

DAS MEDIDAS DE RESOLUÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO EM PORTUGAL – ANÁLISE DO REGIME DOS BANCOS DE TRANSIÇÃO¹

Pedro Lobo Xavier^{2 3}

ABSTRACT: This paper deals with the subject of the application of resolution measures to credit institutions, and in particular on the setting-up and the operation of bridge banks. In the post-crisis context, Resolution will be regarded as a “third way” to deal with the issues arising from both bail-out and disorderly liquidation of failing banks. Moreover, it will enhance market efficiency and reduce moral hazard. From the point of view of Portuguese framework and comparing it with the recent European Directives, this paper proceeds to a critical analysis and interpretation of the legal regime in the context of the banking crisis.

1 O presente artigo corresponde a trabalho originariamente apresentado no âmbito do I curso de Pós-Graduação “Reforma Da Regulação Financeira na Sequencia da Crise Internacional” (ano lectivo 2011/2012), tendo apenas sido corrigidos alguns lapsos. Foram feitas referências aos desenvolvimentos legislativos ocorridos após a elaboração do trabalho (Fevereiro de 2014) até à data de 29 de Maio de 2014, nomeadamente quanto à Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento, e à Proposta de Lei 225-XII, já aprovada na Assembleia da República (Decreto da Assembleia 240/XII) e promulgada, tendo sido recentemente publicada como Lei n.º 46/2014, de 28 de Julho (Lei de autorização legislativa).

Posteriormente, já depois da revisão deste artigo, foi publicado, a 30 de Julho de 2014, o Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Julho de 2014, que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um Mecanismo Único de Resolução e de um Fundo Único de Resolução bancária.

Por outro lado, foram acolhidas no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), pela Lei n.º 114-A/2014, de 1 de Agosto, as normas que alteram o regime da resolução constantes da Proposta de Lei 225-XII. Acresce que uma disposição (artigo 145.º-I) deste regime foi também alterada pela Lei n.º 114-B/2014, de 4 de Agosto.

Destaque-se ainda que, a 3 de Agosto de 2014, o Banco Espírito Santo, S.A., foi objecto de uma medida de resolução, tendo-se para este efeito constituído um banco de transição, o Novo Banco, S.A.

Foi ainda publicado o Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de Outubro, que, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 46/2014, altera o RGICSF, transpondo para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2013/36/UE.

Finalmente foi transposta para o ordenamento jurídico nacional a Directiva 2014/59/UE, através da Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março, e do Decreto-Lei n.º 140/2015, de 31 de julho.

2 O autor exerce funções como jurista no Banco de Portugal, mas as opiniões expressas no presente artigo são da sua exclusiva responsabilidade, não coincidindo, necessariamente, com os pontos de vista do Banco de Portugal, do Eurosistema, ou da União Bancária (Mecanismo Único de Supervisão e Mecanismo Único de Resolução) nesta temática. Eventuais erros e omissões são da exclusiva responsabilidade do autor.

3 O presente artigo está redigido, por opção do autor, segundo as regras do antigo acordo ortográfico.

SUMÁRIO: 1. Antecedentes e contexto. 2. Razão de ordem. 3. Aplicação de medidas de resolução – princípios e disposições gerais. 3.1. Destinatários. 3.2. Finalidades. 3.3. Pressupostos. 3.4. Princípio Orientador. 3.5. Outros efeitos da aplicação de medidas de resolução. 3.6. Escolha da medida de resolução. 3.6.1. Alienação total ou parcial da actividade para uma ou mais instituições de crédito. 3.6.2. Transferência total ou parcial da actividade para um banco de transição constituído especialmente para o efeito. 4. Transferência da actividade para bancos de transição. 4.1. Natureza, objectivos, funções e organização dos bancos de transição. 4.2. Selecção e avaliação do património a transferir para o banco de transição e seus efeitos. 4.3. Alienação do património do banco de transição e sua extinção. 5. Propostas de alteração ao regime. 5.1. Explicitação do princípio “*no creditor worse off*”. 5.2. Explicitação de que a proibição de transferência de obrigações para o banco de transição não abrange os depósitos de accionistas não qualificados. 6. Conclusão.

1. ANTECEDENTES E CONTEXTO

O sector bancário foi bastante afectado pela crise financeira iniciada em meados de 2007, tendo esta situação levado os Estados e as organizações supranacionais e internacionais a adoptarem diversas medidas para restaurar a estabilidade financeira e a confiança no sistema financeiro.

Neste contexto, tornou-se patente que os mecanismos ao dispor das autoridades competentes para intervir no sistema financeiro perante situações de instabilidade, nomeadamente em instituições de crédito em dificuldades, se revelavam claramente insuficientes, uma vez que os poderes de que dispunham não eram susceptíveis de, em tempo útil, proporcionar soluções apropriadas e eficazes.

Com efeito, perante as graves dificuldades financeiras que afectaram diversas instituições de crédito, a ruptura do sistema financeiro foi evitada através de injecções de capitais públicos e da emissão de garantias pelo Estado relativamente a instrumentos de dívida emitidos por estas instituições – operações genericamente conhecidas por *bail-out*. Assim, os custos do resgate de tais instituições acabaram por ser suportados pelos contribuintes e concorreram para acentuar ainda mais o desequilíbrio das finanças públicas⁴. Para se ter uma ideia da magnitude do financiamento bastará indicar que, de acordo com um comunicado de Imprensa da Comissão em 6 de Junho de 2012⁵, entre Outubro de 2008 e Outubro de 2011, a Comissão Europeia aprovou medidas de auxílio

4 Como aconteceu em Portugal com a nacionalização do BPN, pela Lei n.º 62-A/2008, de 11 de Novembro.

5 Comissão Europeia, 2012b.

de Estado a instituições financeiras no valor de 4,5 biliões de euros, equivalente a 37% do PIB da União Europeia.

Estas medidas foram tomadas porquanto o regular funcionamento do sector bancário é considerado essencial para o funcionamento da economia e para a promoção do bem-estar dos cidadãos, uma vez que a banca permite o acesso ao crédito, a continuidade e estabilidade dos serviços de pagamentos e a protecção dos depositantes. Por esse motivo, os governos e bancos centrais consideraram ser absolutamente necessário evitar a todo o custo o colapso do sistema financeiro.

O comportamento destas entidades originou a percepção no mercado e na opinião pública de que a generalidade das instituições de crédito eram “*too big to fail*”⁶ e, deste modo, haveria uma “garantia implícita” de que os Estados não deixariam que uma instituição de crédito relevante falisse, recorrendo a mecanismos de injeção de liquidez na mesma ou, se necessário fosse, à nacionalização da referida instituição.

Ora, esta situação originou denominado *moral hazard* ou risco moral não só por parte das instituições de crédito mas também por parte de quem as financia, uma vez que os respectivos gestores seriam tentados a assumir comportamentos mais arriscados, estando convictos de que os Estados não deixariam que as instituições de crédito falissem.

Assim, vários Estados europeus começaram a adoptar medidas destinadas a suprir as referidas insuficiências e a afastar o risco moral, através da criação de regimes de resolução de instituições de crédito. Estes regimes são baseados no princípio de que deverão ser os titulares das participações sociais e os credores a suportar as perdas das instituições de crédito e não os contribuintes – via nacionalizações pelo Estado ou injeções de capital público.

Por outro lado, em termos comunitários, foi recentemente publicada, a 12 de Junho de 2014, a Directiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento e que altera a Directiva 82/891/CEE do Conselho, e as Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/CE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho⁷.

6 Demasiado grandes ou relevantes para falirem, entrando em processo de insolvência.

7 Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0059&from=EN>.

Esta Directiva faz parte de um conjunto de diplomas que visam consagrar um dos pilares – o pilar da resolução⁸ – da União Bancária⁹. Concomitantemente, foi apresentada pela Comissão Europeia uma proposta de Regulamento¹⁰ que estabelece o Mecanismo Único de Resolução, tendo sido também adoptada pelo Parlamento Europeu¹¹ 12.

Note-se que teria bastante interesse a realização, nesta sede, de uma análise comparativa entre a legislação nacional e a legislação comunitária que tem sido publicada. No entanto, dadas as características e as limitações inerentes ao presente trabalho, tal análise não será possível. De todo o modo, uma vez que as disposições relativas à União Bancária, neste caso sobre recuperação e resolução de instituições de crédito, terão necessariamente de ser transpostas para o ordenamento jurídico português¹³, tal análise será melhor enquadrada aquando dessa transposição.

Actualmente, na ausência de regimes específicos de resolução de instituições de crédito em vigor, que sejam aplicáveis a todos os Estados-Membros tem sido aplicada às instituições de crédito em dificuldades o regime geral da insolvência das sociedades comerciais nos Estados-Membros¹⁴ que não têm legislação nacional própria sobre resolução. Ora, tendo as instituições de crédito características próprias, distintas das restantes sociedades comerciais,

8 O Mecanismo Único de Resolução.

9 Os outros dois são: a) o Mecanismo Único de Supervisão (Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, que confere ao BCE atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito – <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1024&from=PT> e Regulamento (UE) n.º 468/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014, que estabelece o quadro de cooperação, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, entre o Banco Central Europeu e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (Regulamento-Quadro do MUS) – https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32014r0468_pt_txt.pdf; e b) o Fundo de Garantia de Depósitos único (Directiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativa aos sistemas de garantia de depósitos – <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0049&from=EN>).

10 Cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-674_pt.htm e <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?sessionId=jd8qTHvBwgjYJg5B4WfY8nDXTGcL54g4jXD2SnhmzQqRWfQyG41S!-364644298?uri=CELEX:52013PC0520>.

11 Cfr. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0341+0+DOC+XML+V0//PT>.

12 A este propósito, cfr. o interessante artigo de Freitas, 2014.

13 Nomeadamente aquelas que sejam publicadas sobre a forma de directiva.

14 Portugal, ao contrário da maior parte dos Estados-Membros, tem um regime próprio de resolução de instituições de crédito, inserido no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, sobre o qual nos debruçaremos nos capítulos seguintes.

suscitam-se problemas específicos, aos quais o regime geral da insolvência não dá cabal resposta. Por outro lado, mesmo nos países onde está previsto um regime próprio para a insolvência das instituições de crédito, como é o caso de Portugal¹⁵, verifica-se que o recurso a este regime se revela muitas vezes desadequado tendo em conta os objectivos da estabilidade financeira e confiança dos depositantes que se pretende salvaguardar.

De facto, da natureza da actividade exercida pelas instituições de crédito observa-se que existem certas funções que são consideradas fulcrais para a actividade económica e para a vida em sociedade – como os depósitos, a concessão de crédito e os sistemas de pagamentos –, pelo que se deve assegurar que a sua disponibilização não é interrompida.

Recorde-se também que o elevado “efeito de contágio” decorrente da insolvência de um banco não se verifica relativamente à insolvência da maior parte das sociedades comerciais. A crise financeira demonstrou que os problemas que afectam numa primeira fase uma instituição de crédito facilmente se estendem a outras entidades do sector financeiro, extravasando até as fronteiras do respectivo país. Esta situação é especialmente visível no mercado comunitário, onde as relações transfronteiriças são mais intensas e no qual abundam os grupos financeiros com presença em vários Estados-Membros, pelo que a aplicação do regime da insolvência, que acarreta a cessação de pagamentos e contém procedimentos rígidos que não salvaguardam a confiança no sistema, é passível de agravar, ao invés de reduzir, este elevado risco sistémico, comprometendo a estabilidade financeira.

Assim, é de suma importância que, perante os indícios de dificuldades financeiras por parte de uma instituição de crédito, as entidades competentes estejam habilitadas a actuar o quanto antes, de modo a evitar que a sua situação se deteriore ainda mais¹⁶. É por isso vantajosa a possibilidade de adoptar medidas que permitam ou a correcção atempada das deficiências encontradas na instituição – medidas correctivas – ou, sendo estas inexecutáveis e não tendo

15 Previsto no Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de Outubro, que regula a liquidação de instituições de crédito e sociedades financeiras com sede em Portugal e suas sucursais criadas noutro Estado membro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro. Ao contrário da liquidação das sociedades comerciais que é precedido por um processo de insolvência, a liquidação de instituições de crédito (judicial, extrajudicial ou pré-judicial) depende da sua dissolução que pode ocorrer por vontade dos accionistas ou pela revogação da autorização pelo Banco de Portugal, não havendo assim lugar a pedido de insolvência ou a declaração de insolvência.

16 Um banco ainda solvente pode rapidamente deixar de o ser, por exemplo, na sequência de uma corrida aos depósitos.

a instituição viabilidade, permitam uma liquidação ordenada desta, sem sujeição aos procedimentos exigentes e rígidos inerentes a um processo de insolvência – medidas de resolução.

Note-se, finalmente, que a faculdade de actuar de modo rápido e eficaz, contribuindo para evitar a incerteza ou a perda de confiança no sistema bancário, pode implicar a necessidade de desrespeitar certos direitos de accionistas e credores do banco, fortemente tutelados pelo regime da insolvência e das leis reguladoras da actividade das sociedades comerciais. No entanto, tal restrição de direitos bem se compreenderá não só à luz dos princípios da estabilidade financeira e protecção dos depositantes, mas igualmente pelo papel desempenhado pelas instituições de crédito no funcionamento da economia, que reveste um relevante interesse público.

Deste modo, tendo em conta que o ordenamento jurídico português contém um regime próprio de recuperação e resolução de instituições de crédito e sociedades financeiras português, é da maior pertinência a sua análise, a qual faremos de seguida, com maior enfoque nas disposições aplicáveis aos bancos de transição.

2. RAZÃO DE ORDEM

No presente trabalho apenas abordaremos o regime referente às medidas de resolução¹⁷ de instituições de crédito, previsto nos artigos 145.º-A e seguintes do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF)¹⁸, não tratando as outras medidas que o Banco de Portugal pode adoptar tendo em vista a salvaguarda da solidez financeira das instituições de crédito, dos interesses dos depositantes e da estabilidade financeira, como as medidas de intervenção correctiva e de administração provisória, previstas nos artigos 141.º a 144.º e no artigo 145.º, respectivamente¹⁹.

Deste modo, nos capítulos seguintes será analisado o regime referente à aplicação de medidas de resolução a instituições de crédito, com especial relevo

17 O termo “medidas de resolução” não corresponde ao conceito jurídico corrente de resolução, próprio do direito civil. Contudo, é a tradução mais literal do conceito legal “*resolution measures*” constante de diplomas comunitários e internacionais, sendo também a terminologia utilizada na versão portuguesa da Directiva 2014/59/EU e da proposta de Directiva que lhe serviu de base, tendo sido, deste modo, adoptada pelo legislador nacional.

18 De ora em diante, quando se indicarem artigos sem outra referência deverá ser entendido que estes se reportam ao RGICSF.

19 Do mesmo modo, não serão analisadas as normas referentes aos planos de recuperação e resolução.

para o regime referente à transferência parcial ou total da actividade para bancos de transição (artigos 145.º-G e seguintes), aludindo-se brevemente ao regime da alienação parcial ou total da actividade para uma instituição de crédito já constituída (artigo 145.º-F).

O regime referente à aplicação de medidas de resolução a instituições de crédito foi introduzido no RGICSF pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro. Note-se que a publicação deste diploma se insere no cumprimento dos compromissos assumidos pelo Estado português perante a União Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional através do *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica* que foi assinado a 17 de Maio de 2011²⁰. Tendo em conta a sua estrutura e o conteúdo das suas normas, verifica-se uma proximidade do regime português com aquele que resultava da versão inicial da Proposta de Directiva da Comissão Europeia.

