

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais



FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE LISBOA

A RESOLUÇÃO BANCÁRIA

Bárbara Gomes Machado

Lisboa

2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE LISBOA

A RESOLUÇÃO BANCÁRIA

Dissertação de Mestrado elaborada pela mestranda Bárbara Gomes Machado, e submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito para a obtenção do título de Mestre no Curso de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais, sob a orientação do Professor Doutor Manuel Januário da Costa Gomes.

Lisboa

2018

“O meu mundo não é como o dos outros, quero demais, exijo demais; há em mim uma sede de infinito, uma angústia constante que eu nem mesma compreendo, pois estou longe de ser uma pessimista; sou antes uma exaltada, com uma alma intensa (...)”

Florbela Espanca

À minha Mãe,

Agradecimentos

Poucas pessoas me conhecem verdadeiramente. Apesar disso, é impossível conhecerem um pouco que seja de mim sem, também, conhecerem o meu amor pelo Direito. Esse amor, que muitos acharão exagerado, moveu-me até ao dia de hoje.

Hoje sei que, sem esse amor pelo Direito, nunca teria conseguido terminar esta dissertação que sempre desejei escrever.

Num tempo difícil de reencontro com o meu Eu, foi esse amor aliado ao amor dos meus pais, da minha avó e do meu namorado que não me fizeram desistir, quando esse seria o caminho mais fácil. Hoje, graças ao este amor, sei que para vencer basta tê-los do meu lado, mesmo quando isso não seja fisicamente possível.

Para a minha *Mãe*, o espelho do meu coração, mil obrigados seriam insuficientes para lhe agradecer tudo o que fez por mim durante este longo caminho, mesmo longe de mim. Bem sei que foram muitas as lágrimas que derramou por sentir-me sem forças para reerguer. Bem sei, também, que todas as minhas lágrimas foram suas. Sem o seu exemplo de força, de coragem, de luta constante, com toda a certeza, hoje não estaria a concretizar mais um sonho.

Para o meu *Pai*, que durante muito tempo achei que não tivesse lugar nesta página, o meu mais sincero obrigado. Agradeço-lhe por me mostrar que as pessoas podem mudar, por me dar a conhecer o perdão e, sobretudo, por me fazer perceber que, para tudo, nunca é tarde demais. Não foi tarde demais para nós!

Para a minha *Avó*, o espelho da minha razão, o meu muito obrigada. Agradeço-lhe por toda a sabedoria de vida, por toda a verdade e, sem esquecer, por todo o orgulho que sei que sente por mim. Não é preciso demonstrá-lo em palavras, quando ele está refletido nos seus lindos olhos castanhos.

Para o *Afonso*, o meu companheiro de vida, o meu equilíbrio, obrigada pela paciência, pela preocupação constante e, sobretudo, pelo amor verdadeiro e tão genuíno.

Ao meu orientador, o *Professor Doutor Januário da Costa Gomes*, o meu profundo agradecimento pelo tempo dispensado e pela preciosa partilha de conhecimentos.

Ao Júnior, à Daniela, à Raquel, à Teresa, ao Oswaldo e aos meus restantes verdadeiros amigos que souberam respeitar esta fase mais introspectiva e nunca deixaram de ter uma palavra de força, obrigada.

Para todos vocês, as palavras serão sempre poucas,
Com todo o meu coração, o meu muito obrigada!

Resumo

O despoletar da crise económica mundial e, sobretudo, financeira, foi uma das grandes causas para instituições de crédito entrarem em graves dificuldades de solidez financeira.

Até aí, as crises nas instituições de crédito eram tratadas de uma forma, que apesar de discutida, se demonstrava fácil. Assim, para se evitar a insolvência de uma instituição de crédito, na maior parte dos casos, ou eram criadas fusões entre diferentes instituições de crédito ou eram usados fundos públicos para o seu resgate que resultava num ônus demasiado avultado para os contribuintes. Face a este cenário, a estabilidade económica e financeira gritava por mudanças consideráveis.

Em Portugal, depois da mancha financeira deixada pelo caso BPN, o Memorando de Políticas Económicas e Financeiras assinado em 17 de maio de 2011 entre o Governo Português e a *Troika* foi o mote para a grande revisão de 2012 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. Tendo como fins, entre outros, a preservação da estabilidade do sector financeiro, o reforço da regulação e supervisão bancária, o Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro veio prever, originalmente as medidas de resolução.

A nível europeu, no âmbito da implementação da União Bancária e do Mecanismo Único de Resolução (o 2º pilar da União Bancária), a Diretiva 2014/59/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, veio estabelecer um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento. Este diploma, transposto pelo Decreto-Lei n.º 23-A/2015 para o ordenamento jurídico português veio, sobretudo, alargar o leque de medidas de resolução a aplicar.

