpra, ou esteja em risco sério de não cumprir, os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade, o Banco de Portugal pode aplicar as seguintes medidas de resolução, se tal for indispensável para a prossecução de qualquer das finalidades previstas no artigo 145.º-A:

²³ Dessa assunção prioritária dos prejuízos excluem-se os credores titulares de depósitos garantidos pelo FGD (cf. n.º 2 do artigo 145.º-B).

- a) Alienação parcial ou total da atividade a outra instituição autorizada a desenvolver a atividade em causa;
- b) Transferência, parcial ou total, da atividade a um ou mais bancos de transição.

Em conexão com a consagração destas medidas, o legislador criou um novo fundo: o Fundo de Resolução, regulado no título VIII-A do RGICSF, compreendendo os artigos 153.º-B a 153.º-U.

2. A tipologia de medidas de resolução

2.1. A fase dita de resolução compreende, pois, a possibilidade de aplicação de dois tipos de medidas: (i) a alienação total ou parcial da atividade de uma instituição de crédito a outra ou outras instituições a operar no mercado e (ii) a transferência de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais ou ativos sob gestão para um banco de transição criado para o efeito.

Estas medidas estão reservadas para a eventualidade de uma instituição de crédito se encontrar em risco sério de não cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade e não ser previsível que a mesma consiga, num prazo apropriado, executar as ações necessárias para regressar a condições adequadas de solidez e de cumprimento dos rácios prudenciais.

O n.º 3 do artigo 145.º-C estatui que se considera, para efeito do desencadeamento de uma medida de resolução, que uma instituição de crédito está em risco sério de não cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade quando, entre outros factos atendíveis, cuja relevância o Banco de Portugal apreciará à luz das finalidades enunciadas no artigo 145.º-A, se verifique alguma das seguintes situações:

- a) A instituição de crédito tiver tido prejuízos ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo possa vir a ter prejuízos suscetíveis de consumir o respetivo capital social;
- b) Os ativos da instituição de crédito se tornem inferiores ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo se tornem inferiores às respetivas obrigações;
- c) A instituição de crédito estiver impossibilitada de cumprir as suas obrigações, ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar.

Quando o Banco de Portugal decidir aplicar uma medida de resolução ficam suspensos os membros dos órgãos de administração e de fiscalização da instituição de crédito em causa e, caso o Banco de Portugal o decida, o revisor oficial de contas ou a sociedade de revisores oficiais de contas a quem compete emitir a certificação legal de contas e que não integre o respetivo órgão de fiscalização. Trata-se, portanto, de um efeito que decorre *imperativamente* da adoção de uma medida de resolução, não estando na disponibilidade do Banco de Portugal.

A designação dos novos órgãos sociais cabe ao Banco de Portugal, nos termos previstos nos artigos 145.º-D e 145.º-E. Para além dos poderes e deveres que lhes são conferidos pela lei e pelos estatutos, os membros do órgão de administração têm, ainda, os seguintes:

- a) Os poderes e deveres previstos no n.º 2 do artigo 145.º;
- b) O poder de executar as decisões adotadas pelo Banco de Portugal ao abrigo dos artigos 145.º-F a 145.º-I, sem necessidade de obter o prévio consentimento dos acionistas da instituição de crédito.

2.2. A medida de resolução consistente na alienação, parcial ou total, de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão de uma instituição de crédito a uma ou mais instituições autorizadas a desenvolver a atividade em causa está regulada no artigo 145.º-F.

Para esse efeito, o Banco de Portugal convida os potenciais adquirentes a apresentarem propostas de aquisição, procurando assegurar, em termos adequados à celeridade imposta pelas circunstâncias, a transparência do processo e o tratamento equitativo dos interessados. Na seleção da instituição adquirente, o Banco de Portugal tem em consideração as finalidades previstas no artigo 145.º-A.

Com vista à alienação, os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão selecionados pelo Banco de Portugal devem ser objeto de uma avaliação, reportada ao momento da alienação, realizada por uma entidade independente designada pelo Banco de Portugal, em prazo a fixar por este, a expensas da instituição de crédito, utilizando uma metodologia de valorização baseada em condições de mercado e, subsidiariamente, no justo valor, a qual deve ter em conta o valor incorpóreo, positivo ou negativo, que da alienação resulte para a instituição adquirente.