As regras relativas à criação e funcionamento de bancos de transição foram consagradas no Aviso do Banco de Portugal n.º 13/2012, de 18 de Outubro (Aviso), emanado por força do disposto no n.º 9 do artigo 145.º-G, que estabelece que “*o Banco de Portugal define, por aviso, as regras aplicáveis à criação e ao funcionamento dos bancos de transição*”.

3. APLICAÇÃO DE MEDIDAS DE RESOLUÇÃO – PRINCÍPIOS E DISPOSIÇÕES GERAIS

3.1. Destinatários

O regime da Resolução de instituições de crédito está consagrado no Capítulo IV do Título VIII (*Intervenção Corretiva, Administração Provisória e Resolução*) do RGICSF. As medidas de resolução podem ser aplicadas às seguintes instituições:

- a) Instituições de crédito com sede em Portugal e às empresas mãe de instituições de crédito²¹;

20 Sobre este regime v. estudos de Máximo dos Santos, 2012 e de Duarte Silva, 2012.

21 Numa recente alteração ao RGICSF, através da Lei n.º 64/2012, de 24 de Dezembro, que introduziu uma nova redacção ao seu artigo 152.º, foi estabelecido que as medidas de resolução previstas no referido título “*são aplicáveis, com as devidas adaptações, às empresas-mãe que tenham como filial, na aceção da alínea e) do n.º 2 do artigo 130.º, uma ou mais instituições de crédito ou empresas de investimento que exerçam as atividades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 199.º-A sujeitas a supervisão em base consolidada, desde que se verifiquem os pressupostos legais da sua aplicação em relação a qualquer uma dessas suas filiais*”. Adiante analisaremos com mais profundidade esta alteração legislativa.

- b) Empresas de investimento com sede em Portugal que exerçam as actividades de execução de ordens por conta de clientes ou de negociação por conta própria relativamente a um ou mais instrumentos financeiros, ou que estejam incluídas no mesmo perímetro de supervisão em base consolidada de uma instituição de crédito²² e suas empresas-mãe;
- c) Sucursais em Portugal de instituições de crédito com sede em países que não sejam membros da União Europeia²³;
- d) Sucursais em Portugal de instituições financeiras com sede em países que não sejam membros da União Europeia e que exerçam as actividades de execução de ordens por conta de clientes ou de negociação por conta própria relativamente a um ou mais instrumentos financeiros;
- e) As sociedades relevantes para sistemas de pagamentos sujeitas à supervisão do Banco de Portugal²⁴.

A este propósito é pertinente salientar a possibilidade de aplicar medidas de resolução às empresas mãe de instituições de crédito, tornada explícita pela recente alteração ao RGICSF, nomeadamente no artigo 152.º, efectuada através da Lei n.º 64/2012, de 24 de Dezembro. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 31-A/2012, que introduziu no RGICSF as medidas de resolução, não previa expressamente a possibilidade de aplicar medidas de resolução a empresas mãe de instituições de crédito. Com efeito, poderia resultar de uma interpretação meramente literal do regime previsto no capítulo IV do Título VIII do RGICSF, que as referidas medidas de resolução não poderiam ser aplicadas às empresas-mãe de um grupo sujeito a supervisão em base consolidada, mas apenas às instituições de crédito, numa base individual.

Ora, é certo que tal interpretação conflituaria com o dever, previsto no n.º 10 do artigo 116.º-D²⁵, das instituições de crédito e *respectivas empresas-mãe*, apresentarem planos de resolução. Além disso, e no que especificamente diz respeito às empresas-mãe de instituições de crédito, exige-se que os planos de resolução por estas apresentados tenham por referência todas as entidades

22 Por remissão expressa do n.º 2 do artigo 199.º-I. Por razões de ordem prática não trataremos das questões relativas às empresas de investimento.

23 Artigo 153.º.

24 Nos termos do n.º 4 do artigo 117.º-B. Por motivos de ordem prática não trataremos das questões relativas a estas sociedades.

25 Dever estabelecido para dotar o Banco de Portugal das condições necessárias à adequada aplicação das medidas de resolução.

integradas no respectivo perímetro de supervisão em base consolidada. Assim, afigura-se de considerar que o legislador terá pretendido que o Banco de Portugal, se considerar conveniente e depois de verificados os pressupostos legais, possa aplicar medidas de resolução também à empresa-mãe de um grupo sujeito à supervisão em base consolidada (a uma holding). Pensamos que é esse o sentido e o efeito útil da norma, até porque as instituições de crédito que fazem parte desse grupo têm, concomitantemente, o dever de apresentar tal plano de resolução. Não obstante, esta seria sempre uma questão controvertida.

De todo o modo, a alteração ao RGICSF, introduzida pela Lei n.º 64/2012, que prevê expressamente a aplicação de medidas de resolução às empresas-mãe de instituições de crédito e empresas de investimento, procurou dotar este regime de segurança e certeza jurídica e visou a eliminação de quaisquer dúvidas interpretativas que pudessem existir, o que é sempre salutar.

Assinala-se que o n.º 2 do artigo 152.º estabelece que “*a aplicação de medidas de resolução às empresas-mãe referidas no número anterior não prejudica a possibilidade de o Banco de Portugal aplicar o mesmo tipo de medidas às filiais em relação às quais se encontrem reunidos os pressupostos legais necessários para esse efeito*”. Ou seja, o legislador conferiu ao Banco de Portugal a possibilidade de, ao mesmo tempo, aplicar medidas de resolução às empresas mães e filhas, se reunidos os pressupostos, o que permite uma maior liberdade para a prossecução das finalidades da aplicação das medidas de resolução, de que falaremos seguidamente.

Por último, saliente-se a inovação introduzida pelo n.º 3 do artigo 152.º, prevendo que “*na aplicação das medidas previstas no presente título às empresas-mãe referidas no n.º 1, o Banco de Portugal procura minimizar o impacto sobre o grupo no seu todo, de modo a preservar, sempre que possível, a estabilidade e o valor do mesmo*”. Embora esta norma seja essencialmente programática, julgamos que poderá ter consequências práticas na determinação pelo Banco de Portugal dos activos e passivos que serão transferidos ou alienados por força da aplicação de uma medida de resolução. Eventualmente poderá ser julgado conveniente a transferência de determinados passivos de entidades do grupo (que são, por natureza, créditos subordinados), uma vez que tal transferência poderá ser essencial para preservar o valor do grupo, evitando falências em cadeia²⁶. Esta interpretação, para além de poder ser considerada controvertida, poderá constituir um desvio ao princípio “*par conditio creditorum*” e deverá, em princípio,

26 Que poderiam ocorrer se os créditos das participadas não fossem satisfeitos e suportassem perdas, ficando na instituição intervencionada.

respeitar o princípio “*no creditor worse-off*”, que abordaremos mais adiante²⁷. Por motivos de ordem prática não desenvolveremos a parte relativa à resolução de grupos.

3.2. Finalidades

A aplicação de uma medida de resolução deve, de acordo com o artigo 145.º-A, ter como fundamento pelo menos uma das seguintes finalidades:

(a) *Assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais*

Em geral, as instituições de crédito, mais do que qualquer outra entidade financeira, providenciam serviços financeiros vitais aos cidadãos, às empresas e à economia em geral (contas de depósito, concessão de crédito e prestação de serviços de pagamento). A interrupção abrupta destes serviços por parte de uma instituição de crédito tem, assim, um impacto muito relevante no funcionamento da economia real e no bem-estar da sociedade, uma vez que limitaria o acesso das pessoas e empresas às suas poupanças e aos meios de pagamento, impedindo-as de consumir e de fazer face às suas necessidades e aos seus compromissos contratuais.

A aferição do carácter essencial dos serviços financeiros prestados por cada instituição de crédito em particular deve ser ajustada ou adequada em função da importância e da dimensão concreta da mesma na economia e no sistema financeiro nacional, regional ou local, considerando designadamente a sua actividade global e a respectiva incidência num determinado serviço financeiro que seja particularmente relevante.

(b) *Acautelar o risco sistémico*

Não existe nenhuma definição consensual de risco sistémico. De todo o modo, de acordo com a alínea c) do artigo 2.º do Regulamento n.º 1092/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Novembro de 2010, relativo à supervisão macroprudencial do sistema financeiro na União Europeia e que cria o Comité Europeu do Risco Sistémico, define-se risco sistémico como “*um risco de perturbação do sistema financeiro susceptível de ter consequências negativas graves no mercado interno e na economia real*”. No parágrafo 30 do n.º 1 do artigo 2.º da Directiva 2014/59/EU define-se “*crise sistémica*” como “*uma perturbação do sistema financeiro suscetível de ter consequências negativas graves no*

²⁷ Em sede da análise do princípio orientador.

mercado interno e na economia real. Todos os tipos de intermediários, de mercados e de infraestruturas financeiros são, até certo ponto, potencialmente importantes a nível sistémico”.

Em regra, o risco sistémico não é identificável pelas suas fontes, mas apenas pelos seus efeitos, sendo que o relacionamento entre as variadas componentes do sistema financeiro e as suas consequências raramente são semelhantes a de casos anteriores. Além disso, aquele risco nunca resulta do desencadear de um único efeito, mas sim da interacção de vários. Desta forma, torna-se difícil aferir com total precisão o risco sistémico de cada instituição, embora já se tenham vindo a utilizar alguns métodos para este efeito.

De todo o modo, a dimensão da instituição de crédito, tanto a nível de volume de depósitos e número de depositantes como quanto ao tipo de serviços prestados e à sua presença territorial, é fundamental para aferir se a liquidação desordenada de determinada instituição poderá provocar um risco sistémico.

(c) Salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público

Um dos elementos fundamentais da aplicação de uma medida de resolução é evitar o uso de fundos públicos para suprir falhas bancárias alheias à gestão pública. Qualquer injeção de fundos terá de ser efectuada através dos mecanismos previstos na lei²⁸, isto é através do Fundo de Resolução²⁹ e o Fundo de Garantia de Depósitos (FGD)³⁰, os quais são unicamente financiados pelo sistema financeiro. Uma eventual participação do Estado ficará absolutamente limitada à concessão de garantias ou de mútuos³¹ remunerados em condições de mercado e devidamente colateralizados³², de modo a não constituírem auxílios indevidos do Estado.

Com efeito, a afectação de fundos públicos para solucionar problemas bancários, nomeadamente através de nacionalização ou pagamento do Estado aos credores da instituição de crédito em dificuldades, não salvaguarda os interesses dos contribuintes e do erário público.

28 Ver ponto 4.2.

29 Artigos 153.º-B a 153.º-U. Abordaremos brevemente a temática relativa ao Fundo de Resolução no capítulo relativa à transferência parcial ou total da actividade para bancos de transição.

30 Artigos 154.º a 167.º-A.

31 Cfr. artigo 153.º-J.

32 Com garantias especiais (pessoais ou reais).

Assim, afigura-se essencial, tendo em conta o propósito de não prejudicar os contribuintes e os interesses públicos que o Estado deve prosseguir, evitar o dispêndio de fundos públicos em cenários de liquidação (com pagamento aos credores da instituição de crédito liquidada) ou de nacionalização.

(d) Salvaguardar a confiança dos depositantes

Uma das condições essenciais para se garantir o funcionamento adequado do sistema financeiro é a existência de confiança nesse mesmo sistema por todos os que nele participam, com especial relevância no caso dos depositantes. A quebra dessa relação de confiança é normalmente causadora de situações de desequilíbrios financeiros graves.

Neste sentido, a aplicação de medidas de resolução deverá contribuir para preservar a confiança dos depositantes, evitando-se, assim, o efeito dominó habitualmente associado à quebra dessa confiança, podendo originar “corridas aos depósitos”, afectando outras instituições do sistema financeiro e provocando, em consequência, um efeito de retracção do crédito com impacto na economia real.

Assim, afigura-se essencial para a tomada de uma medida de resolução relativamente a uma instituição de crédito, em detrimento da sua liquidação, por exemplo, que se afira o peso dos depósitos nessa instituição relativamente ao total do sistema bancário. Deste modo, poderá analisar-se se uma cessação ou suspensão de pagamentos provocada pela liquidação de uma instituição colocaria em causa a confiança generalizada dos depositantes nos seus bancos e em que medida.

Por outro lado, o grau de solidez e de resiliência do sistema bancário no momento da intervenção a realizar pelo Banco de Portugal na instituição de crédito é relevante para determinar se a confiança dos depositantes pode ser posta em causa pela não protecção dos seus depósitos (pela liquidação automática da instituição de crédito por revogação da autorização pelo Banco de Portugal, não aplicando nenhuma medida de resolução).

3.3. Pressupostos

Nos termos dos n.^{os} 1 e 2 do artigo 145.^o-C, uma instituição de crédito pode ser objecto de uma medida de resolução se não cumprir, ou se se encontrar em risco sério de não cumprir, os requisitos para a manutenção da autorização do exercício da sua actividade e, ao mesmo tempo, não seja previsível que consiga, num prazo apropriado, executar as acções necessárias para regressar a condições adequadas de solidez e de cumprimento dos rácios prudenciais.

Na análise de situações concretas de instituições de crédito deverá ter-se sempre em consideração o cumprimento por estas dos rácios prudenciais fundamentais, tal como determinado pelo Banco de Portugal e pelas instituições comunitárias. O rácio fundamental é o *Core Tier 1*³³ pois este é o rácio prudencial nuclear utilizado pelas autoridades de supervisão na análise da solvabilidade das instituições de crédito³⁴.

Os fundos próprios *Core Tier 1* representam recursos com um elevado grau de permanência susceptíveis de absorverem perdas futuras não esperadas de uma instituição de crédito, permitindo que esta possa prosseguir o desenvolvimento da sua actividade numa base de continuidade, mesmo em situações adversas. Assim sendo, quando uma instituição de crédito mantém um nível de fundos próprios abaixo do mínimo regulamentarmente exigido, considera-se que a instituição de crédito não está devidamente capitalizada, ou seja, que o risco de os seus fundos próprios poderem vir a ser consumidos por perdas futuras não esperadas é excepcionalmente elevado quando comparado com o mesmo risco de qualquer outra instituição de crédito que esteja em situação regular, no que diz respeito ao cumprimento dos seus níveis mínimos de fundos próprios.

Pode considerar-se que a segurança dos fundos confiados a uma instituição de crédito ou os interesses dos depositantes e demais credores se encontram fortemente em risco quando a mesma não cumpre os limites e rácios prudenciais a que está sujeita, especialmente os níveis mínimos de adequação de fundos próprios. Estes níveis mínimos de adequação de fundos próprios representam a relação entre o montante de fundos próprios ou de algumas componentes que compõem estes fundos (*v.g. Core Tier 1*) e os riscos associados aos elementos patrimoniais e extrapatrimoniais assumidos pela instituição (*v.g. risco de crédito, risco de mercado, risco operacional*), expressos num montante total de requisitos mínimos de fundos próprios. Assim, na actividade bancária, como em qualquer outra actividade comercial, tende a existir uma relação directa entre a rentabilidade esperada e o risco, sendo tanto maior um quanto maior for o outro. É nesta dicotomia rentabilidade/risco, e tendo em

33 Cfr. Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2011.

34 A relevância deste rácio está já evidenciada em sede de intervenção correctiva, uma vez que a alínea a) do n.º 2 do artigo 141.º estabelece que, para efeitos da apreciação do risco de uma instituição de crédito poder não cumprir normas legais ou regulamentares que disciplinem a sua actividade (n.º 1 do mesmo artigo), é particularmente considerado o “risco de incumprimento dos níveis mínimos de adequação dos fundos próprios correspondentes ao rácio de solvabilidade e ao rácio *Core Tier 1*”.

conta a relevância sistémica da actividade bancária nas economias modernas, que os fundos próprios visam assegurar a solvabilidade das instituições de crédito.