Esta, ainda recente, evolução legislativa, contrariamente à ideia que havia no sentido de ser o Estado responsável pelo resgate das instituições de crédito, tem por base finalidades claras. Com a previsão das medidas de resolução, e tendo em conta o papel fulcral das instituições de crédito não só na estabilidade financeira, como também na vida da sociedade, visou-se, sobretudo, salvaguardar os contribuintes e os depositantes evitando-se que a perda de confiança – característica principal numa relação entre instituição de crédito e cliente – fosse quebrada ao ponto de se gerar o risco sistémico.

Mas, se de um lado temos como finalidade a salvaguarda dos contribuintes e dos depositantes, por outro lado, alguém terá de responder pelos prejuízos da instituição de crédito em crise. Nesse seguimento, são os acionistas que deverão responder prioritariamente pelos prejuízos, sendo este um dos principais princípios orientadores da aplicação das medidas de resolução e objeto de maior controvérsia.

Palavras-chave: crise financeira; resolução bancária; medidas de resolução; instituição de transição; acionistas; credores; depositantes.

Abstract

The world economic crisis and, above all, financial crisis was one of the great causes for credit institutions to enter serious difficulties of financial solidity. Until then, crises in credit institutions were treated in a way that, although discussed, proved easy. Thus, in order to avoid insolvency of a credit institution, in most cases, mergers were created between different credit institutions or public funds were used for paying their damages. With this scenario, economic and financial stability and, above all, the safeguarding of taxpayers required considerable changes.

In Portugal, after the BPN case, the Memorandum of Economic and Financial Policies signed on May 17, 2011 between the Portuguese Government and the Troika was the motto for the great revision of 2012 of the General Regime of Credit Institutions and Financial Companies. In order to preserve the stability of the financial sector, strengthen banking regulation and supervision, Decree-Law no. 31-A / 2012, of February 10, originally provided for resolution actions.

At European level, in the framework of the implementation of the Banking Union and the Single Resolution Mechanism (the 2nd pillar of the Banking Union), Directive 2014/59 / EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 established a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms. This decree-law, transposed by Decree-Law no. 23-A / 2015 for the Portuguese legal system, has mainly extended the range of resolution actions to be applied.

This recent legislative development, contrary to the idea of being the State responsible for credit institutions, is based on clear purposes. In view of the resolution action, and given the central role of credit institutions not only in financial stability but also in the life of society, the main aim was to safeguard taxpayers and depositors by avoiding that the loss of confidence- a key feature in a relationship between a credit institution and a customer - and the propagation of systemic risk.

But if on one hand we have the purpose of safeguarding taxpayers and depositors, on the other hand, someone will have to answer for the losses of the credit institution in crisis. In this regard, it is the shareholders who must respond primarily to the losses, which is one of the main principles for the application of resolution action.

Keywords: financial crisis; bank resolution; resolution actions; bridge-bank; shareholders; creditors; depositors.

Siglas e abreviaturas

al./als. - alínea, alíneas

art.º/art.ºs - artigo, artigos

BdP - Banco de Portugal

BES - Banco Espírito Santo

BPN – Banco Português de Negócios

BRRD - Bank Recovery and Resolution Directive

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

cf. - conforme

CIRE - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CRP - Constituição da República Portuguesa

CSC - Código das Sociedades Comerciais

DL - Decreto-Lei

DLG - Direitos Liberdade e Garantias

Ed.^a - Edição

FGD - Fundo de Garantia de Depósitos

in - em

n.º/n.ºs - número, números

ob.cit. - obra citada

p./pp. - página, páginas

RGIC - Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

ss. - seguintes

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TJUE - Tribunal Judicial da União Europeia