O Banco de Portugal determina o montante do apoio financeiro a prestar pelo Fundo de Resolução, caso seja necessário, e pode convidar o FGD ou,

no caso de medidas aplicáveis no âmbito do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, o FGCAM a cooperar no processo de alienação de depósitos garantidos, de acordo com o disposto, respetivamente, no artigo 167.º-A do RGICSF e no artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 345/98, de 9 de novembro.

Quando o valor dos passivos alienados for superior ao valor dos ativos, os montantes dos apoios financeiros prestados para efeitos de compensar essa diferença constituem créditos do Fundo de Resolução, do FGD ou do FGCAM sobre a instituição de crédito alienante. Caso seja positivo, o produto da alienação reverte para a instituição de crédito alienante.

Após a alienação, deve ser garantida a continuidade das operações relacionadas com os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão a alienar, nomeadamente:

- a) A instituição adquirente deve ser considerada, para todos os efeitos legais e contratuais, como sucessora nos direitos e obrigações transferidos da instituição de crédito alienante;
- b) A instituição de crédito alienante, bem como qualquer sociedade inserida no mesmo grupo e que lhe preste serviços no âmbito da atividade alienada, deve disponibilizar todas as informações solicitadas pela instituição adquirente, garantir a esta o acesso a sistemas de informação relacionados com a atividade alienada e, mediante remuneração acordada entre as partes, continuar a prestar os serviços que a instituição adquirente considere necessários para efeitos do regular desenvolvimento da atividade alienada.

A decisão que determine a alienação produz efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a alienação. E não depende do prévio consentimento dos acionistas da instituição de crédito nem das partes em contratos relacionados com os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão a alienar, não podendo constituir fundamento para o exercício de qualquer direito de vencimento antecipado estipulado nos contratos em causa.

Note-se também que, caso a contrapartida fixada no momento da alienação dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão transferidos não corresponda comprovadamente ao seu justo valor, a instituição adquirente pode, após autorização do Banco de Portugal, devolver esses ativos,

passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, procedendo-se ao correspondente acerto daquela contrapartida.

Em alternativa à devolução, pode o Banco de Portugal propor à instituição adquirente o pagamento do valor correspondente à diferença existente entre a contrapartida estipulada para a alienação e o justo valor dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão. Esse pagamento pode ser efetuado através da transferência para a instituição adquirente de novos ativos da instituição de crédito alienante ou de verbas provenientes do Fundo de Resolução, do FGD ou do FGCAM.

Se da alienação decorrer uma operação de concentração nos termos da legislação aplicável em matéria de concorrência, esta operação pode realizar-se antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição por parte da Autoridade da Concorrência, sem prejuízo das medidas que sejam posteriormente determinadas por esta Autoridade.

2.3. A segunda medida de resolução consiste na transferência, parcial ou total, da atividade de uma instituição de crédito para bancos de transição. Com o Decreto-Lei n.º 31-A/2012 ficou assim consagrado no ordenamento jurídico português um quadro legal para o recurso a este tipo de instituições, utilizadas em vários países para lidar com crises bancárias, sob a designação de “bridge banks”.

Nos termos do artigo 145.º-G “o Banco de Portugal pode determinar a transferência, parcial ou total, de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão de uma instituição de crédito para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos, com o objetivo de permitir a sua posterior alienação a outra instituição autorizada a desenvolver a atividade em causa”. Com a mesma finalidade, o Banco de Portugal pode ainda determinar a transferência, parcial ou total, dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão de duas ou mais instituições de crédito incluídas no mesmo grupo para um ou mais bancos de transição.

O banco de transição é uma instituição de crédito com a natureza jurídica de banco, cujo capital social é totalmente detido pelo Fundo de Resolução. O seu capital social é realizado pelo Fundo de Resolução com recurso aos seus fundos. É constituído por deliberação do Banco de Portugal, que aprova os respetivos estatutos, não estando sujeito, por expressa exclusão da lei, a um processo de autorização (cf. artigo 145.º-G, n.º 5).

Após a deliberação do Banco de Portugal pela qual se constitui, o banco de transição fica autorizado a exercer as atividades previstas no n.º 1 do artigo 4.º do RGICSF, ou seja, todas as atividades permitidas aos bancos.