Assim, se houver um incumprimento grave e continuado dos rácios fundamentais por parte de determinada instituição de crédito, pode considerar-se que esta chegou a um ponto em que a sua situação financeira coloca em sério risco a segurança dos fundos que lhe estão confiados, incluindo os interesses dos próprios depositantes e demais credores, factos que consubstanciam motivos para a revogação da autorização ao abrigo do disposto na alíneas f) e h) do n.º 1 do artigo 22.º. Sendo assim, poder-se-á afirmar que tal instituição já não cumpre os requisitos para a manutenção da sua autorização. De facto, os fundamentos para a revogação da autorização reflectem situações em que as instituições de crédito já não cumprem os requisitos mínimos para manterem a sua autorização, daí o poder que é conferido ao Banco de Portugal para revogar a mesma.

Importa também sublinhar que para a aplicação de medidas de resolução se encontrar legitimada é necessário, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 145.º-C (já referido), que se considere “*não ser previsível que a instituição de crédito consiga, num prazo apropriado, executar as acções necessárias para regressar a condições adequadas de solidez e de cumprimento dos rácios prudenciais*”, o que pressupõe, portanto, que não basta estar verificada a situação de incumprimento, como também é necessário que se verifique incapacidade da instituição para a corrigir atempadamente.

Com efeito, se os seus accionistas tiverem o capital necessário para recapitalizar devidamente a instituição de crédito em dificuldades e decidirem fazê-lo³⁵, então não estará o preenchido um dos pressupostos para a aplicação de medidas de resolução, uma vez que é previsível que esta consiga, num prazo apropriado, executar as acções necessárias (recapitalização) para regressar a condições adequadas de solidez e de cumprimento dos rácios prudenciais.

O n.º 3 do artigo 145.º-C apresenta a seguinte listagem, meramente exemplificativa, de situações em que se considera que uma instituição de crédito está em sério risco de não cumprir os requisitos:

35 Também será possível proceder-se a uma recapitalização com recurso a investimento público, nos termos da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, “*que estabelece medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito no âmbito da iniciativa para o reforço da estabilidade financeira e da disponibilização de liquidez nos mercados financeiros*” (república pela Lei n.º 1/2014, de 16 de janeiro, que procede à oitava alteração a esta lei).

- a) *se esta 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) *se os ativos se tornarem inferiores ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo se tornem inferiores às respetivas obrigações;*
- c) *se esta estiver impossibilitada de cumprir as suas obrigações, ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar.*

Embora a alínea a) deste artigo refira a existência, ou risco sério dessa existência, de o capital social ser consumido pelos prejuízos verificados ou previsíveis, julgamos que o legislador não estaria neste caso a utilizar o conceito de capital social na sua dimensão de cifra contabilística fixa e permanente ao longo do tempo³⁶, mas sim na sua natureza de título representativo da titularidade do património social. Este património não é mais do que a diferença entre activos e passivos da sociedade, ou seja, o denominado capital próprio que inclui o produto da soma das rubricas de capital social, reservas e resultados transitados. Na verdade, os fundos próprios de *Core Tier 1* são quase integralmente um espelho desta realidade contabilística, embora numa óptica prudencial. A deterioração dos fundos próprios de *Core Tier 1* ao ponto de os tornar inferiores – de forma relevante – aos mínimos regulamentarmente exigíveis, consubstancia um risco muito relevante de que o património dos accionistas (representado pelo capital social detido) seja totalmente consumido pelos prejuízos futuros da instituição de crédito.

O disposto na alínea b) aplica-se aos casos em que uma sociedade tem, ou está prestes a ter, capitais próprios negativos, ou seja, uma situação em tudo similar à descrita na alínea anterior. Repare-se que o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) estabelece no n.º 2 do seu artigo 3.º que “as pessoas colectivas e os patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma directa ou indirecta, são também consideradas insolventes *quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis*” (ênfase nosso).

36 Tal como este está consagrado no Código das Sociedades Comerciais (CSC). A *ratio* da norma talvez esteja mais próxima da que fundamenta o artigo 35.º do CSC – *perda de metade capital* –, nomeadamente o seu n.º 2: “*considera-se estar perdida metade do capital social quando o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social*”.

Finalmente verifica-se que o critério estabelecido na alínea c) também vai ao encontro do disposto no n.º 1 do artigo 3.º do CIRE como definição de *situação de insolvência* – “*é considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas*”. Também este critério dá relevo à eminência e previsibilidade de uma instituição de crédito se encontrar numa situação de incumprimento, considerando não ser absolutamente necessário que tal situação já se tenha efectivamente verificado. Tal relevância poderá porventura explicar-se pela necessidade que a aplicação de medidas de resolução, com fundamento nas suas finalidades, não seja meramente reactiva, mas também de algum modo preventiva de situações de eminente desequilíbrio em instituições de crédito.

As medidas de resolução podem ser aplicadas pelo Banco de Portugal apenas quando o eventual recurso a outras medidas de intervenção menos gravosas, como a intervenção correctiva ou a administração provisória, se mostre inadequado e estejam preenchidos todos os requisitos legais para a sua aplicação. No entanto, note-se que “*a aplicação de medidas de resolução não depende da prévia aplicação de medidas de intervenção correctiva*” nem “*prejudica a possibilidade de aplicação, a qualquer momento, de uma ou mais medidas de intervenção correctiva*”³⁷. De acordo com o n.º 2 do artigo 139.º, a aplicação das medidas de resolução pelo Banco de Portugal encontra-se submetida aos princípios da proporcionalidade e da adequação, enquanto princípios enformadores da sua intervenção, tendo em conta o grau de incumprimento das regras legais e regulamentares aplicáveis e a gravidade das respectivas consequências para a solidez financeira de uma instituição de crédito, para os interesses dos depositantes ou para a estabilidade do sistema financeiro.

Daqui resulta que o Banco de Portugal deverá limitar a aplicação de uma medida desta natureza àqueles casos em que não há um procedimento alternativo que atinja os mesmos objectivos, devendo assegurar que a execução da medida (incluindo todos os meios envolvidos e as consequências que daí se retiram) é proporcional aos objectivos que se pretendem atingir.

As medidas de resolução podem ser de dois tipos³⁸:

1. Alienação (total ou parcial) da actividade de uma instituição que se encontre em dificuldades a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade transferida;

37 Cfr. n.ºs 4 e 5 do artigo 145.º-C, respectivamente.

38 Cfr. alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 145.º-C.

2. Constituição de um (ou mais) banco de transição e transferência (total ou parcial) do património da instituição que se encontre em dificuldades para esse banco de transição.

3.4. Princípio Orientador

O artigo 145.º-B estabelece um princípio orientador que deve ser seguido pelo Banco de Portugal na aplicação de medidas de resolução. Nos termos do disposto no n.º 1 deste artigo, “*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 respectiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores*”. Desta forma cumprem-se os objectivos preconizados na lei e garante-se alguma disciplina de mercado, mitigando-se o risco moral inerente, como referido *supra* no capítulo 2 do presente trabalho.

Por outro lado, nos termos do n.º 2 do artigo 145.º-B ressalva-se que o princípio enunciado *supra* “*não abrange os depósitos garantidos nos termos do disposto nos artigos 164.º a 166.º*”. Esta disposição visa proteger os depósitos que são garantidos pelo FGD e que por isso não assumem prioritariamente os prejuízos da instituição. Na verdade, mesmo sendo credores privilegiados por os depósitos garantidos pelo FGD gozarem de um privilégio creditório nos termos do artigo 166.º-A, sem aquela excepção expressa, aqueles poderiam ainda assim responder pelos prejuízos da instituição (uma vez já esgotado o recurso aos credores comuns e respeitada a hierarquia com os restantes credores privilegiados).

O RGICSF não estabelece regras que disciplinem especificamente a matéria relativa à hierarquia dos créditos existentes sobre a instituição de crédito sujeita a uma medida de resolução. Contudo, parece-nos ser pacífico que a definição dessa hierarquia deve seguir as regras de graduação constantes do CIRE, que são também aplicáveis na liquidação de uma instituição de crédito por força no disposto nas alíneas h) e i) do n.º 2 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 199/2006. Assim, de acordo com n.º 4 do artigo 47.º do CIRE são:

- i) “*Garantidos*” e “*privilegiados*”, os créditos que beneficiem, respetivamente, de garantias reais, incluindo os privilégios creditórios especiais, e de privilégios creditórios gerais sobre bens integrantes da massa insolvente, até ao montante correspondente ao valor dos bens objeto das garantias ou dos privilégios gerais, tendo em conta as eventuais onerações prevaletentes;

- ii) “*Subordinados*”, os créditos previstos no artigo 48.º do CIRE:
- Créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor³⁹, desde que a relação especial existisse já aquando da respectiva aquisição, e por aqueles a quem eles tenham sido transmitidos nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência;
 - Juros de créditos não subordinados constituídos após a declaração da insolvência, com excepção dos abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais, até ao valor dos bens respectivos;
 - Créditos cuja subordinação tenha sido convencionada pelas partes;
 - Créditos que tenham por objecto prestações do devedor a título gratuito;
 - Créditos sobre a insolvência que, como consequência da resolução em benefício da massa insolvente, resultem para o terceiro de má fé;
 - Juros de créditos subordinados constituídos após a declaração da insolvência;
 - Créditos por suprimentos.
- iii) “*Comuns*”, os demais créditos.

O princípio orientador, embora possa ser considerado como uma norma meramente programática, tem uma importância e impacto decisivo na escolha da medida de resolução a aplicar, mas de forma mais relevante, na concreta aplicação de cada medida. Com efeito, na aplicação de uma medida de resolução que envolva a alienação da actividade do banco intervencionado para uma instituição autorizada a desenvolver essa actividade (n.º 1 do artigo 145.º-F) ou a transferência dessa actividade para um banco de transição (n.º 1 do artigo 145.º-G), pode considerar-se que essas transferências abrangem a totalidade ou uma parte dos passivos. Em concreto, este princípio orienta o Banco de Portugal, enquanto autoridade responsável pela aplicação das medidas de resolução, a escolher os activos e passivos que serão alienados ou transferidos, para que os accionistas e os credores da instituição de crédito assumam prioritariamente os prejuízos resultantes do desequilíbrio financeiro dessa instituição.

A especial natureza fiduciária da actividade bancária relativamente aos seus clientes, *maxime* depositantes, implica necessariamente que a manutenção dessa relação de confiança seja condição essencial para o regular funcionamento de toda a actividade financeira. São corolários deste princípio a introdução

39 As pessoas determinadas de acordo com as alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo 49.º do CIRE.

generalizada de sistemas de supervisão prudencial e a criação de sistemas de garantia de depósitos que, pelo menos parcialmente, garantem aos depositantes a segurança de – até determinado montante⁴⁰ – não sofrerem qualquer prejuízo com a insolvência da instituição de crédito em que confiaram as suas poupanças. Todavia, em muitas situações, por exemplo devido à intrínseca importância sistémica da instituição em causa, ou mesmo devido à conjuntura económico-financeira vivida na altura em que se coloca uma situação de iminente insolvência de uma instituição de crédito, esta rede de segurança fornecida pelos sistemas de garantia de depósitos não é suficiente, tornando-se necessária estender esse rede de segurança a todos os depósitos captados por uma instituição em particular, ou até a um conjunto de instituições em situação de iminente insolvência.

A protecção dos créditos opera-se pela sua transferência ou alienação para outra instituição ou para um banco de transição (juntamente com activos), uma vez que estes serão satisfeitos pelo novo devedor. Por outro lado, os créditos que permanecerem na instituição intervencionada poderão ver a sua garantia diminuída, uma vez que a transferência dos outros créditos implica necessariamente uma transferência de activos que os contrabalancem para a entidade cessionária.

Assim torna-se necessário aferir, à luz do princípio orientador acima referido, da possibilidade legal de, ao aplicar-se uma medida de resolução, proteger diferenciadamente determinado grupos de credores, neste caso depositantes, em relação a outros. Com efeito, os depósitos até 100.000 euros beneficiam de um privilégio creditório conferido por lei, nos termos do artigo 166.º-A, enquanto a parcela que superar esse valor é considerada como um crédito comum (sendo os seus credores graduados na mesma categoria de todos os outros credores comuns, como os fornecedores ou obrigacionistas) ou subordinado, consoante a natureza do depositante.

Relativamente aos depósitos, podem colocar-se várias hipóteses para a sua transferência para outra instituição de crédito ou para um banco de transição, devendo estas ser avaliadas à luz do já referido princípio orientador:

- i) Transferência de apenas os depósitos que sejam créditos privilegiados, ou seja, aqueles que sejam cobertos pela garantia prestada pelo FGD, ou seja, até 100.000 euros por depositante;

40 Em Portugal (bem como nos Estados-Membros da União Europeia) esse montante ascende a 100.000 euros, nos termos do artigo 166.º.

- ii) Transferência da totalidade dos depósitos, mesmo acima do montante garantido pelo FGD, com excepção daqueles cuja transferência é expressamente proibida por lei⁴¹.

Parece-nos que a primeira opção não coloca quaisquer dúvidas à luz do princípio geral de que se deve tratar todos os credores da mesma categoria de forma idêntica, de acordo com o princípio *par conditio creditorum*, que enforma o nosso regime da insolvência. De facto, tendo em conta que todos os depósitos cobertos pela garantia prestada pelo FGD beneficiam de uma privilégio creditório geral sobre o património da instituição de crédito depositária, optando o Banco de Portugal apenas pela protecção destes depósitos (e de todos os outros créditos privilegiados⁴²) estará simplesmente a proteger aqueles depositantes que beneficiam de um estatuto especial em relação aos credores comuns, nos termos das categorias de credores previstas no Código das Insolvência e Recuperação de Empresas. Com efeito, como já referido, estes credores não estão abrangidos pelo princípio orientador de que os credores e accionistas deverão suportar os prejuízos da instituição de crédito, pelo que nos parece estar vedada ao Banco de Portugal a possibilidade de imputar perdas aos titulares de depósitos garantidos pelo FGD até ao limite de 100.000 euros, devendo estes ser reembolsados ou os seus depósitos transferidos para outra instituição de crédito ou para um banco de transição.

Note-se, aliás, que não existe qualquer obrigação de salvaguardar especialmente todos os depositantes em relação aos restantes credores comuns através da aplicação de medidas de resolução (transferência para um novo devedor cuja solvência esteja assegurada). Dependendo das circunstâncias concretas de cada caso, poderá não haver quaisquer impactos sistémicos em permitir que os depósitos não cobertos pela garantia prestada pelo FGD assumam *pari passu* com os restantes credores da instituição de crédito, prioritariamente os seus prejuízos.