UE/EU - União Europeia/*European Union*

Vol. - Volume

Índice

Introdução	13
I. Resolução Bancária	14
1. Contextualização	14
2. Intervenção Corretiva, Administração Provisória e Resolução: a relação de não precedência	17
3. Resolução	18
3.1. Finalidades	18
3.2. Requisitos	21
3.3. Princípios.....	26
4. Medidas de Resolução	28
4.1. Alienação parcial ou total da atividade	29
4.2. Segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos.....	30
4.3. Recapitalização interna	33
5. Fundo de Resolução	36
6. Fundo de Garantia de Depósitos.....	39
7. Mecanismo único de resolução	42
II. Transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição	46
1. Natureza e Objetivos	46
2. Seleção da atividade a transferir para a instituição de transição	52
2.1. Créditos excluídos da transmissão para a instituição de transição.....	54
2.1.1. O regime anterior às alterações do DL n.º 23-A/2015.....	55
2.1.2. Regime introduzido pelo DL n.º 23-A/2015	57
3. A possibilidade de transferência da totalidade dos depósitos.....	61
4. Montante global da transmissão	68
5. Alienação da atividade da instituição de transição	69
6. Extinção da instituição de transição	72
7. Afetação do produto da alienação da atividade da instituição de transição	74
III. A constitucionalidade da aplicação da medida de resolução da transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição	77
1. Notas introdutórias	77
2. A inconstitucionalidade por violação do Direito de Propriedade Privada.....	79
2.1. Das dimensões à não garantia absoluta do Direito de Propriedade	80

2.2. O núcleo do Direito de Propriedade Privada com regime análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias	83
2.3. A tutela constitucional do acionista prevista no art.º 62.º da CRP	86
2.3.1. A prioridade de absorção de perdas pelos acionistas e o <i>status socii</i>	87
2.3.2. A proteção dos acionistas com participações inferiores a 2% do capital social.....	88
2.4. A exclusão da transferência para a instituição de transição dos créditos subordinados.....	90
2.5. Conclusões	91
3. A inconstitucionalidade por violação do Princípio da Igualdade	96
3.1. Da não previsão de um mecanismo de compensação para os acionistas	96
3.2. Dos sacrifícios especiais impostos aos titulares de ações e obrigações subordinadas.....	97
3.3. Do tratamento em paridade com outros sujeitos potencialmente responsáveis pela situação desencadeadora do mecanismo de resolução	98
3.4. Do tratamento diferenciado dos acionistas com participações iguais ou superiores a 2% do capital social com os acionistas com percentagens inferiores	100
4. A inconstitucionalidade por violação do Princípio da Proporcionalidade	101
4.1. A possibilidade de recapitalização privada, da liquidação ou da intervenção corretiva e administração provisória	101
4.1.1. Recapitalização privada.....	102
4.1.2. Liquidação	102
4.1.3. Intervenção corretiva e administração provisória.....	103
4.2. A possibilidade de aplicação da recapitalização pública	104
4.3. Conclusões	105
Conclusão	108
Bibliografia.....	109
1. Referências bibliográficas	109
2. Referências jurisprudenciais.....	111
3. Outras referências	112

Introdução

Com a elaboração desta dissertação visa-se refletir sobre as principais questões que resultam da aplicação das medidas de resolução, principalmente, da medida de transferência da atividade para uma instituição de transição. Depois desta última ter sido a medida aplicada ao caso do Banco Espírito Santo e de ter levantado tantas dúvidas, decidimos focar-nos nas que, no nosso entendimento, pela sua relevância jurídica fazem mais sentido serem estudadas.

Assim, iniciamos o 1º Capítulo com um enquadramento do tema da Resolução onde analisamos as suas finalidades, requisitos e princípios orientadores. Também neste capítulo abordamos, não exaustivamente, cada uma das medidas de resolução e os fundos atinentes à sua aplicação. No fundo, o 1º Capítulo funcionará com uma base essencial ao entendimento e reflexão dos capítulos seguintes.

Por sua vez, no 2º Capítulo analisamos, com maior pormenor relativamente às outras medidas de resolução, a medida da transferência da atividade para uma instituição de transição. É através desta análise que vamos chegar àquela que é a questão transversal da dissertação: a *seleção da atividade a transferir para a instituição de transição*. Além de refletirmos sobre as *razões subjacentes à impossibilidade de transferência* de alguns créditos, propomos a *possibilidade de proteção do valor total dos depósitos*.

Tendo em conta a *seleção da atividade a transferir para a instituição de transição* e alguns dos *principais argumentos a favor da inconstitucionalidade das medidas de resolução*, nomeadamente, da transferência da atividade para uma instituição de transição, o 3º Capítulo termina com a análise da suposta violação dos Princípios Constitucionais da Propriedade Privada, Igualdade e Proporcionalidade gerada pela aplicação da dessa medida.

Em suma, através de uma análise e reflexão teóricas, procuramos, não só dar a conhecer o regime da Resolução Bancária nos termos em que atualmente é aplicado como, também, dar respostas sobre as principais questões que se levantam com a aplicação do mesmo.

A título de advertência, referimos que o texto que se segue tem em conta as novidades introduzidas até à publicação da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, inclusive, e que a sua escrita é conforme ao Novo Acordo Ortográfico.