O banco de transição tem capital social não inferior ao mínimo previsto em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, ouvido o Banco de Portugal, e cumpre as normas aplicáveis aos bancos.

Contudo, o banco de transição pode iniciar a sua atividade sem prévio cumprimento dos requisitos legais relacionados com o registo comercial e demais procedimentos formais previstos por lei, sem prejuízo do posterior cumprimento dos mesmos no mais breve prazo possível. Esta dispensa, ainda que temporária, do cumprimento da lei, afigura-se-nos algo excessiva, do ponto de vista dos princípios, e de duvidosa utilidade, do ponto de vista dos interesses.

Compete ao Banco de Portugal definir, por aviso, as regras aplicáveis à criação e ao funcionamento dos bancos de transição. Por seu turno, o n.º 10 do artigo 145.º-G estatui que “o Código das Sociedades Comerciais é aplicável aos bancos de transição com as adaptações necessárias aos objetivos e à natureza destas instituições”, o que faz prefigurar muito e difícil trabalho para o intérprete.

Mas uma das disposições que nos causa mais estranheza neste novo regime é a que se contém no n.º 11 do artigo 145.º-G. Aí se diz que “compete ao Banco de Portugal, sob proposta da comissão diretiva do Fundo de Resolução, nomear os membros dos órgãos de administração e de fiscalização do banco de transição, *que devem obedecer a todas as orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal, nomeadamente relativas a decisões de gestão do banco de transição*” (itálico nosso).

Em primeiro lugar, cabe salientar que a comissão diretiva do Fundo de Resolução, entidade titular do capital do banco de transição, tem o direito de propor os membros dos órgãos de administração e de fiscalização daquele mas é o Banco de Portugal que tem o poder de os nomear, solução que se compreende, visto que o banco de transição é constituído por deliberação do Banco de Portugal, funcionando o Fundo de Resolução como um mero instrumento. Mas o que verdadeiramente surpreende é o inciso do preceito que estatui que esses membros devem obedecer a todas as orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal, nomeadamente relativas a decisões de gestão do banco de transição.

Através deste dever de obediência, estabelecido em termos tão genéricos e radicais, retira-se qualquer margem de autonomia à administração do banco

de transição face ao Banco de Portugal. Mais: tomada à letra, a redação da norma parece abarcar no dever de obediência o próprio órgão de fiscalização, interpretação que, evidentemente, tem de ser afastada.

Com esta norma, a responsabilidade própria da administração do banco de transição fica enfraquecida, o que não é um bom princípio.

De algum modo, o Banco de Portugal fica a gerir, por interposta administração, um banco que opera no mercado, e que pode ter uma duração de 5 anos. Mesmo atendendo à especialidade da situação e aos objetivos que estão em causa, é difícil aceitar que uma entidade que tem a função de regular e supervisionar o setor bancário seja ela própria responsável pela gestão de um banco.

Note-se, aliás, que embora, à partida, o banco de transição tenha uma duração limitada a dois anos, ela é prorrogável por períodos de um ano com base em fundadas razões de interesse público, nomeadamente se permanecerem riscos para a estabilidade financeira ou estiverem pendentes negociações com vista à alienação dos respetivos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob a sua gestão, *podendo atingir a duração máxima de cinco anos*.

O banco de transição deve obedecer, no desenvolvimento da sua atividade, a critérios de gestão que assegurem a manutenção de baixos níveis de risco.

A transferência, parcial ou total, de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão de uma instituição de crédito para um ou mais bancos de transição para o efeito constituídos é comunicada à Autoridade da Concorrência, bem como a eventual prorrogação do prazo da sua duração, mas atendendo à sua transitoriedade não consubstancia uma operação de concentração de empresas para efeitos da legislação aplicável em matéria de concorrência.

O artigo 145.º-H, que regula a matéria do património e financiamento do banco de transição, estatui que o Banco de Portugal seleciona os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão a transferir para o banco de transição no momento da sua constituição. O seu n.º 2 elenca várias limitações à transferência para o banco de transição de obrigações contraídas pela instituição de crédito originária.

Os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão selecionados para o banco de transição devem ser objeto de uma avaliação, reportada ao momento da transferência, realizada por uma entidade independente designada pelo Banco de Portugal, em prazo a fixar por este, a expensas da instituição de crédito.