Contudo, como já referido *supra*, o regime da insolvência, mesmo considerando as alterações recentes à legislação especial relativa à liquidação de instituições de crédito prevista no Decreto-Lei n.º 199/2006, não assegura convenientemente os objectivos fundamentais da estabilidade financeira e a

41 Cfr. n.º 2 do artigo 145.º-H.

42 Sendo transferidos os credores garantidos na medida em que os activos que lhes servem de garantia sejam também transferidos.

protecção dos depositantes. Assim, a alienação ou transferência cingida aos depósitos garantidos de uma instituição de crédito no âmbito de um processo de resolução poderá causar bastantes inconvenientes, nomeadamente no que diz respeito ao impacto dessa solução na confiança dos depositantes de outras instituições de crédito do sistema, tornando possível a criação de um efeito de contágio dificilmente controlável *a posteriori* (como uma corrida aos depósitos). Assim sendo, em algumas situações torna-se necessário avaliar a possibilidade de se proteger a totalidade dos depósitos e não apenas os depósitos cobertos pela garantia prestada pelo FGD.

Deste modo, todos os depositantes que não estivessem excluídos da garantia do FGD⁴³ beneficiariam da alienação/transferência dos seus créditos, enquanto os créditos dos restantes credores manter-se-iam na instituição de crédito objecto da medida de resolução, passando provavelmente a usufruir assim de um património insuficiente para a garantia do total pagamento desses créditos.

Com efeito, a protecção da totalidade dos depósitos captados por uma instituição de crédito através da sua transferência no âmbito da aplicação de uma medida de resolução torna necessária a correspondente transferência de activos em valor equivalente. Tendo em conta que a aplicação de medidas de resolução pressupõe sempre a existência de dificuldades financeiras graves por parte da instituição objecto das mesmas, então tal significará que o património que permanece na instituição sob resolução será necessariamente insuficiente para garantir o integral pagamento dos créditos não transferidos. Mesmo nos casos em que o valor nominal do património que fica na instituição seja equivalente ao valor dos créditos⁴⁴, pelo menos este não terá a liquidez bastante para os satisfazer, tendo que ser alienado no processo de liquidação em condições desfavoráveis e com um desconto considerável, tornando-se deste modo claramente insuficiente.

Uma primeira objecção que se poderá levantar a esta possibilidade é a aparente contradição com princípio “*par conditio creditorum*” e com a interpretação literal do disposto no artigo 145.º-B, na medida em que alguns credores (titulares de depósitos não cobertos pela garantia prestada pelo FGD) poderiam ser tratados de forma diversa dos restantes credores comuns da mesma

43 Nos termos do artigo 165.º.

44 Casos em que a situação líquida da instituição de crédito ainda não é negativa, mas existe o risco sério de no curto prazo esta se tornar ou existir qualquer outro motivo para aplicar uma medida de resolução nos termos do artigo 145.º-C.

instituição de crédito, como os obrigacionistas ou fornecedores, na eventualidade dos créditos destes últimos não serem transferidos. Contudo, parece-nos que a conformidade com a lei deverá ser aferida à luz dos princípios gerais que norteiam o regime jurídico específico previsto no RGICSF.

No nosso entender a norma prevista no artigo 145.º-B apenas estabelece uma mera obrigação de meios e não uma obrigação de resultado. Repare-se que qualquer depositante, mesmo no que diz respeito aos depósitos cobertos pela garantia prestada pelo FGD, é sempre um credor da instituição de crédito, embora estes últimos de natureza privilegiada. Assim, caso se interpretasse esta norma como estipulando uma obrigação de resultado, então também esses depositantes deveriam assumir os prejuízos da instituição de crédito (depois de os credores comuns os assumirem na totalidade), o que é rejeitado pelo n.º 2 do referido artigo e parece ser totalmente contrário ao princípio da estabilidade financeira, bem como ao próprio estatuto privilegiado desses créditos.

Também não nos parece que a norma exija necessariamente que se garanta uma igualdade absoluta dentro de cada classe de credores. Em nosso entender é possível interpretar a norma no sentido de que a obrigação de meios (“*procura assegurar-se*”) se aplica não só à primeira oração (“*que os accionistas e os credores da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa*”) como também à segunda (“*de acordo com a respectiva hierarquia e em condições de igualdade dentro de cada classe de credores*”), sendo esta uma interpretação mais conforme com o espírito do próprio regime jurídico previsto no RGICSF.

Assim, pensamos que é possível sustentar (sendo, por certo, uma interpretação susceptível de ser controvertida) que a obrigação que impende sobre o Banco de Portugal na adopção de uma medida de resolução é uma obrigação de meios, tanto na parte respeitante ao universo daqueles que devem assumir prioritariamente os prejuízos, como também no que respeita à hierarquia de credores e igualdade de tratamento entre credores da mesma classe, que poderá ceder, mediante a necessidade de salvaguarda das finalidades da medida de resolução.

Com efeito, é certo que os depósitos não cobertos pela garantia prestada pelo FGD, que não sejam detidos por pessoas especialmente relacionadas, constituem créditos comuns sobre a instituição de crédito (em igualdade teórica com todos os outros créditos não subordinados sobre a mesma). Ou seja, um crédito de um fornecedor ou um empréstimo de um investidor qualificado e profissional estão, para este efeito, dentro da mesma classe de credores dos

depositantes não cobertos. Parece-nos, contudo, que no âmbito da aplicação das medidas de resolução os próprios princípios que justificam a aplicação das mesmas podem impor um tratamento diferenciado entre alguns tipos de crédito dentro da mesma classe de credores. Neste sentido, pode defender-se a aplicação do princípio da igualdade na sua dimensão material, tratando-se de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente.

É necessário, contudo, ter em conta que do tratamento diferenciado que se aplica aos vários credores dentro da mesma classe não deve resultar uma situação em que os restantes credores (não depositantes) fiquem numa situação pior com a aplicação de uma medida de resolução do que aquilo que sucederia no caso de se permitir a entrada em liquidação da instituição em causa⁴⁵. Ou seja, deve-se garantir que a satisfação dos respectivos créditos se efectue num grau pelo menos equivalente. Trata-se do denominado princípio “*no creditor worse off*”. Deste modo, não se estará a prejudicar credores, uma vez que se assegura que eles vão receber no mínimo o que receberiam num processo de insolvência, mas a tratar favoravelmente determinados credores.

Geralmente, a liquidação efectuada no âmbito dos processos de insolvência apresenta taxas muito baixas de recuperação de valor dos activos alienados no âmbito desses processos. Assim sendo, o património final disponível para pagamento dos créditos sobre a massa insolvente é normalmente insuficiente, nomeadamente pela dificuldade em liquidar o património existente e pela necessidade de aliená-lo com grandes descontos. Já no caso da aplicação de uma medida de resolução há uma maior eficácia na preservação do valor do património da instituição de crédito em causa, pois é possível actuar de forma antecipada e proactiva, antes que se verifique uma perda de valor superior dos activos, e num momento em que a instituição de crédito ainda está em actividade, nomeadamente através de um banco de transição ou da transferência desses activos para uma instituição em actividade. Assim, comparativamente aos processos normais de insolvência, a aplicação de medidas de resolução permite, em regra, diminuir os prejuízos que terão necessariamente de ser assumidos por accionistas e credores (em todas as suas classes).

Assim, caso o Banco de Portugal, enquanto autoridade de resolução, considere que a protecção da totalidade dos depósitos é indispensável para se assegurar a estabilidade sistémica e garantir a manutenção da confiança dos depositantes, parece-nos que poderá proceder a essa mesma protecção através

45 Esta obrigação já constitui uma obrigação de resultado.

da aplicação de uma medida de resolução sem que esteja obrigado a tratar de forma idêntica todos os restantes créditos comuns. Aliás, repare-se que a finalidade prevista na alínea d) do artigo 145.º-A e que visa salvaguardar a manutenção da confiança dos depositantes não distingue entre depósitos que beneficiam da garantia do FGD e todos os outros, pelo que nestas situações a lei fornece claramente uma orientação com vista ao tratamento diferenciado dos depósitos por relação com todos os demais créditos.

Finalmente, importa ainda chamar à atenção para o facto de, a nível internacional, se estar a afastar a ideia de que todos os credores de uma instituição de crédito devem ser tratados de forma idêntica do que seria o caso num processo de insolvência. O que é necessário é garantir que o valor da instituição de crédito é preservado ao máximo com o objectivo de se garantir a estabilidade sistémica com o mínimo de custos para o erário público.

O Banking Act de 2009, nas secções 49 a 52, estabelece também este princípio “*no worse-off than in liquidation*”.

Neste ponto reveste de especial relevância a já referida Directiva 2014/59/EU, sendo expressamente consagrado o princípio “*no creditor worse off*”. O memorando explicativo incluído na versão inicial Proposta de Directiva refere, no ponto 4.4.8., que “*o enquadramento para a resolução estabelece certos princípios para a afetação das perdas que deverão ser respeitados independentemente do teor dos regimes nacionais de insolvência. Esses princípios são: a) que as perdas deverão em primeiro lugar ser totalmente afetadas aos acionistas e depois aos credores; e b) que os credores de uma mesma categoria possam ser tratados de forma diferente se isso se justificar por razões de interesse público e em particular para sustentar a estabilidade financeira. Estes princípios são aplicáveis a todos os instrumentos de resolução*”⁴⁶.

O considerando 5 da Directiva 2014/59/EU estabelece que “*esse regime [de resolução] deverá assegurar que os acionistas sejam os primeiros a suportar as perdas e que os credores suportem as perdas a seguir aos acionistas, desde que nenhum credor sofra perdas superiores às que teria sofrido se a instituição tivesse sido liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência, em conformidade com o princípio segundo o qual ‘nenhum credor deverá ficar em pior situação’⁴⁷, tal como especificado na presente diretiva*”. Por outro lado o considerando 50 da Directiva 2014/59/EU dispõe que “*os acionistas e credores afetados não deverão suportar perdas mais*

46 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0280&from=EN>

47 “No creditor worse off”.

elevadas do que aconteceria se a instituição tivesse sido liquidada no momento em que é tomada a decisão de desencadear a resolução. Em caso de transferência parcial dos ativos de uma instituição objeto de resolução para um adquirente do setor privado ou para uma instituição de transição, a parte remanescente da instituição objeto de resolução deverá ser liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência. Para proteger os acionistas e credores remanescentes no quadro dos procedimentos de liquidação da instituição, estes deverão ter direito a receber em pagamento ou em indemnização pelos seus créditos, e no quadro dessa liquidação, um valor não inferior ao que se estima que receberiam se a instituição tivesse sido totalmente liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência”.

Por sua vez as alíneas f) e g) do artigo 34.º (*Princípios gerais que regem a resolução*) da Directiva 2014/59/EU estabelecem (respectivamente) que “*salvo disposto em contrário na presente diretiva, os credores de uma mesma categoria são tratados de forma equitativa*” e que “*nenhum credor deve suportar perdas mais elevadas do que as que teria suportado se a instituição ou a entidade referida no artigo 1.º, n.º 1, alíneas b), c) ou d), tivesse sido liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência de acordo com as salvaguardas previstas nos artigos 73.º a 75.º*”.

De todo o modo é necessário ter em consideração que a interpretação que temos vindo a sustentar em relação ao artigo 145.º-B, não obstante nos parecer conforme ao espírito do regime⁴⁸, não tem inteira correspondência com a letra da lei e não é isenta de dúvidas, sendo susceptível de opinião contrária, pelo que seria pertinente alguma clarificação no sentido de conferir maior certeza e segurança jurídica aos aplicadores da lei. No capítulo 5 do presente trabalho, referente a propostas de alteração ao regime *sub judice*, propor-se-á uma alteração ao princípio orientador, de modo a consagrar-se expressamente o princípio “*no creditor worse off*”⁴⁹.

48 Eventualmente poderia invocar-se que a aplicação de medidas de discriminação de credores sem recurso ao tribunal, operada apenas pela via administrativa, poderia ser desconforme à Constituição. No entanto, e sem querer aprofundar o tema, sempre se diga que as instituições de crédito não são equiparáveis às “empresas comuns” e os credores das instituições de crédito também não são equiparáveis aos credores de tais empresas. Os bens jurídicos a salvaguardar na aplicação de medidas de resolução, consagrados nas suas finalidades, parecem-nos de valor superior ao da protecção dos direitos dos credores *lato sensu* e ao princípio “*par conditio creditorum*”. O legislador ao estabelecer o regime da resolução, que afasta expressamente (pelo menos numa primeira fase) o regime da liquidação, e ao submetê-lo unicamente à autoridade e atribuições do Banco de Portugal, parece conformar-se que o tratamento dos credores seja determinado pela via administrativa, nos termos da lei. Pelo que consideramos que não estará em causa qualquer questão de constitucionalidade.

49 A este propósito abordar-se à Proposta de Lei 225-XII já aprovada na Assembleia da República (Decreto da Assembleia 240/XII) e promulgada, mas ainda não publicada (Lei de autorização legislativa). Disponível em <http://www.parlamento.pt/Paginas/DetalheUltimosTextosAprovados.aspx?BID=18139> e

3.5. Outros efeitos da aplicação de medidas de resolução

Para garantir a eficácia e o cumprimento dos objectivos da aplicação das medidas de resolução, o legislador determinou que a decisão de aplicação de uma medida de resolução por parte do Banco de Portugal produz uma série de efeitos e consequências jurídicas.

Em primeiro lugar, a aplicação de uma medida de resolução implica a suspensão automática dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização da instituição de crédito em causa⁵⁰, sendo nomeados pelo Banco de Portugal os novos membros, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 145.º-D. Os membros suspensos, de acordo com o n.º 4 do mesmo artigo, “*devem fornecer todas as informações que lhes sejam solicitadas pelo Banco de Portugal, bem como prestar a colaboração que lhes seja requerida pelo Banco de Portugal para efeitos da aplicação das medidas de resolução*”.

O artigo 145.º-L estabelece que a aplicação destas medidas “*determina a suspensão, por um período de 48 horas, a contar do momento da respetiva notificação ou, se anterior, a partir do anúncio que torne pública a decisão do Banco de Portugal, do direito de vencimento antecipado, estipulado no âmbito de convenções de compensação e de novação (netting agreements), dos contratos em que a instituição de crédito visada seja parte, quando o exercício desse direito tenha como fundamento a aplicação da medida de resolução em causa*”.

Por outro lado, o artigo 147.º estatui que ficam também suspensas, no decorrer de uma medida de resolução, 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*”.

Se a instituição objecto da medida de resolução exercer actividade de intermediação financeira, o Banco de Portugal informa a CMVM das medidas que tomar e se for possível ouve esta entidade antes da aplicação das medidas – artigo 148.º. Está em causa uma opção do Banco de Portugal sujeita a um juízo de oportunidade, devendo este verificar se estão reunidas as condições

<http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=38483>. Esta iniciativa legislativa visa transpor para o ordenamento jurídico português 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, contendo também alterações ao regime da resolução (entre outras).

50 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 respectivo órgão de fiscalização.

para ouvir a CMVM, ou, pelo contrário, se tendo em conta a urgência das medidas e a sua eficácia é preferível prescindir desse procedimento. Julgamos que neste caso a cooperação com a CMVM deve ceder perante o princípio da estabilidade financeira.