I. Resolução Bancária

1. Contextualização

No segundo pós-guerra as hipóteses de insolvência de bancos eram remotas, uma vez que os bancos centrais intervinham criando as fusões comerciais necessárias para evitar maiores danos. A partir de 2007, com a crise financeira, o sector bancário vê-se bastante afetado e abre-se um novo panorama: passaram a estar em risco de insolver não só os pequenos bancos, mas também os grandes bancos.

A **essencialidade** do sistema bancário para o funcionamento da economia e para a promoção do bem-estar dos cidadãos levou a crer que as instituições de crédito eram “*too big too fail*”¹. Sendo demasiado grandes para falir, caberia ao Estado a responsabilidade de não deixar uma instituição de crédito colapsar mesmo que, para isso, os custos do resgate fossem suportados pelos contribuintes, através da injeção de capital público e da emissão de garantias pelo Estado relativamente a instrumentos de dívida emitidos pelas mesmas².

Uma vez criada a ideia de que em nenhuma condição o Estado deixaria a instituição de crédito afundar-se, originou-se o *risco moral*³ por parte das instituições de crédito e dos seus financiadores que, por esse mesmo facto, estariam tentados a assumir comportamentos mais arriscados.

Desta forma, para a **restauração da estabilidade financeira** e sobretudo para o **restabelecimento da confiança no sistema financeiro**, gritava-se pela necessidade dos Estados e das organizações supranacionais e internacionais tomarem medidas urgentes, sendo uma delas a criação de um regime de resolução das instituições de crédito que permitisse, nomeadamente, a **desoneração do erário público**⁴ relativamente ao suporte dos prejuízos.

¹ Demasiados grandes para falirem.

² Operações genericamente conhecidas como *bail-out*.

³ Cf. LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução de instituição de crédito”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano V, n. °18 (abr.-jun. 2014), Coimbra, Almedina, p.151.

⁴ Cf. MAGALHÃES, Manuel, “A evolução do direito prudencial bancário no pós crise: Basileia III e CRD IV”, in *O novo direito bancário*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 285 e ss. refere-se à necessidade de se evitar que o bancos sejam resgatados por capitais públicos uma vez que “*não podem continuar a viver num horizonte referencial em que os lucros são privados e os prejuízos são públicos*”.

Portugal não foi exceção e em resultado da imposição do Memorando de Entendimento ao Estado Português, em 2011⁵, o DL n.º 31-A/2012 de 10 de fevereiro que alterou o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (doravante RGIC⁶) veio prever, originalmente, as Medidas de Resolução Bancária.

O Memorando de Políticas Económicas e Financeiras assinado em 17 de maio de 2011 entre o Governo Português e a *Troika*⁷, no seu Ponto 2 relativo à “*Regulação e supervisão do sector financeiro*” estabeleceu como objetivos, entre outros, a preservação da estabilidade do sector financeiro, o reforço da regulação e supervisão bancária e do enquadramento legal da reestruturação, saneamento e liquidação das instituições de crédito.

Nos seus subpontos 2.13 e 2.14 referentes ao “*Enquadramento Legal da Reestruturação, Saneamento e Liquidação das Instituições de Crédito*” estabeleceu-se:

“2.13. As autoridades alterarão a legislação sobre instituições de crédito em consulta com a CE, o BCE e o FMI até ao final de novembro de 2011 para, entre outras, impor obrigações de reporte prévio baseadas em requisitos e penalizações claras. O BdP⁸ será autorizado a aplicar medidas corretivas para promover a implementação de um plano de recuperação (sublinhado nosso). As instituições de crédito com riscos sistémicos terão de preparar planos de contingência de reestruturação, saneamento e liquidação sujeitos a revisão periódica.”

“2.14. As alterações introduzirão um regime de reestruturação e saneamento das instituições de crédito em dificuldades que lhes permita, sob controlo oficial, manter o exercício da atividade, para promover a estabilidade financeira e a proteção dos

⁵ O idioma da versão original do Memorando é o inglês porém, no *site* do Governo Português disponibiliza-se online a tradução em português do Memorando original assinado em Maio de 2011 e das Revisões Regulares do Programa de Assistência Económica e Financeira, compreendidas entre Setembro de 2011 e Abril de 2014, cf. https://www.portugal.gov.pt/media/459270/mou_pt_20111209.pdf. Relativamente às Revisões destacamos a Primeira Revisão Regular do Programa de Assistência Económica e Financeira, onde se acrescentou a obrigação da “*criação de um fundo de resolução destinado a reforçar a proteção dos depositantes e a financiar o saneamento das instituições de crédito.*” Sobre as sucessivas Revisões do Programa de Assistência Económica e Financeira, QUELHAS, José, “Especificidades e vicissitudes do mecanismos de resolução bancária em Portugal: do Memorando de Entendimento de 2011 à Diretiva 2014/59/EU e ao Regulamento (UE) n.º 806/2014”, in *Estudos em Homenagem de António Avelãs Nunes*, Boletim de Ciências Económicas, LVII, III, 2014, p.2770 e ss.