O Banco de Portugal determina o montante do apoio financeiro a conceder pelo Fundo de Resolução, caso seja necessário, para a criação e o desen-

volvimento da atividade do banco de transição, nomeadamente através da concessão de empréstimos ao banco de transição para qualquer finalidade ou da disponibilização dos fundos considerados necessários para a realização de operações de aumento de capital do banco de transição.

Tal como sucedia na medida de resolução consistente na alienação da atividade, o Banco de Portugal pode convidar o FGD ou, no caso de medidas aplicáveis no âmbito do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, o FGCAM a cooperar no processo de transferência de depósitos garantidos para um banco de transição, de acordo com o disposto no artigo 167.º-A ou no artigo 15.º-A do Decreto-Lei n.º 345/98, de 9 de novembro, respetivamente.

O artigo 145.º-I regula a matéria da alienação do património do banco de transição. Como notas fundamentais, saliente-se que, sem prejuízo dos atos de disposição que caibam nos poderes de gestão da administração do banco de transição, o Banco de Portugal, quando considerar que se encontram reunidas as condições necessárias para alienar, parcial ou totalmente, os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão que tenham sido transferidos para o banco de transição, convida, assegurando a transparência do processo, outras instituições autorizadas a desenvolver a atividade em causa a apresentarem propostas de aquisição.

Na seleção da instituição adquirente, o Banco de Portugal tem em consideração as finalidades previstas no artigo 145.º-A.

Nos termos do artigo 145.º-I, o produto da alienação deve ser prioritariamente afeto, em termos proporcionais, à devolução *(i)* ao Fundo de Resolução, de todos os montantes disponibilizados nos termos do n.º 6²⁴ do artigo 145.º-H, e *(ii)* ao FGD e ao FGCAM, de todos os montantes disponibilizados nos termos do n.º 7²⁵ do artigo 145.º-H.

Após a devolução desses montantes, o eventual remanescente do produto da alienação é devolvido à instituição de crédito originária ou à sua massa insolvente, caso aquela tenha entrado em liquidação.

Uma vez alienada a totalidade dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão transferidos para o banco de transição e efetuada

24 A lei refere-se ao n.º 5 mas trata-se de uma manifesta gralha, pois é no n.º 6 do artigo 145.º-H que está previsto o apoio financeiro por parte do Fundo de Resolução.

25 Também aqui há uma gralha. A lei refere-se ao n.º 6 quando na realidade é ao n.º 7 que se quer referir, visto que é nesse preceito que está previsto o apoio do FGD e do FGCAM.

a afetação do produto da respetiva alienação, o banco de transição é dissolvido pelo Banco de Portugal.

Caso não seja possível alienar a totalidade dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão transferidos para o banco de transição, o Banco de Portugal pode decidir que este entre em liquidação, seguindo-se os termos aplicáveis à liquidação extrajudicial de instituições de crédito.

2.4. Cabe agora indagar o que sucede à instituição em dificuldades após a aplicação de uma medida de resolução. Nos termos do artigo 145.º-M se, após a aplicação de qualquer medida de resolução, o Banco de Portugal entender que se encontram asseguradas as finalidades previstas no artigo 145.º-A, e verificar que a instituição não cumpre os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade, *pode revogar a autorização da instituição de crédito que tenha sido objeto da medida em causa*, seguindo-se o regime de liquidação previsto na lei aplicável. Este poder de revogar a autorização deve ser entendido, quanto a nós, como um poder-dever, pois se uma determinada instituição não consegue cumprir os requisitos para a manutenção da sua autorização, não se vê que haja outra solução que não seja a revogação da mesma.

Nada é dito quanto à possibilidade oposta, isto é, quanto à possibilidade de após a aplicação de medidas de resolução a instituição reunir condições para continuar a operar, talvez porque se tenha em vista que essa não será a situação mais comum.

No entanto, a aplicação de medidas de resolução não tem necessariamente que ser vista como a antecâmara da liquidação. Não é forçoso que assim seja. Podem existir situações em que a aplicação de medidas de resolução opere uma reestruturação que evite a liquidação da instituição.

Importa sublinhar também, noutro plano, que o artigo 145.º-N regula a questão dos meios contenciosos de reação contra as medidas de resolução em termos que protegem a eficácia da sua adoção e, nessa medida, protegem o interesse público, mas ao mesmo tempo não deixa de garantir, em caso de violação de lei, as compensações indemnizatórias devidas aos lesados. O pagamento das indemnizações é suportado pelo Fundo de Resolução, salvo nos casos em que o Banco de Portugal responda civilmente por facto ilícito.