Também no caso do dever de informação às autoridades do país estrangeiro onde se localizem as empresas-mãe de filiais localizadas em território português (nos termos do artigo 18.º), a lei⁵¹ admite que o seu cumprimento seja efectuado imediatamente após a tomada da medida de resolução (e não antes), se o Banco de Portugal considerar que não é possível fazê-lo antes.

Note-se aliás que, nos termos do n.º 1 artigo 146.º, as decisões do Banco de Portugal “*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*” e que apenas “*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*” – n.º 2 do mesmo artigo.

Quanto à possibilidade de impugnação, recorde-se que “as decisões do Banco de Portugal “*estão sujeitas aos meios processuais previstos na legislação do contencioso administrativo*”, gozando “*de legitimidade ativa em processo cautelar apenas os detentores de participações que atinjam, individualmente ou em conjunto, pelo menos 10% do capital ou dos direitos de voto da instituição visada*” (n.ºs 1 e 2 do artigo 145.º-N).

No entanto, assinala-se que, nos termos do n.º 4 do artigo 145.º-N, o Banco de Portugal tem a faculdade de invocar legítima causa de inexecução nos casos de execução de sentenças anulatórias de actos e decisões relativas à aplicação de medidas de resolução. De acordo com o artigo 163.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA), a legítima causa de inexecução pode ser fundada no “*grave prejuízo para o interesse público*”, que se presume, até prova em contrário, por força do disposto no artigo 12.º do RGICSF. Invocada a legitimidade da inexecução inicia-se o procedimento tendente à avaliação, cálculo e fixação da indemnização a pagar pelo Fundo de Resolução aos detentores das participações sociais, nos termos do CPTA e do artigo 145.º-O do

51 Artigo 151.º.

RGICSF. Esta norma permite salvaguardar e preservar a eficácia da aplicação das medidas de resolução, que poderiam ser bloqueadas através do recurso aos meios contenciosos.

Finalmente cumpre referir que o Banco de Portugal, concomitantemente com a aplicação de uma medida de resolução e se considerar necessário à prossecução das suas finalidades, pode, relativamente às instituições intervencionadas: (i) dispensar temporariamente a observância de normas prudenciais; (ii) dispensar temporariamente o cumprimento pontual de obrigações anteriormente contraídas; e (iii) determinar “*o encerramento temporário de balcões e outras instalações em que tenham lugar transações com o público*”⁵².

3.6. Escolha da medida de resolução

Ao abrigo do da resolução previsto nos artigos 145.º-A e seguintes são duas as medidas de resolução a que o Banco de Portugal pode recorrer, a saber:

- Alienação total ou parcial da actividade para uma ou mais instituições de crédito;
- Transferência total ou parcial da actividade para um banco de transição constituído especialmente para o efeito.

De acordo com o regime de resolução, nada impede a aplicação simultânea de ambas as medidas, ou seja, parte do património seria alienado e a outra parte transferido para um banco de transição, desde que os respectivos pressupostos se verifiquem.

Passaremos a fazer uma breve descrição comparativa de cada uma das medidas em causa:

13.6.1. *Alienação total ou parcial da actividade para uma ou mais instituições de crédito*

A possibilidade de o Banco de Portugal determinar a alienação total ou parcial do património de uma instituição de crédito objecto de uma medida de resolução para outra instituição de crédito “saudável” está prevista no artigo 145.º-F.

A aplicação desta medida de resolução tem com vantagem primordial a garantia imediata da disponibilidade dos depósitos constituídos junto da insti-

52 Artigo 145.º-J, n.º 1, alíneas a), b) e c). Nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, estas medidas “*têm a duração máxima de um ano, prorrogável até ao máximo de dois anos*”.

tuição de crédito em resolução, mantendo-se em funcionamento os serviços financeiros essenciais, como é o caso dos serviços de pagamentos. Além disso, por se recorrer ao funcionamento normal do mercado, tem-se considerado que esta deverá sempre ser a primeira solução a ponderar.

Relativamente à alternativa do pagamento puro dos depósitos através do FGD (típica dos processos de insolvência), esta medida apresenta como mais-valia a preservação do valor quer de uma base de clientes de depósito, quer do restante património da instituição de crédito em resolução, uma vez que o mesmo se mantém no mercado bancário, passando apenas a ser gerido por outra instituição de crédito. Esta solução é sempre economicamente mais vantajosa, uma vez que a alienação de uma carteira de depósitos tem um valor incorpóreo que é impossível replicar numa situação de mero reembolso individual de depósitos aos respectivos titulares, além de que é mais simples e menos custosa de implementar que o reembolso dos depósitos (que implica uma enorme disponibilidade financeira), além de ser mais vantajosa para o depositante e de reforçar a confiança no sistema.

Contudo, a aplicação em geral de uma medida deste tipo implica a utilização de fundos exógenos à própria instituição objecto da medida, uma vez que a sua situação financeira é normalmente caracterizada por um desequilíbrio entre os activos e os passivos. Mesmo nos casos em que pelos valores registados no balanço de uma instituição, o valor dos activos aparenta ser superior ao valor dos passivos (pelo que, no limite, seria possível transferir todo o passivo e todo os activos sem recurso a outras fonte de financiamento), quando confrontados com um cenário de necessidade venda imediata, nomeadamente em circunstâncias de crise económica e financeira (como as que ocorrem actualmente), verifica-se que os riscos de crédito e de taxas de juro associados aos créditos teriam como consequência que uma instituição adquirente impusesse um “haircut” muito elevado nos créditos a transferir, desequilibrando o balanço da instituição intervencionada e impondo enormes custos na resolução da mesma⁵³.

13.6.2. Transferência total ou parcial da actividade para um banco de transição constituído especialmente para o efeito

Esta medida está prevista no artigo nos artigos 145.º-G a 145.º-I e é normalmente utilizada como medida de “2.ª linha”, quando não existem adquirentes

53 Veja-se, *mutatis mutandis*, o caso da venda do BPN ao BIC.

interessados no património da uma instituição em resolução, ou quando a complexidade da instituição em causa é tão elevada que não se torna possível finalizar a operação de alienação em tempo útil. A grande desvantagem desta medida em relação à medida de alienação do património é o facto de não ser considerada no curto prazo uma medida de “mercado”, visto que o seu efeito consiste em transferir o património da instituição de crédito em resolução para uma entidade cuja duração é limitada e que funciona como uma antecâmara da liquidação. No capítulo seguinte desenvolveremos mais pormenorizadamente esta medida de resolução que é, em bom rigor, o cerne do presente trabalho.

4. TRANSFERÊNCIA DA ACTIVIDADE PARA BANCOS DE TRANSIÇÃO

4.1. Natureza, objectivos, funções e organização dos bancos de transição

Os bancos de transição são instituições de crédito com a natureza jurídica de banco, sendo o seu capital social⁵⁴ totalmente detido pelo Fundo de Resolução⁵⁵ com recurso aos seus fundos – n.ºs 3 e 4 do artigo 145.º-G. São constituídos por deliberação do Banco de Portugal e não estão sujeitos ao processo de autorização previsto no RGICSF para as restantes instituições de crédito, sendo que após a deliberação ficam autorizados a exercer a respectiva actividade “*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*”⁵⁶.

54 Nos termos do n.º 7 do artigo 145.º-G, “o banco de transição deve ter capital social não inferior ao mínimo previsto por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, ouvido o Banco de Portugal, e cumprir as normas aplicáveis aos bancos”, nomeadamente as regras relativas aos requisitos de fundos próprios.

55 O Fundo de Resolução está regulado nos artigos 153.º-B a 153.º-U e é uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira, tendo por objecto “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”. As fontes de financiamento do Fundo de Resolução resultam das contribuições iniciais e periódicas das instituições financeiras participantes e também das receitas provenientes da contribuição sobre o sector bancário (que é igualmente suportada por instituições de crédito). No caso de os recursos do Fundo de Resolução não serem suficientes para fazer face às suas responsabilidades, a lei admite que o Fundo recorra a empréstimos (em particular junto do Estado, o qual também pode prestar garantias ao Fundo de Resolução para obtenção de financiamento). Por motivos de ordem prática apenas abordaremos o regime aplicável ao Fundo de Resolução quando este se relacionar com os bancos de transição.

56 De acordo com o n.º 8 do artigo 145.º-G.

Os bancos de transição têm uma duração limitada, de dois anos, prorrogável⁵⁷ por períodos de um ano, não podendo exceder a duração máxima de cinco anos, tendo por objecto a gestão, assumindo baixos riscos, de um conjunto de activos e passivos provenientes de uma instituição em dificuldades.

Em cumprimento do n.º 9 do artigo 145.º-G, o Banco de Portugal definiu no Aviso do Banco de Portugal n.º 13/2012, de 18 de Outubro, “*as regras aplicáveis à criação e ao funcionamento dos bancos de transição*”⁵⁸.

Os estatutos do banco de transição são aprovados na deliberação de constituição⁵⁹ e devem conter, no mínimo os seguintes elementos⁶⁰:

- a) A designação social;
- b) A sede social;
- c) O objeto social;
- d) O valor do capital social e a forma de representação das participações sociais;
- e) As competências e deveres dos órgãos de administração e de fiscalização;
- f) O modo de nomeação e exoneração dos membros dos órgãos sociais;
- g) A obrigatoriedade de reporte periódico ao Banco de Portugal;
- h) A vinculação dos membros do conselho de administração às orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal;
- i) As operações vedadas ao banco de transição, tendo em vista a prossecução dos seus objetivos;
- j) O modo de aprovação do relatório e contas anuais;
- k) O modo de alteração dos estatutos.

Os bancos de transição, além da assembleia-geral⁶¹, têm como órgãos o conselho de administração e o conselho fiscal, que são nomeados pelo Banco

57 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 – n.º 12 do artigo 145.º-G.

58 De acordo com o n.º 10 do artigo 145.º-G, “*o Código das Sociedades Comerciais é aplicável aos bancos de transição, com as adaptações necessárias aos objetivos e à natureza destas instituições*”.

59 Nos termos conjugados do n.º 5 do artigo 145.º-G e do n.º 2 do artigo 3.º do Aviso.

60 De acordo com o n.º 1 do artigo 4.º do Aviso.

61 Representada pelo accionista único, o Fundo de Resolução.

de Portugal sob proposta do Fundo de Resolução⁶². Na nomeação “*é aplicável o disposto nos artigos 30.º e 31.º do RGICSF, relativamente à idoneidade, disponibilidade e qualificação profissional*”, sendo qualificadas como incompatibilidades “*a acumulação de quaisquer funções na instituição originária, quer enquanto membro dos órgãos sociais, quer como trabalhador dependente, bem como a manutenção de qualquer outro tipo de vínculo contratual com a referida sociedade suscetível de gerar conflitos de interesses*”⁶³. A remuneração do conselho de administração é definida pela assembleia-geral e deve ter em conta⁶⁴ o disposto no anexo XI (“*políticas de remuneração*”) ao Decreto-Lei n.º 104/2007, de 3 de abril⁶⁵. Estas disposições visam reforçar a transparência, credibilidade e idoneidade dos órgãos sociais⁶⁶ do banco de transição.

Os membros dos órgãos de administração e de fiscalização dos bancos de transição devem obedecer a todas as orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal, nomeadamente relativas a decisões de gestão do banco de transição⁶⁷. Não acompanhamos, neste ponto, a posição de Máximo dos Santos, quando o autor sustenta que “*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*” e que “*tomada à letra, a redação da norma parece abarcar no dever de obediência o próprio órgão de fiscalização*”⁶⁸. Em primeiro lugar, saliente-se que a relação do Banco de Portugal com o órgão de fiscalização, ao abrigo da norma *sub judice*, tem sempre que ser interpretada à luz das funções deste órgão (que resultam, de um modo geral, do CSC) e dos seus deveres enquanto fiscalizador (interno) de uma instituição sujeita à supervisão do Banco de Portugal. Atenta a especialidade desta

62 Artigo 145.º-G, n.º 11, e artigos 7.º, n.º 1, e 8.º, n.º 1, do Aviso. É ainda estipulado que o Banco de Portugal pode deliberar, por sua iniciativa ou sob proposta do Fundo de Resolução, a substituição de membros do conselho de administração e do conselho fiscal – n.º 4 do artigo 8.º do Aviso.

63 Artigo 8.º, n.ºs 2 e 3 do Aviso.

64 De acordo com o artigo 9.º do Aviso.

65 Na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 88/2011, de 20 de julho. O diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/48/CE (“*relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício*”) e regula, entre outros aspectos, a temática dos “Grandes Riscos”, nomeadamente daqueles que poderão surgir para as instituições de crédito pela política de remuneração escolhida.

66 A remuneração do conselho deve ser definida “tendo em conta as melhores práticas aplicáveis na matéria”, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º do Aviso.

67 Artigo 145.º-G, n.º 11.

68 Máximo dos Santos, 2012: 226-227.

instituição é natural que os deveres deste órgão perante o Banco de Portugal sejam mais intensos⁶⁹, sem contudo colocarem em causa a sua independência⁷⁰.

Por outro lado, como se referiu a início, não está em causa um banco normal, mas um banco de duração limitada e que é criado especificamente para o efeito de gerir com baixo risco um conjunto de activos e passivos provenientes de uma instituição em dificuldades. Nesse sentido, compreende-se que sejam atribuídos ao Banco de Portugal alguns poderes e que esteja prevista a influência na gestão do mesmo. É que um banco de transição, embora funcione num contexto de mercado, tem como finalidade primeira o reembolso dos credores (nomeadamente o Fundo de Resolução), através da liquidação ordenada e atempada do património, além de não concorrer da mesma maneira com os outros *players*. Existe até, de certo modo, algum paralelismo com os poderes do Banco de Portugal em sede de liquidação pré-judicial, nomeadamente quanto ao tipo de operações que necessitam da sua autorização⁷¹.

Neste ponto afastamo-nos também da posição de Máximo dos Santos que defende que “*a aplicação de medidas de resolução não tem necessariamente que ser a antecâmara da liquidação. Não é forçoso que assim seja. Podem existir situações em que a aplicação destas medidas de resolução opere uma reestruturação que evite a liquidação da instituição*”. Ora, no nosso ponto de vista, tal não é possível. Não existindo (ainda) no nosso ordenamento jurídico a figura do *bail-in*⁷², após a aplicação das medidas a instituição intervencionada será, a médio prazo, dissolvida e liquidada, tanto no caso dos bancos de transição (de duração limitada), para onde passam os activos de melhor qualidade, como no caso de alienação de activos para um terceiro, ficando ambos os casos a instituição em causa sem património suficiente para exercer a sua actividade⁷³. Recorde-se que o

69 A título de exemplo, veja-se o dever do órgão de fiscalização de apresentar um relatório da sua actividade, consagrado no artigo 17.º, n.º 5, do Aviso, ao Fundo de Resolução e ao Banco de Portugal, com a periodicidade definida pelo Banco de Portugal e contendo a sua apreciação relativamente à condução dos negócios sociais, tendo em conta os princípios de atuação e os objetivos estratégicos da instituição. Diga-se, em boa verdade, que o referido aviso, no qual baseamos boa parte da nossa interpretação, é posterior à publicação do artigo de Máximo dos Santos.

70 Repare-se que a alínea h) do artigo 4.º, quanto aos elementos a constar dos estatutos, refere a vinculação dos membros do conselho de administração do banco de transição às orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal, não havendo qualquer menção ao órgão de fiscalização.

71 Artigo 7.º-D do Decreto-Lei n.º 199/2006.

72 Sobre este regime ver a Directiva 2014/59/EU.

73 Aliás, com a aplicação da medida de resolução, a autorização para exercer a actividade bancária é retirada ou, pelo menos, fortemente restringida.

artigo 145.º-M do RGICSF dispõe que “*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*”⁷⁴.

Por fim, parece-nos que o artigo 16.º do Aviso, ao densificar o regime dos bancos de transição, desfez as dúvidas que pudessem existir quanto à falta de autonomia do órgão de administração. Estabelece este preceito que “*além do exercício dos poderes normais de gestão, cabe em especial ao órgão de administração:*

- a) Preparar e apresentar planos de atividades, com periodicidade semestral, a submeter ao Banco de Portugal e ao Fundo de Resolução;*
- b) Pautar a sua atuação pelo objetivo de maximizar o valor dos ativos recebidos com vista a potenciar a sua alienação em condições favoráveis;*
- c) Dinamizar a atividade operacional em termos que permitam preservar o valor do negócio;*
- d) Dar cumprimento às orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal, ao abrigo das respetivas competências legais”.*

Com efeito, o conselho de administração do banco de transição não será um mero *factótum* do Banco de Portugal⁷⁵. Assim, parece-nos que as orientações e recomendações do Banco de Portugal serão de carácter genérico, nomeadamente quanto às grandes linhas de rumo a trilhar, tendo também o poder de acompanhar e fiscalizar a actividade deste órgão através dos seus relatórios periódicos⁷⁶ previstos no artigo 17.º do Aviso.

Por fim, no que concerne à alienação do património do banco de transição, cuja matéria desenvolveremos posteriormente⁷⁷, também se verifica que a inter-

74 Note-se que a revogação não ocorre automaticamente após a aplicação da medida, mesmo que a instituição não cumpra os requisitos, uma vez que poderá ser relevante aguardar um intervalo de tempo necessário para sedimentar a mesma medida. Esta situação é especialmente importante no caso da transferência de activos para um banco de transição e das especiais relações que importará manter entre as duas entidades durante algum tempo.

75 Como parece sustentar Máximo dos Santos.

76 Estes devem conter, no mínimo, a evolução dos elementos patrimoniais e extrapatrimoniais do banco de transição, as perspectivas de alienação do seu património e os factores adversos que possam afectar o exercício da sua actividade.

77 Ponto 4.3.

venção do conselho de administração é relevante, podendo praticar actos de disposição dentro dos seus poderes de gestão, além de assessorar o Banco de Portugal, no exercício dos poderes desta entidade.

O banco de transição deve ainda obedecer, no desenvolvimento da sua actividade, a critérios de gestão que assegurem a manutenção de baixos níveis de risco⁷⁸. Concretiza o artigo 15.º do Aviso, estatuinto que “*o banco de transição rege a sua actividade com subordinação aos princípios da eficiência na gestão dos custos e da limitação de riscos, de acordo com as orientações definidas pelo Banco de Portugal*” e que “*o banco de transição assegura a continuidade da prestação de serviços financeiros inerentes à actividade transferida, bem como a administração dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão recebidos nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 145.º-G e da alínea a) do n.º 5 do artigo 145.º-H do RGICSF com vista à valorização do negócio desenvolvido, procurando proceder à sua alienação, logo que as circunstâncias o aconselhem, em termos que maximizem o valor do património em causa*”.

4.2. *Seleção e avaliação do património a transferir para o banco de transição e seus efeitos*

De acordo com o n.º 1 do artigo 145.º-G, “*o Banco de Portugal pode determinar a transferência, parcial⁷⁹ 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 actividade em causa*”⁸⁰. O n.º 2 do mesmo artigo possibilita que os elementos a transferir sejam provenientes de duas ou mais instituições de crédito, desde que incluídas no mesmo grupo. A seleção do património a transferir é realizada pelo Banco de Portugal⁸¹, atentas as finalidades e o princípio orientador já analisados *supra*.

78 Artigo 145.º-G, n.º 13.

79 Note-se que o n.º 13 do artigo 145.º-H dispõe que “*a eventual transferência parcial dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão para o banco de transição não deve prejudicar a cessão integral das posições contratuais da instituição de crédito originária, com transmissão das responsabilidades associadas aos elementos do ativo transferidos, nomeadamente no caso de contratos de garantia financeira, de operações de titularização ou de outros contratos que contenham cláusulas de compensação ou de novação*”. Este preceito entende-se pela especial natureza dos contratos em causa e da conexão que pode existir entre activos e passivos da instituição intervencionada. Deste modo, a posição “devedor-credor” deverá ser transferida em conjunto.

80 Refira-se que esta transferência, apesar de dever ser comunicada à Autoridade da Concorrência, não consubstancia uma operação de concentração de empresas para efeitos da legislação aplicável em matéria de concorrência, atendendo à sua transitoriedade – n.º 14 do artigo 145.º-G.

81 N.º 1 do artigo 145.º-H.

A decisão de transferência produz efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário, sendo título bastante para o cumprimento de qualquer formalidade legal relacionada com a transferência. Não depende do prévio consentimento dos accionistas da instituição de crédito nem das partes em contratos relacionados com os elementos a transferir, não podendo constituir fundamento para o exercício de qualquer direito de vencimento antecipado estipulado nos contratos em causa⁸².

De acordo com o artigo 10.º do Aviso, deve constar de deliberação do Banco de Portugal uma descrição de todos os activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão que são objecto de transferência⁸³ e respectivo valor provisório de transferência, baseado no seu valor contabilístico, “*a menos que existam comprovadas razões para que desde logo sejam objeto de ajustamentos baseados em critérios de prudência, tendo em conta estimativas de imparidades ao tempo disponíveis*”. Posteriormente os referidos valores serão corrigidos por força da avaliação realizada por uma entidade independente e designada pelo Banco de Portugal, em prazo a fixar por este, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 145.º-H⁸⁴. De acordo com o artigo 11.º do Aviso, a entidade independente “*deverá possuir conhecimento e experiência comprovados na avaliação de ativos financeiros e não poderá ter prestado quaisquer serviços à instituição de crédito originária nos 6 anos anteriores à deliberação do Banco de Portugal de constituição do banco de transição*”⁸⁵ e a avaliação “*utiliza uma metodologia de valorização baseada em condições de mercado e, subsidiariamente, no justo valor*”⁸⁶.

82 Artigo 145.º-H, n.ºs 11 e 12. De facto, a aplicação da medida da medida de resolução pelo Banco de Portugal não altera o conteúdo das relações contratuais que credores e devedores, como os depositantes e os mutuários, tinham estabelecido com a instituição intervencionada, uma vez que apenas se verifica a mudança formal da entidade que é contraparte dessas relações contratuais.

83 Descrição essa que, em princípio, deverá constar de um anexo e podendo ser agregada em categorias de elementos patrimoniais a transferir, se for possível (ex. todos os depósitos garantidos ou todos os imóveis), ou, se a transferência abranger a maior parte do património, a indicação de que todos os activos e passivos são transferidos com excepção de alguns ou de certas categorias de activos, passivos, activos sob gestão ou elementos extrapatrimoniais..

84 O custo da avaliação é suportado pela instituição intervencionada. O Fundo de Resolução poderá adiantar os meios financeiros para o pagamento da avaliação, sendo posteriormente reembolsado pela instituição – n.º do artigo 11.º do Aviso.

85 Com excepção dos serviços prestados por determinação do Banco de Portugal (p.ex. nos termos do n.º 2 do artigo 116.º e da alínea l) do n.º 1 do artigo 141.º).

86 Em nosso entender a valorização com base em condições de mercado justifica-se uma vez que não está em causa uma situação de imediata liquidação, dispondo o órgão de administração do banco de transição de tempo para gerir e alienar os activos, até ao máximo de cinco anos. No entanto, certo tipo de activos cujas maturidades são longas, como os respeitantes a crédito à habitação, sofrerão necessariamente *haircuts* consideráveis.

Note-se que o n.º 3 do artigo 145.º-H estabelece a impossibilidade de transmissão para o banco de transição dos “*instrumentos utilizados no cômputo dos seus fundos próprios cujas condições tenham sido aprovadas pelo Banco de Portugal*” e que o n.º 2 do mesmo artigo proíbe expressamente a transmissão para o banco de transição de quaisquer obrigações contraídas pelo instituição de crédito objecto da medida de resolução perante:

- a. *Os respetivos acionistas, membros dos órgãos de administração ou de fiscalização, revisores oficiais de contas ou sociedades de revisores oficiais de contas ou pessoas com estatuto semelhante noutras empresas que se encontrem em relação de domínio ou de grupo com a instituição;*
- b. *As pessoas ou entidades que tenham sido acionistas, exercido as funções ou prestado os serviços referidos na alínea anterior nos quatro anos anteriores à criação do banco de transição, e cuja ação ou omissão tenha estado na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito ou tenha contribuído para o agravamento de tal situação;*
- c. *Os cônjuges, parentes ou afins em 1.º grau ou terceiros que atuem por conta das pessoas ou entidades referidos nas alíneas anteriores;*
- d. *Os responsáveis por factos relacionados com a instituição de crédito, ou que deles tenham tirado benefício, diretamente ou por interposta pessoa, e que estejam na origem das dificuldades financeiras ou tenham contribuído, por ação ou omissão no âmbito das suas responsabilidades, para o agravamento de tal situação, no entender do Banco de Portugal.”*

A este respeito, saliente-se que da análise sistemática do disposto na alínea a) acima e da alínea e) do artigo 165.º – que estabelece que se excluem da garantia facultada pelo FGD os depósitos de accionistas que detenham na instituição de crédito participação, directa ou indirecta, não inferior a 2% do respectivo capital social – poderia suscitar-se a questão da existência de um conflito normativo: (i) por um lado, a lei proíbe a transmissão de obrigações perante acionistas; (ii) por outro lado, a lei prevê (*a contrario*) que as obrigações que consubstanciem depósitos, até 100.000 euros, de que sejam titulares accionistas que detenham na instituição de crédito intervencionada participação inferior a 2%, estão cobertos pela garantia do FGD, beneficiando, por isso, e ao abrigo do disposto no artigo 166.º-A, de um privilégio creditório⁸⁷.

87 Nunca podendo ser considerados como créditos subordinados, nos termos da alínea b) do n.º 4 do artigo 47.º do CIRE.

Entendemos ser possível considerar que este conflito poderá ser ultrapassado através da interpretação das normas em causa à luz disposto no artigo 145.º-B, na medida em que, se é certo que o seu n.º 1 dispõe que aos créditos de que sejam titulares accionistas devem ser prioritariamente imputadas perdas, o seu n.º 2 excepciona de tal subordinação os depósitos garantidos pelo FGD, salvaguardando, assim, a hipótese de os depósitos de que sejam titulares accionistas que detenham na instituição de crédito intervencionada participação, directa ou indirecta, inferior a 2%, se graduarem como créditos privilegiados, até ao limite da garantia do FGD, podendo assim serem transferidos.

Aliás, interpretação diferente, no sentido de considerar que nenhum depósito de accionista poderia ser transferido para um banco de transição, e desse modo ser protegido, poderia em determinadas situações, atentar contra princípios de justiça. Com efeito, nos casos em que o capital de uma instituição de crédito se encontra de tal modo disperso, como nas sociedades cotadas, existem muitos accionistas com um peso irrelevante na instituição de crédito⁸⁸ e sem poder de influência, efectivo ou potencial, os quais sairiam injustamente lesados se fosse seguida tal interpretação. Por outro lado, seria necessário que ficassem activos na instituição intervencionada que garantissem a satisfação da parte dos depósitos que constituíssem créditos privilegiados, ou que o FGD os reembolsasse.

No caso dos créditos por suprimentos, que são créditos subordinados, admite-se que possam não ser transferidos, uma vez que representam quase capital. De facto, parece-nos que o escopo da norma se destina a impossibilitar a transferência de determinados créditos que têm uma ligação mais próxima com a instituição.

Situações de interpretação mais difícil são o do tratamento a conferir aos outros créditos de accionistas:

- a) Créditos de accionistas que não sejam depósitos;
- b) Depósitos de accionistas qualificados – com participação igual ou superior a 2% do capital social, nos termos da alínea e) do artigo 165.º do RGISCF e da alínea b) do n.º 2 do artigo 16.º do Código dos Valores Mobiliários⁸⁹;

88 Que muitas vezes recebem acções das instituições de crédito pelo simples facto de serem seus clientes.

89 Corresponde à participação mínima (através de acções ou outros instrumentos financeiros) a partir da qual o seu detentor fica obrigado a determinados deveres de informação, constantes normas legais e regulamentares (Código dos Valores Mobiliários e Regulamentos da CMVM) que disciplinam o funcionamento dos mercados financeiros, e que traduz a possibilidade, efectiva ou potencial, de exercer

- c) Parcela dos depósitos acima de 100.000 euros de accionistas não qualificados – com participação inferior a 2% do capital social.

Relativamente aos créditos que não forem depósitos parece-nos que não existe nenhuma razão de estabilidade financeira e nenhuma finalidade referente à aplicação de medidas de resolução que permita outra interpretação da norma constante na alínea a) do n.º 2 do artigo 145.º-H que não a interpretação literal. Ou seja, os créditos de accionistas que não forem depósitos não podem ser transferidos para um banco de transição.

No que concerne aos depósitos de accionistas qualificados, parece-nos que a natureza dos seus titulares e a sua especial ligação à instituição intervencionada afasta a necessidade de salvaguarda da confiança dos depositantes e da estabilidade financeira, pelo que a interpretação literal da norma também será perfeitamente ajustada e de acordo com o espírito do regime, não havendo fundamentamente para a interpretar diferentemente.

Finalmente, consideramos que o terceiro caso, relativo aos créditos correspondentes à parcela dos depósitos que excede 100.000 euros de accionistas não qualificados, é o de solução menos evidente. Em termos de natureza jurídica os depósitos não garantidos de accionistas não qualificados em nada diferem dos depósitos não garantidos de quaisquer outros titulares. De facto, no caso dos accionistas não qualificados, releva pouco a sua qualidade de accionista, uma vez que são pequenos accionistas sem influência na gestão da instituição intervencionada, sendo bem mais marcante a sua qualidade como depositantes⁹⁰. Assim, uma vez sustentada a posição de que o Banco de Portugal poderá tratar de forma diferente os depósitos não garantidos dos restantes créditos, protegendo a totalidade dos depósitos através da sua transferência para um banco de transição, parece-nos não existir justificação legal para distinguir os accionistas não qualificados dos restantes depositantes. Pelo que, uma vez justificada pelo Banco de Portugal, a necessidade de proteger a totalidade dos

influência na entidade à qual respeita. Propositadamente, não considerámos a noção de participação qualificada constante do § 7.º do artigo 13.º do RGICSF, que poderia parecer, numa primeira análise, mais adequada à análise interpretativa *sub judice*. No entanto, além de esta noção estar sobretudo consagrada para efeitos de supervisão, a percentagem (10%) não corresponde com a relevante para efeitos de exclusão da garantia do FGD (2%).