Uma nota ainda para sublinhar que o legislador regulou expressamente, no artigo 145.º-L, a importante questão dos efeitos da aplicação de medidas de resolução relativamente às convenções de compensação e de novação.

3. O papel e o regime jurídico do Fundo de Resolução

O Fundo de Resolução criado pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012 é um instrumento fundamental para a aplicação das medidas de resolução e constitui uma das mais importantes novidades do novo regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades.

O Fundo de Resolução é uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira. Tem sede em Lisboa e funciona junto do Banco de Portugal, a quem compete assegurar os serviços técnicos e administrativos indispensáveis ao seu bom funcionamento. Rege-se pelo RGICSF, pelos seus regulamentos e, subsidiariamente, pela lei-quadro dos institutos públicos, tendo, portanto, a natureza de instituto público. Nos termos do artigo 153.º-U, o membro do Governo responsável pela área das finanças aprova, por portaria e sob proposta da comissão diretiva, ouvido o Banco de Portugal, os regulamentos necessários à atividade do Fundo de Resolução.

A sua conceção é, pois, claramente inspirada no FGD²⁶ e no FGCAM, fundos que também funcionam junto do Banco de Portugal e têm a natureza de institutos públicos.

O Fundo de Resolução tem por objeto *prestar apoio financeiro à aplicação de medidas de resolução adotadas pelo Banco de Portugal* e desempenhar todas as demais funções que lhe sejam conferidas pela lei no âmbito da execução de tais medidas.

Na descrição que fizemos acima, já vimos os diferentes aspetos em que esse apoio se pode traduzir. Assim, o Fundo de Resolução pode ser chamado a prestar auxílio financeiro, em montante a definir pelo Banco de Portugal, para facilitar a alienação, parcial ou total, da atividade de uma instituição de crédito (cf. artigo 145.º-F, n.º 6).

Mas é no quadro da medida de resolução consistente na transferência, parcial ou total, da atividade da instituição para um banco de transição que a ação do Fundo de Resolução é mais importante.

Assim, o capital social do banco de transição é totalmente detido pelo Fundo de Resolução, que o realiza com base nos seus recursos (cf. artigo 145.º-G, n.ºs 3 e 4). É a comissão diretiva do Fundo de Resolução que propõe ao Banco de Portugal os membros a nomear para os órgãos de administração e de fiscalização do banco de transição.

26 Sobre o FGD, cf. Menezes Cordeiro, 2010: 961-965, Athayde, Athayde & Athayde, 2009: 455-459, e Costa Pina, 2005: 290-294.

Caso seja necessário, o Banco de Portugal determina o montante do apoio financeiro *a conceder pelo Fundo de Resolução para a criação e o desenvolvimento da atividade do banco de transição*, nomeadamente através de empréstimos para qualquer finalidade ou da disponibilização dos fundos considerados necessários para a realização de operações de aumento do capital do banco de transição (cf. n.º 6 do artigo 145.º-H).

Participam obrigatoriamente no Fundo:

- a) As instituições de crédito com sede em Portugal;
- b) As empresas de investimento previstas no n.º 2 do artigo 199.º-I, ou seja, que exerçam as atividades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 199.º-A²⁷;
- c) As sucursais de instituições de crédito não compreendidas no artigo 48.º, ou seja, autorizadas em Estados não membros da União Europeia;
- d) As sucursais das instituições financeiras abrangidas pelo artigo 189.º e que exerçam as atividades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 199.º-A;
- e) As sociedades relevantes para sistemas de pagamentos sujeitas à supervisão do Banco de Portugal.

Ficam dispensadas de participar no Fundo de Resolução as caixas de crédito agrícola mútuo associadas da Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo e que, portanto, participam no FGCAM.

O Fundo é gerido por uma comissão diretiva composta por três membros:

- a) Um membro do conselho de administração do Banco de Portugal, por este designado, que preside;
- b) Um membro designado pelo membro do Governo responsável pela área das finanças;
- c) Um membro designado por acordo entre o Banco de Portugal e o membro do Governo responsável pela área das finanças.