90 Com efeito, o detentor de apenas uma acção já é um “accionista” e não nos parece que seja a detenção dessa acção, principalmente no caso de instituições que estejam cotadas – nas quais é bastante frequente a participação de depositantes “comuns”, que justifique a proibição de transferência e a necessidade de lhe imputar perdas, para além das decorrentes da perda de valor da respectiva acção.

depósitos, para salvaguardar a estabilidade financeira e a confiança dos depositantes, nos parece que não deverá ser proibida a transferência dos depósitos de accionistas não qualificados.

Com efeito, parece-nos que é possível interpretar a norma *sub judice*, no sentido de ser permitida a transferência de depósitos de accionistas não qualificados, embora tal interpretação seja passível de opiniões diversas e não esteja isenta de dúvidas.

Deste modo, consideramos que a lei também poderia ser alterada de modo a eliminar quaisquer dúvidas interpretativas, ficando explícito que a proibição constante na alínea a) do n.º 2 do artigo 145.º-H não abrange os depósitos de accionistas cuja participação seja superior a 2% do capital social⁹¹.

Após a transferência do património seleccionado, o Banco de Portugal pode, a todo o tempo, transferir activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão da instituição de crédito intervencionada para o banco de transição, ou deste para esta⁹². Esta última possibilidade é concretizada pelo artigo 12.º do Aviso, em que se estabelece que o banco de transição, sempre que considere existirem fundadas razões, deve propor ao Banco de Portugal devolução de determinados activos, passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão à instituição de crédito objecto da medida de resolução, “*designadamente quando verifique que foram incorporados no banco de transição passivos ou outros elementos patrimoniais ou extrapatrimoniais que devam ser incluídos nas categorias prevista nos n.ºs 2 e 3 do artigo 145.º-H do RGICSF*” (que não poderiam legalmente ser transferidos para o banco de transição)⁹³.

O n.º 6 do artigo 145.º-H prescreve que, se tal for necessário para a criação e o desenvolvimento da actividade do banco de transição, o Banco de Portugal determinará o montante do apoio financeiro a conceder pelo Fundo de Resolução, “*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*”. Uma das situações comuns em que será necessário o apoio financeiro do Fundo de Resolução será aquela em que os activos são inferiores aos passivos a transferir, designadamente com a situação líquida da instituição intervencionada

91 A proposta de alteração será analisada no capítulo 5, sendo igualmente abordada, à semelhança do que se referiu na nota n.º 50, a Proposta de Lei 225-XII.

92 N.º 5 do artigo 145.º-H.

93 A transferência também pode ocorrer baseada no excesso de activos transferidos para o banco de transição, nomeadamente se foi adoptada uma postura conservadora no momento da sua selecção.

está deficitária, uma vez que segundo o n.º 8 do mesmo artigo, “o valor total dos passivos e elementos extrapatrimoniais a transferir para o banco de transição não deve exceder o valor total dos ativos transferidos da instituição de crédito originária, acrescido, sendo caso disso, dos fundos provenientes do Fundo de Resolução, do Fundo de Garantia de Depósitos ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo”⁹⁴.

Por outro lado, este apoio financeiro poderá ser concedido em momento posterior à transferência, se tal for necessário para assegurar o bom funcionamento do banco de transição. Deste modo, o Fundo de Resolução apoiará o banco de transição através da subscrição do capital social (cumprindo os rácios mínimos, suprimindo eventuais défices entre activos e passivos e realizando aumentos de capital) ou através de empréstimos (para suprir faltas de liquidez).

Pelo apoio financeiro concedido o Fundo de Resolução ficará com um crédito perante a instituição intervencionada no valor dos montantes disponibilizados⁹⁵, acrescido de uma remuneração a definir pelo Banco de Portugal, nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 13.º do Aviso⁹⁶. Este crédito beneficia dos mesmos privilégios creditórios que os créditos do FGD, previstos nos n.ºs 1 a 3 do artigo 166.º-A.

O legislador, para assegurar a eficácia da transferência e o início célere do funcionamento do banco de transição, estabeleceu⁹⁷ que deverá “*ser garantida a continuidade das operações relacionadas com os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão transferidos, devendo o banco de transição ser considerado, para todos os efeitos legais e contratuais, como sucessor nos direitos e obrigações transferidos da instituição de crédito originária*”. No fundo, esta operação é semelhante à operação de cisão regulada no CSC.

Outro requisito estabelecido pelo legislador a fim de assegurar a continuidade das operações foi o de consagrar deveres de conduta à instituição de crédito objecto da medida (e às sociedades do grupo e que lhe prestem serviços

94 Nos termos do n.º 7 desse artigo, “o Banco de Portugal pode convidar o Fundo de Garantia de Depósitos ou, no caso de medidas aplicáveis no âmbito do Sistema Integrado do Crédito Agrícola Mútuo, o Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo a cooperar no processo de transferência de depósitos garantidos para um banco de transição”. Este apoio tem como limite máximo o montante necessário para cobrir a diferença entre os depósitos garantidos que sejam transferidos para o banco de transição e o valor dos ativos transferidos, não podendo exceder o valor dos depósitos que seriam suscetíveis de reembolso pelo FGD no caso de se verificar uma situação de indisponibilidade de depósitos – artigo 167.º-A, n.º 1.

95 Artigo 153.-M, n.º 2.

96 A estipulação de uma remuneração é relevante para a observância das regras e orientações da União Europeia em matéria de auxílios de Estado, referida no n.º 3 do artigo 153.-M.

97 N.ºs 9 e 10 do artigo 145.º-H.

no âmbito da actividade transferida). Assim, deverão ser prestadas todas as informações solicitadas pelo banco de transição e facilitado a este o acesso aos sistemas de informação relacionados com a actividade transferida. Por outro lado, se o banco de transição considerar necessário para efeito do regular desenvolvimento da actividade transferida, deverá a instituição intervencionada continuar a prestar os serviços que forem solicitados pelo banco de transição no momento da sua constituição⁹⁸, mediante uma remuneração acordada entre as partes⁹⁹. Estes serviços poderão variar entre serviços informáticos a serviços de *front e back office*, através da utilização dos recursos técnicos e humanos¹⁰⁰ que não tenham sido transmitidos para o banco de transição.

4.3. Alienação do património do banco de transição e sua extinção

A alienação do património do banco de transição vai sendo realizada à medida que as condições de mercado a permitam. No processo de alienação participa, além do Banco de Portugal, o conselho de administração do banco de transição, através dos actos de disposição que caibam no âmbito dos seus poderes de gestão, tendo em conta as circunstâncias de mercado¹⁰¹. Dispõe o n.º 2 do artigo 18.º do Aviso que se consideram “*excluídos do âmbito dos poderes de gestão do conselho de administração os atos de alienação que:*

- a) *Incidam sobre mais de 5 % do valor do ativo inicial do banco de transição ou tenham por objeto valores patrimoniais de montante superior a vinte milhões de euros;*
- b) *Relativamente a um único adquirente, numa só transação, ou em transações sucessivas ocorridas ao longo do período de um ano, perfaçam a percentagem ou o valor referidos na alínea anterior”¹⁰².*

98 N.º 1 do artigo 14.º do Aviso. O n.º 3 do artigo prevê que o banco de transição possa alterar, tendo em conta a evolução da sua actividade, o âmbito e as condições dos serviços.

99 Note-se que, de acordo com o n.º 2 do artigo 14.º do Aviso, os serviços devem ser prestados independentemente da existência de acordo prévio quanto à remuneração.

100 Embora não desenvolvamos este tema, note-se que a transmissão dos trabalhadores estará dependente das actividades transmitidas para o banco de transição – serão automaticamente transmitidos os contratos dos trabalhadores (e só estes) que desempenhem as funções e actividades transmitidas para o banco de transição.

101 N.º 1 do artigo 145.º-I e n.º 1 do artigo 18.º do Aviso.

102 “São igualmente consideradas como único adquirente as entidades que se encontrem em relação de controlo, de domínio ou de grupo, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 13.º do RGICSF” – n.º 3 do artigo 18.º do Aviso.

Sem prejuízo do disposto *supra*, 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*¹⁰³, *convinda*¹⁰⁴, assegurando a transparência do processo, outras instituições autorizadas a desenvolver a atividade em causa a apresentarem propostas de aquisição”.

Na seleção e determinação da instituição adquirente (por sua iniciativa ou sob proposta do conselho de administração do banco de transição), o Banco de Portugal tem em consideração as finalidades previstas no artigo 145.º-A¹⁰⁵.

De acordo com o artigo 19.º do Aviso a alienação dos elementos patrimoniais do banco de transição pode ser realizada por qualquer das formas previstas na lei, nomeadamente através da:

- a) Alienação da totalidade dos ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão;
- b) Alienação de conjuntos homogéneos de créditos, selecionados em função da sua natureza e características;
- c) Alienação, isolada ou agrupada, de outros activos.

Podem ser também estabelecidas cláusulas de *put-back option* e acordo de *loss-sharing*.

Outras das formas admitidas de alienação do património é através da venda da totalidade do capital social do banco de transição a entidades que se encontrem habilitadas para o exercício de atividade bancária. Tais requisitos decorrem da impossibilidade de o Fundo de Resolução deter parcialmente o capital social do banco de transição e da singular natureza da autorização para o exercício da actividade bancária concedida aos bancos de transição que tem duração limitada e não é transmissível com a venda do capital social. Com efeito, com a alienação da totalidade do capital social do banco de transição a outra entidade, a sociedade transmitida perde a qualidade de banco de transição¹⁰⁶.

Não obstante, esta exigência não prejudica, porém, a alienação do capital social, sob condição suspensiva, ou na modalidade de contrato-promessa, a

103 Nos termos do n.º 3 do artigo 18.º do Aviso, compete ao conselho de administração do banco de transição informar o Banco de Portugal quanto à verificação destas condições.

104 Por sua iniciativa ou sob proposta do conselho de administração do banco de transição.

105 N.º 2 do artigo 145.º-I e n.ºs 5 e 6 do artigo do Aviso.

106 Nos termos do n.º 3 do Aviso.

entidades que tenham requerido ao Banco de Portugal a autorização para o exercício da atividade em causa (que ainda não sejam bancos).

Após o pagamento a todos os credores do banco de resolução com o produto da alienação, serão pagos proporcionalmente o Fundo de Resolução e (se aplicável) o FGD ou o Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo pelos montantes disponibilizados. O eventual remanescente será devolvido à instituição objecto da medida de resolução ou à sua massa insolvente, caso aquela tenha entrado em liquidação.

Nos termos do n.º 5 do artigo 145.º-I, após este processo o banco de transição é dissolvido pelo Banco de Portugal¹⁰⁷ ou, caso não seja possível alienar a totalidade dos elementos patrimoniais¹⁰⁸, o Banco de Portugal pode decidir que este entre em liquidação, seguindo-se os termos aplicáveis à liquidação extrajudicial de instituições de crédito.

5. PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO AO REGIME

Ao longo do presente trabalho temos vindo a enunciar vários pontos do regime que, em nosso entender, poderiam ser alterados de forma a torná-lo mais claro e coerente, conferindo-se, assim, uma maior margem de manobra à autoridade de resolução e eliminando-se eventuais questões interpretativas.

5.1. Explicitação do princípio “*no creditor worse off*”

Como já sobejamente desenvolvido a propósito do princípio orientador à aplicação de medidas de resolução¹⁰⁹, a interpretação que sufragamos da referida disposição legal, não obstante nos parecer conforme ao espírito do regime, não tem integral correspondência com o seu elemento literal, pelo que consideramos ser pertinente uma alteração ao artigo 145.º-B do RGICSF de modo a eliminar eventuais dúvidas interpretativas e a conferir certeza e segurança jurídica ao aplicador. Assim deverá ser consagrado inequivocamente o princípio do “*no creditor worse off*”.

Deste modo, poderá ser estipulado que o princípio orientador da aplicação de medidas de resolução estabelece que nenhum credor da instituição de crédito poderá assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria caso essa insti-

107 Quer seja através da alienação da totalidade dos elementos patrimoniais, quer seja através da alienação da totalidade do capital social.

108 Ou pelo decurso do prazo estabelecido no n.º 12 do artigo 145.º-G (5 anos).

109 Ponto 3.4.

tuição tivesse entrado em liquidação, com o objectivo de salvaguardar os legítimos interesses dos credores afectados pela aplicação de medidas de resolução.

Para cumprimento deste princípio será necessário apurar o que receberia cada credor comum num cenário de liquidação imediata da instituição de crédito intervencionada.

Consideramos que tal objectivo pode desde já atingir-se através do recurso ao disposto no n.º 6 do artigo 11.º (“*avaliação por entidade independente*”) do Aviso¹¹⁰ que dispõe “*para os efeitos exclusivos do disposto no artigo 145º-B, n.º 1, do RGICSF, a avaliação é complementada por uma estimativa do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de acordo com a ordem de prioridade estabelecida na lei, num cenário de liquidação da instituição originária, reportada ao momento da aplicação da medida de resolução*”¹¹¹.

No caso de, após a avaliação independente, se verificar que os credores cujos créditos não foram transferidos ficaram numa situação pior do que ficariam num cenário de liquidação, estes credores terão de ser compensados. Julgamos que a solução mais adequada é a de, aquando do encerramento da liquidação do banco de transição (ou alienação a outra instituição de todos os activos que tiverem sido determinados), se proceder à transferência do eventual saldo positivo da mesma (já depois de reembolsado o Fundo de Resolução, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 145.º-I) para a instituição intervencionada ou massa insolvente (se esta já tiver sido dissolvida), em cumprimento do n.º 4 do artigo 145.º-I. Se este valor for insuficiente, o Fundo de Resolução suportará o remanescente.

Em suma, é o Fundo de Resolução que poderá suportar o tratamento mais favorável concedido a determinadas categorias de credores. Esta solução poderá não ser pacífica uma vez que o Fundo é financiado pelas entidades participantes que verão as suas contribuições aumentadas por força dum maior dispêndio de recursos do Fundo de Resolução. Não obstante, julgamos que esta sobrecarga se poderá justificar uma vez que se baseia na protecção da confiança dos depositantes no sistema financeiro. Esta confiança beneficia as entidades participantes, funcionando as contribuições para o Fundo de Resolução como o pagamento de um prémio de seguro.

110 Não obstante ser preferível proceder-se a uma alteração ao n.º 4 do artigo 145.º-I com o mesmo conteúdo (e, bem assim, ao n.º 5 do artigo 145.º-F, referente à alienação da actividade a uma instituição autorizada a desenvolvê-la).

111 Em termos semelhantes à avaliação constante dos artigos 36.º, n.º 8, e 74.º da Directiva 2014/59/EU.

Esta solução encontra-se em linha com o defendido no memorando explicativo da versão inicial da Proposta de Directiva, que dispõe que “*nos casos em que os credores recebam menos, em termos económicos, do que receberiam se a instituição fosse liquidada ao abrigo dos procedimentos normais de insolvência, as autoridades deverão assegurar que recebam a diferença. Essa compensação, se houver lugar a tal, será paga pelo fundo de resolução. O princípio segundo o qual as perdas devem ser afetadas em primeiro lugar aos acionistas e depois aos credores, juntamente com a certeza de que serão adotadas medidas de resolução antes de se recorrer a qualquer apoio financeiro público extraordinário, será, em princípio, instrumental para garantir a eficácia do objetivo de minimização da exposição dos contribuintes às perdas*”¹¹².

O considerando 51 da Directiva 2014/59/EU estabelece que “*tendo em vista proteger o direito dos acionistas e credores, deverão ser definidas obrigações claras no que respeita à avaliação dos ativos e passivos da instituição objeto de resolução e, sempre que exigido nos termos da presente diretiva, à avaliação do tratamento que os acionistas e credores receberiam se a instituição tivesse sido liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência. Deverá ser possível iniciar uma avaliação logo na fase de intervenção precoce. Antes de serem adotadas quaisquer medidas de resolução, deverá ser realizada uma avaliação justa e realista dos ativos e passivos da instituição. Essa avaliação só deverá ser passível de recurso em conjunto com a própria decisão de resolução. Além disso, sempre que exigido nos termos da presente diretiva, deverá ser realizada, após a aplicação dos instrumentos de resolução, uma comparação ex post entre o tratamento efetivamente dado aos acionistas e credores e o tratamento que teriam recebido ao abrigo dos processos normais de insolvência. Se se determinar que os acionistas e credores receberam, em pagamento ou em indemnização pelos seus créditos, um valor inferior ao que teriam recebido ao abrigo dos processos normais de insolvência, deverão ter direito a receber a diferença, sempre que exigido nos termos da presente diretiva. Ao contrário do que acontece quanto à avaliação prévia à aplicação das medidas de resolução, esta comparação deverá ser passível de recurso judicial separadamente da decisão de resolução. Os Estados-Membros terão liberdade para decidir sobre o procedimento pelo qual pagarão qualquer diferença que venha a ser determinada aos acionistas e credores. Essa diferença, se existir, deverá ser paga através dos mecanismos financeiros estabelecidos em conformidade com a presente diretiva*”.

112 Ponto 4.4.8.

Neste sentido, o artigo 73.º da Directiva 2014/59/EU estatui que “os *Estados-Membros asseguram que, caso tenham sido aplicados um ou mais instrumentos de resolução e, em especial, para efeitos do artigo 75.º:*

- a) *Exceto no caso de ser aplicável a alínea b), caso as autoridades de resolução transfiram apenas parte dos direitos, ativos e passivos da instituição objeto de resolução, os acionistas e os credores cujos créditos não tenham sido transferidos recebam, para satisfação dos seus créditos, pelo menos o mesmo valor que teriam recebido se a instituição objeto de resolução tivesse sido liquidada ao abrigo de processos normais de insolvência aquando da tomada da decisão a que se refere o artigo 82.º;*
- b) *Se as autoridades de resolução aplicarem o instrumento de recapitalização interna, os acionistas e os credores cujos créditos tenham sido objeto de redução ou de conversão em capitais próprios não sofram perdas superiores às que teriam sofrido se a instituição objeto de resolução tivesse sido liquidada ao abrigo de processos normais de insolvência aquando da tomada da decisão a que se refere o artigo 82.º”.*

O artigo 75.º estabelece que a diferença entre o que os credores receberam e o que receberiam num processo de insolvência deve ser-lhes pago pelos mecanismos de financiamento da resolução escolhido pelos Estados-Membros (estes mecanismos correspondem, no regime português, ao Fundo de Resolução).

Assim, sustentamos que o n.º 1 do artigo 145.º-B poderia ser subdividido, estabelecendo os seguintes “subprincípios” que devem ser assegurados na aplicação das medidas de resolução:

- Os accionistas da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa;
- Os credores da instituição de crédito assumem de seguida, e em condições equitativas, os restantes prejuízos da instituição em causa, de acordo com a hierarquia de prioridade das várias classes de credores e tendo em conta as finalidades das medidas de resolução indicadas no artigo 145.º-A;
- Nenhum credor da instituição de crédito poderá assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria caso essa instituição tivesse entrado num processo de liquidação.

Acresce ainda que, da nossa perspectiva, se poderia aditar um n.º 3 a este artigo no sentido de contemplar o que se encontra vertido no n.º 6 do artigo 11.º

do Aviso, que estabelecesse que caso se verificasse, no encerramento da liquidação da instituição de crédito objecto da medida de resolução, que os credores dessa instituição cujos créditos não tenham sido transferidos para um banco de transição¹¹³ receberam menos do que o montante estimado que deveriam recuperar caso a instituição tivesse entrado em processo de liquidação, em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução, nos termos da avaliação prevista nos artigos 145.º-F e 145.º-H¹¹⁴, terão os credores direito a receber essa diferença do Fundo de Resolução.

A este propósito a Proposta de Lei 225-XII *supra* referida¹¹⁵ parece vir ao encontro da perspectiva aqui sustentada, no sentido de explicitar a existência do princípio “*no creditor worse off*”, alterando o artigo 145.º-B. Com efeito, o texto proposto é o seguinte:

“Artigo 145.º-B

[...]

1 – Na aplicação de medidas de resolução, tendo em conta as finalidades das medidas de resolução estabelecidas no artigo anterior, procura assegurar-se que:

a) Os acionistas da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa;

b) Os credores da instituição de crédito assumem de seguida, e em condições equitativas, os restantes prejuízos da instituição em causa, de acordo com a hierarquia de prioridade das várias classes de credores;

c) Nenhum credor da instituição de crédito pode assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação.

2 – [...].

3 – Caso se verifique, no encerramento da liquidação da instituição de crédito objeto da medida de resolução, que os credores dessa instituição cujos créditos não tenham sido transferidos para outra instituição de crédito ou para um banco de transição, assumiram um prejuízo superior do que o montante estimado, nos termos da avaliação prevista no n.º 6 do artigo 145.º-F e no n.º 4 do artigo 145.º-H,

113 Ou para outra instituição de crédito.

114 Que poderiam ser alterados consagrando igualmente a obrigatoriedade de se proceder a uma estimativa do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de acordo com a ordem de prioridade, num cenário de liquidação da instituição de crédito originária em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução.

115 Apresentada após a elaboração do trabalho que deu origem a este artigo (foi publicada, no *site* da Assembleia da República, em 15 de Maio de 2014).

que assumiriam caso a instituição tivesse entrado em processo de liquidação em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução, têm os credores direito a receber essa diferença do Fundo de Resolução.”

Do mesmo modo, a Proposta de Lei 225-XII procede também à alteração n.º 6 do artigo 145.º-F e no n.º 4 do artigo 145.º-H, que prevêm, conjuntamente com a avaliação do património da instituição objecto da medida, a existência de uma “*estimativa do nível de recuperação dos créditos de cada classe de credores, de acordo com a ordem de prioridade estabelecida na lei, num cenário de liquidação da instituição de crédito originária em momento imediatamente anterior ao da aplicação da medida de resolução*”.

Nestes termos, consideramos que a alteração introduzida pela Proposta de Lei 225-XII é pertinente e susceptível de resolver as questões interpretativas *sub judice*.

5.2. Explicitação de que a proibição de transferência de obrigações para o banco de transição não abrange os depósitos de accionistas não qualificados

Para tornar ainda mais explícito o âmbito da norma constante da alínea a) do n.º 2 do artigo 145.º-H e do seu aparente conflito com o disposto nas normas respeitantes aos depósitos garantidos pelo FGD¹¹⁶, nomeadamente as que constam da alínea e) do artigo 165.º e do n.º 2 do artigo 145.º-B, e com a necessidade de se poder proteger a totalidade dos depositantes, consideramos que a lei poderia ser alterada de modo a que passasse a ser inequívoco que a proibição de transferência estabelecida na primeira norma não abrange os depósitos de accionistas cuja participação seja inferior a 2% do capital social da instituição intervencionada.

Tal alteração poderia ser promovida, por exemplo, mediante a introdução de um novo número sequencial ao n.º 2 do artigo 145.º-I, estipulando neste contexto, que *não se consideram abrangidos pela alínea a) do n.º anterior os depósitos de accionistas cuja participação seja inferior a 2% do capital social da instituição de crédito originária*.

Também nesta sede a Proposta de Lei 225-XII¹¹⁷, ao alterar a alínea a) do n.º 2 do artigo 145.º-H, parece eliminar as dificuldades aqui levantadas. A nova

116 Cfr. ponto 4.2.

117 Apresentada após a elaboração do trabalho que deu origem a este artigo.

redacção da norma estabelece que não podem ser transferidos os créditos, sobre a instituição, de que são titulares “os respetivos acionistas, cuja participação no momento da transferência seja igual ou superior a 2% do capital social, as pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores à transferência tenham tido participação igual ou superior a 2% do capital social, *os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização, os revisores oficiais de contas ou sociedades de revisores oficiais de contas ou as pessoas com estatuto semelhante noutras empresas que se encontrem em relação de domínio ou de grupo com a instituição*”¹¹⁸.

A redacção ora proposta limita-se a excluir do âmbito da norma as pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores à aplicação da medida de resolução *nunca* tiveram uma participação qualificada, evitando assim que detentores de participações não qualificadas à altura da aplicação da medida, mas que as tenham detido antes, possam ver o seu crédito transferido. Esta redacção parece-nos, neste ponto concreto, mais adequada do que aquela que propusemos.

6. CONCLUSÃO

No presente trabalho procurámos apresentar o regime que regula a constituição e funcionamento de bancos de transição em Portugal, que constitui uma das medidas de resolução que se encontra ao dispor do Banco de Portugal para fazer face a situações de instituições de crédito em dificuldades, na veste de autoridade de resolução.

Tais medidas foram introduzidas no ordenamento jurídico português em consequência da crise económica e financeira que vem perdurando desde 2007 e que tem a crise bancária como uma das suas principais consequências e causas. A introdução de mecanismos que permitam solucionar eficazmente crises no sistema financeiro sem recurso ao *bail-out* e ao dinheiro dos contribuintes implica a imputação de perdas aos accionistas e aos credores e permite reduzir o *moral hazard*, razão pela qual estes têm vindo a ser implementados de forma progressiva um pouco por todo o mundo, tendo sido, no quadro da união bancária, recentemente publicada a Directiva 2014/59/EU, de 15 de Maio, e estando para breve a publicação de um regulamento que estabelecerá o Mecanismo Único de Resolução.

O Estado português, tendo em conta a ineficiência dos mecanismos disponíveis para solucionar eficaz e atempadamente os recentes casos de bancos em dificuldades e em cumprimento do memorando celebrado com a Troika,

118 Ênfase nosso.

introduziu em 2012 no RGICSF um conjunto de medidas de resolução, aplicáveis principalmente a instituições de crédito, que permitam salvaguardar as funções que são consideradas fulcrais para a actividade económica e para a vida em sociedade – os depósitos, os sistemas de pagamentos e a concessão de crédito¹¹⁹.

Estas medidas têm como finalidades assegurar os serviços financeiros essenciais, acautelar o risco sistémico, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e a confiança dos depositantes. A aplicação das medidas de resolução depende da análise da situação financeira das instituições, nomeadamente dos seus rácios prudenciais e da capacidade de cumprir as respectivas obrigações.

O Banco de Portugal, ao aplicar as medidas de resolução, deve procurar que os accionistas e credores da instituição acarretem com os prejuízos, de acordo com a respectiva classe e tendo em conta as suas finalidades. O Banco de Portugal deve assegurar a observação do princípio “*no creditor worse off*”, certificando que os credores não ficam em pior situação do que se tivesse ocorrido uma liquidação imediata da instituição em causa. As medidas de resolução actualmente ao dispor do Banco de Portugal são i) a alienação total ou parcial da actividade da instituição objecto da medida para uma ou mais instituições de crédito e ii) a transferência total ou parcial da actividade para um banco de transição que é constituído especialmente para o efeito.

É relativamente aos bancos de transição que incide principalmente este nosso estudo.

Os bancos de transição são instituições de crédito, constituídos por deliberação do Banco de Portugal com a duração máxima de cinco anos, cujo capital social é totalmente detido pelo Fundo de Resolução. Estão automaticamente autorizados a exercer as actividades reservadas às instituições de crédito e não estão sujeitos a qualquer processo de autorização. Os bancos de transição têm como objecto a gestão dos elementos patrimoniais transferidos com vista à sua futura alienação, para pagamento aos seus credores e reembolso ao fundo de resolução. Tal enquadramento jurídico permite evitar a assunção de elevadas perdas para a instituição objecto da medida e a alienação de activos apressadamente e com grandes descontos, como acontece na liquidação de sociedades.

119 Como referido *supra* está para ser publicada brevemente a Lei de Autorização Legislativa (bem como o Decreto-Lei correspondente) referente à Proposta de Lei 225-XII que, entre outras alterações, visa alterar o regime da resolução.

A gestão diária do banco de transição, que deve assegurar a manutenção de baixos níveis de risco, é realizada pelo seu conselho de administração, que está vinculado às orientações e recomendações do Banco de Portugal e à sua intervenção em determinadas alienações, o que se entende pela especial natureza do banco de transição e pela necessidade de salvaguardar a confiança e solidez do sistema financeiro.

A selecção do património a transferir é realizada pelo Banco de Portugal, atentas as finalidades, o princípio orientador e as proibições quanto à transferência de determinados passivos, produzindo esta transferência efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário e do prévio consentimento dos accionistas e das contrapartes nos contratos relacionados com os elementos a transferir. Os elementos transferidos devem ser avaliados por entidade independente para efeitos da determinação do seu valor. Posteriormente à constituição podem ser transferidos outros elementos patrimoniais ou haver reversões, e até injeções de liquidez e capital por parte do fundo de resolução, que ficará com um crédito privilegiado sobre a instituição intervencionada pela totalidade do montante disponibilizado.

Para assegurar a continuidade das operações relacionadas com os elementos transferidos é estabelecida e regulada a cooperação entre a instituição objecto da medida de resolução e o banco de transição. Atingidos os objectivos da aplicação da medida e após o processo de alienação, o banco de transição é dissolvido pelo Banco de Portugal.

Finalmente, a fim de eliminar eventuais questões interpretativas e conferir uma maior margem de manobra à autoridade de resolução, propõem-se algumas alterações ao regime, nomeadamente quanto à explicitação do princípio “*no creditor worse off*”.

BIBLIOGRAFIA

DUARTE SILVA, Mariana

2012 “Os novos regimes de intervenção e liquidação aplicáveis às instituições de crédito”, in Paulo Câmara, & Manuel Magalhães (ed.), *O novo Direito Bancário*, Coimbra: Almedina, pp. 415-428.

FREITAS, João

2014 “Um mecanismo de resolução para a União bancária: fundamentos e configuração”, in *Relatório de Estabilidade Financeira do Banco de Portugal*, Maio 2014, pp. 81-113, disponível em: https://www.bportugal.pt/pt-PT/EstabilidadeFinanceira/Publicacoes/RelatoriodeEstabilidadeFinanceira/Publicacoes/Relatorio%20de%20Estabilidade%20Financeira_mai%202014.pdf.

MÁXIMO DOS SANTOS, Luís

2012 “O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: aspetos fundamentais”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, número 9, Janeiro-Março.

COMISSÃO EUROPEIA

2010 *Communication on an EU framework for crisis management in the financial sector*, COM(2010) 579 final, disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm.

2011 *Consultation on technical details of a possible EU framework for bank recovery and resolution*, disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm.

2012a *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council (COM(2012) 280/3) establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directives 77/91/EEC and 82/891/EC, Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC and 2011/35/EC and Regulation (EU) N.º 1093/2010*, disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm

2012b *New crisis management measures to avoid future bank bail-outs*, disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/crisis_management/index_en.htm.

2013 *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um mecanismo único de resolução e de um fundo único de resolução bancária e que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0520&from=PT>.