As deliberações da comissão diretiva são tomadas por maioria dos votos dos membros presentes nas reuniões, cabendo ao presidente voto de qualidade.

27 Isto é, a execução de ordens por conta de clientes e a negociação por conta própria, num caso e noutro, relativas a um ou mais instrumentos financeiros abarcados pelo disposto no artigo 199.º-A, 3.º. A razão da obrigatoriedade da participação radica na possibilidade de estas empresas de investimento, como já vimos (cf. nota n.º 17), serem passíveis de aplicação de medidas de resolução.

O Fundo obriga-se pela assinatura de dois membros da comissão diretiva. Os membros da comissão diretiva exercem as suas funções (sem direito a remuneração) por mandatos de três anos, renováveis até ao máximo de quatro mandatos, podendo acumular as suas funções com quaisquer outras, públicas ou privadas, desde que autorizados para o efeito no ato de nomeação.

O Fundo dispõe dos seguintes recursos:

- a)* Receitas provenientes da contribuição sobre o setor bancário;
- b)* Contribuições iniciais das instituições participantes;
- c)* Contribuições periódicas das instituições participantes;
- d)* Importâncias provenientes de empréstimos²⁸;
- e)* Rendimentos da aplicação de recursos;
- f)* Liberalidades;
- g)* Quaisquer outras receitas, rendimentos ou valores que provenham da sua atividade ou que por lei ou contrato lhe sejam atribuídos.

Como primeira nota, refira-se que a circunstância de se incluir entre as receitas do Fundo de Resolução as provenientes da contribuição sobre o setor bancário, criada, como contribuição extraordinária, pelo artigo 141.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2011), e prorrogada pelo artigo 182.º, n.º 1, da Lei n.º 64.º-B/2011, de 30 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2012)²⁹, lança a dúvida sobre se essa contribuição não irá ganhar caráter duradouro, perdendo, portanto, a sua natureza extraordinária.

Note-se, noutro plano, que o n.º 2 do artigo 182.º da Lei n.º 64.º-B/2011, de 30 de dezembro, deu nova redação à alínea *a)* do artigo 3.º do regime que criou a referida contribuição, preceito que define a incidência objetiva da contribuição.

Os sujeitos passivos da contribuição sobre o setor bancário são:

- a)* As instituições de crédito com sede principal e efetiva da administração situada em território português;
- b)* As filiais em Portugal de instituições de crédito que não tenham a sua sede principal e efetiva da administração em território português;

28 Que não podem ser concedidos pelo Banco de Portugal.

29 A contribuição sobre o setor bancário está regulamentada pela Portaria n.º 121/2011, de 30 de março, com as alterações introduzidas pela Portaria n.º 77/2012, de 26 de março.

- c) As sucursais em Portugal de instituições de crédito com sede principal e efetiva fora da União Europeia³⁰.

Quanto à incidência objetiva, a contribuição sobre o setor bancário incide sobre:

- a) O passivo apurado e aprovado pelos sujeitos passivos deduzido dos fundos próprios de base (*Tier 1*) e complementares (*Tier 2*), dos depósitos abrangidos pelo FGD e pelo FGCAM³¹, e dos depósitos na Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo constituídos por caixas agrícolas pertencentes ao Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, ao abrigo do artigo 72.º do Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo e das Cooperativas de Crédito Agrícola³²;
- b) O valor nominal dos instrumentos financeiros derivados fora do balanço apurado pelos sujeitos passivos.

A taxa aplicável à base de incidência definida pela alínea *a)* *supra* varia entre 0,01% e 0,05% em função do valor apurado. A taxa aplicável à base de incidência definida pela alínea *b)* *supra* varia entre 0,00010% e 0,00020% em função do valor apurado.

As instituições participantes entregam ao Fundo de Resolução uma *contribuição inicial* cujo valor é fixado em diploma próprio, sob proposta da comissão diretiva do Fundo, no prazo de 30 dias a contar do registo do início da sua atividade³³.

30 Para efeitos do disposto no artigo 2.º do regime da contribuição sobre o setor bancário, consideram-se instituições de crédito, filiais e sucursais as definidas, respetivamente, no artigo 2.º e nos n.ºs 1 e 5 do artigo 13.º do RGICSF (cf. n.º 2 desse mesmo artigo).

31 Note-se que os depósitos abrangidos pelo FGD e pelo FGCAM relevam apenas na medida do montante efetivamente coberto por esses fundos (cf. artigo 4.º, n.º 2, alínea c), da Portaria n.º 121/2011, de 30 de março, na redação que lhe foi dada pela Portaria n.º 77/2012, de 26 de março).

32 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/91, de 11 de janeiro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 230/95, de 12 de setembro, 320/97, de 25 de novembro, 102/99, de 31 de março, 201/2002, de 26 de setembro, 76-A/2006, de 29 de março, e 142/2009, de 16 de junho.

33 Saliente-se, a este respeito, a norma transitória constante do artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 31-A/2012 que dispõe o seguinte: "As instituições participantes do Fundo de Resolução que já se encontrem autorizadas pelo Banco de Portugal na data da entrada em vigor do presente diploma entregam ao Fundo uma contribuição inicial cujo valor e prazo de pagamento é fixado no diploma a que se refere o n.º 1 do artigo 153.º-G do RGICSF".

Para além das contribuições iniciais, as instituições participantes estão também obrigadas a fazer *contribuições periódicas*. Assim, as instituições participantes entregam ao Fundo de Resolução, até ao último dia útil do mês de abril, uma contribuição anual cujo valor é fixado em diploma próprio.

Se as caixas de crédito agrícola mútuo associadas da Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo estão dispensadas de contribuir para o Fundo de Resolução (cf. artigo 153.º-D, n.º 2), o mesmo já não sucede, compreensivelmente, com a Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, cuja contribuição anual deve ter por referência a situação financeira consolidada do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo.

Sob a epígrafe “recursos financeiros complementares do Fundo de Resolução”, o artigo 153.º-I prevê a possibilidade de realização de *contribuições especiais*. Se os recursos do Fundo se mostrarem insuficientes para o cumprimento das suas obrigações, pode ser determinado por diploma próprio que as instituições participantes efetuem contribuições especiais, e definir os montantes, prestações, prazos e demais termos dessas contribuições. Note-se que, nos termos do mesmo diploma, uma instituição participante pode não ser obrigada a efetuar contribuições especiais, com fundamento na sua situação de solvabilidade (cf. artigo 153.º-I, n.º 2).

A estes recursos, poderão ainda acrescer, excecionalmente, contribuições adicionais do Estado para o Fundo, nomeadamente sob a forma de empréstimos ou prestação de garantias (cf. artigo 153.º-J). Além disso, por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças pode ser determinado que as instituições participantes disponibilizem garantias, pessoais ou reais, necessárias à viabilização de empréstimos a contrair pelo Fundo (cf. artigo 153.º-L).

O Fundo disponibiliza os recursos determinados pelo Banco de Portugal para efeitos da aplicação de medidas de resolução, ficando com um direito de crédito sobre a instituição participante que seja objeto da medida de resolução, no montante correspondente a esses recursos e beneficiando dos privilégios creditórios previstos no n.º 3 do artigo 166.º-A³⁴.

34 O Decreto-Lei n.º 31-A/2012 introduziu privilégios creditórios para os créditos por depósitos abrangidos pela garantia dos fundos de garantia de depósitos, bem como para os créditos titulados pelo FGD, pelo FGCAM ou pelo Fundo de Resolução decorrentes do eventual apoio financeiro que estas instituições venham a prestar no âmbito da aplicação de medidas de resolução, no quadro dos limites legais aplicáveis a cada uma delas (cf. artigo 166.º-A).

O Fundo aplica os recursos disponíveis em operações financeiras, mediante plano de aplicações acordado com o Banco de Portugal.

Quanto às despesas do Fundo de Resolução, o artigo 153.º-O estatui que constituem despesas do Fundo *(i)* os valores a pagar no âmbito do apoio financeiro à aplicação de medidas de resolução pelo Banco de Portugal e *(ii)* os encargos administrativos e operacionais decorrentes da aplicação de medidas de resolução.

A fiscalização da ação do Fundo de Resolução compete ao Conselho de Auditoria do Banco de Portugal, que acompanha a sua atividade, zela pelo cumprimento das leis e regulamentos e emite parecer acerca das contas anuais.

Por último, refira-se que, até 31 de março de cada ano, o Fundo apresenta ao membro do Governo responsável pela área das finanças, para aprovação, relatório e contas referidos a 31 de dezembro do ano anterior, acompanhados do parecer do Conselho de Auditoria do Banco de Portugal.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A publicação do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, permitiu cumprir alguns compromissos constantes do Memorando de Entendimento assinado com a *troika*. Independentemente disso, existia uma real necessidade de alterar o regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades. Trata-se, como tivemos ocasião de dizer logo no início, de um diploma da maior importância, pois introduziu importantes modificações na regulação bancária em Portugal. Este novo regime de recuperação de instituições de crédito em dificuldades é, em larga medida, inovador, mas também complexo e recheado de consequências a diversos níveis.

Porém, só o decurso do tempo e, sobretudo, o decisivo teste da sua aplicação, permitirão concluir se os seus objetivos foram efetivamente alcançados.

Como vimos, os poderes do Banco de Portugal foram muito significativamente reforçados e a sua utilização é delimitada, na maior parte dos casos, por *critérios bastante gerais*, o que significa um enorme poder e uma não menor responsabilidade.

Ao longo deste artigo já expressámos algumas críticas e dúvidas quanto a determinadas soluções do legislador. A título de mero exemplo, sublinhe-se o facto de o Banco de Portugal se assumir, *de facto*, como o administrador do banco de transição, solução que, salvo melhor opinião, temos por indesejável, pois uma entidade reguladora não deve aparecer também como um *player*

no mercado, ainda que a título transitório (que mesmo assim pode ir até um período de 5 anos)³⁵.

Não excluimos, por outro lado, que nos casos em que haja lugar à aplicação de medidas de resolução e a instituição seja liquidada se venham a colocar problemas jurídicos complexos quanto à observância do princípio do igual tratamento dos credores. Diríamos mesmo que tudo o que se relaciona com a aplicação das medidas de resolução irá constituir um verdadeiro paraíso experimental para os juristas e daí que compreendamos perfeitamente as cautelas do legislador quanto aos efeitos da impugnação de determinados atos jurídicos, visando desse modo reforçar a eficácia da ação dos poderes públicos, neste caso personalizados no Banco de Portugal.

Há que aguardar também, como salientámos acima, pela definição do enquadramento comunitário que está em preparação sobre esta matéria e que, seguramente, constituirá um novo fator de reflexão sobre todas estas questões. Seja como for, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012 são um marco na evolução em Portugal do regime de recuperação de instituições de crédito em situação de desequilíbrio financeiro.

BIBLIOGRAFIA

AAVV

2011 “O Memorando da *Troika* em Análise”, *Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal*, ano IV, n.º 2, Verão, pp. 15-67.

ATHAYDE, Augusto de, ATHAYDE, Augusto Albuquerque de & ATHAYDE, Duarte de 2009 *Curso de Direito Bancário*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA PINA, Carlos

2005 *Instituições e Mercados Financeiros*, Coimbra: Almedina.

35 O Decreto-Lei n.º 31-A/2012 revê também o regime de liquidação das instituições de crédito, introduzindo diversas alterações no Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de outubro, matéria cuja análise escapa ao objeto deste artigo. Ainda assim, sempre diremos que, atentas as suas profundas especificidades face às empresas comuns, o regime legal especial deveria regular o *mais exaustivamente possível* a liquidação de instituições de crédito, aplicando-se o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas subsidiariamente, *mas de forma muito mais pontual* e não, como sucede, quase como regra, com recurso à menção das “necessárias adaptações”, sempre geradora de alguma insegurança jurídica. Por outro lado, o facto de com o Decreto-Lei n.º 31-A/2012 se ter “enxertado” num procedimento de liquidação que é judicial uma fase dita de “procedimento pré-judicial de liquidação”, de natureza administrativa, constitui, quanto a nós, um fator de incoerência e indesejável complexificação do sistema, que irá certamente levantar questões jurídicas muito difíceis, designadamente quanto ao tratamento dos credores, potenciando, pois, a conflitualidade jurídica.

FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION

2011 *Final Report of the National Commission on the Causes of The Financial and Economic Crisis in the United States, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C.*

MENEZES CORDEIRO, António

2010 *Manual de Direito Bancário*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.

SANTOS, Luís Máximo dos

2011 “Regulação e Supervisão do Sector Financeiro e Sistema Judicial”, *Revista de Finanças Públicas e de Direito Fiscal*, ano IV, n.º 2, Verão, pp. 47–57.