⁶ Dada a frequência de remissão de artigos para o RGIC (uma vez que é o diploma base do tema desta dissertação), considera-se que à falta de identificação da fonte o artigo é do RGIC.

⁷ Constituída pela Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional.

⁸ Sigla para Banco de Portugal.

depositantes (sublinhado nosso). O regime estabelecerá requisitos claros para a sua aplicação e os instrumentos de reestruturação ao dispor das autoridades deverão incluir a recapitalização sem direitos de preferência dos acionistas, de acordo com o enquadramento europeu relevante, a transferência de ativos e passivos para outras instituições de crédito e um *bridge-bank*⁹.”

Já antes da previsão original das Medidas de Resolução introduzida pelo DL n.º 31-A/2012 de 10 de fevereiro, o RGIC previa no seu art.º 116.º-C *medidas corretivas*, no art.º 141.º *providências extraordinárias de saneamento*, no art.º 143.º *designação de administradores provisórios*, no art.º 144.º *designação de comissão de fiscalização* entre outras providências elencadas no art.º 145.º.

Apesar disso e como refere o Preâmbulo do DL n.º 31-A/2012 de 10 de fevereiro, “*constatou-se que os mecanismos existentes não permitem a adoção de medidas conducentes à recuperação financeira da instituição em causa, evitando-se dessa forma o risco de contágio a outras instituições*”.

A crise financeira internacional e os seus efeitos no sector bancário revelaram, na verdade, que os mecanismos já previstos eram insuficientes para resgatar os bancos em dificuldades e para travar o risco de contágio sendo que, para isso, haveria “*a necessidade de conferir às autoridades de supervisão um alargado conjunto de poderes que privilegiem tipos de intervenção precoce, essencialmente de carácter preventivo*”

Por outro lado, era necessário “*implementar mecanismos que permitam, em situação de grave desequilíbrio financeiro, recuperar a instituição de crédito ou preparar a sua liquidação ordenada, de modo a salvaguardar o interesse essencial da estabilidade financeira*”.

A conjuntura internacional conjugada com uma grande instabilidade financeira e económica em Portugal (que, outrora, teria ficado em alerta vermelho com o caso BPN) fez com que o legislador tivesse a necessidade de intervir criando medidas que, por um lado, permitissem uma correção atempada da instituição de crédito em dificuldades e, por outro lado, quando tal já não fosse viável, medidas que permitissem uma liquidação ordenada da instituição de crédito em causa.

⁹ Em português, “banco-ponte”.

Na base de toda a necessidade de intervenção, mormente na criação de Medidas de Resolução, estava a necessidade de salvaguarda da **confiança dos depositantes**. A relação entre a instituição de crédito e o depositante estabelece-se pela confiança. Quebrada essa relação de confiança e gerando-se uma atitude protecionista por parte dos depositantes, inevitavelmente, o sistema financeiro é abalado pelo **risco de contágio** entre as instituições de crédito¹⁰.

Nesse seguimento, com o DL n.º 31-A/2012, é de sublinhar a modificação do Título VIII do RGIC que passou a denominar-se “*Intervenção Corretiva, Administração Provisória e Resolução*” e o aditamento do Título VIII-A, intitulado de “*Fundo de Resolução*”.

No âmbito da implementação da União Bancária na União Europeia foi publicada, mais recentemente, a **DL n.º 23-A/2015**, de 26 de Março, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a **Diretiva 2014/49/UE**, do Parlamento e do Conselho, de 16 de Abril (relativa aos sistemas de garantia de depósitos) e a **Diretiva 2014/59/UE**¹¹, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio, **relativa à recuperação e resolução das instituições de crédito e empresas de investimento**. Na verdade, a transposição da Diretiva 2014/59/UE teria já sido, em parte, antecipada pelo DL n.º 31-A/2012 que veio prever originalmente as Medidas de Resolução Bancária.

Portanto, o DL n.º 23-A/2015 ao transpor para o direito interno a regulamentação da União Europeia, torna-se a última grande alteração ao Regime da Resolução Bancária, que merecerá o estudo mais aprofundado neste trabalho¹².

2. Intervenção Corretiva, Administração Provisória e Resolução: a relação de não precedência

¹⁰ Cf. LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução de instituição de crédito”, *ob.cit.*, p. 166 refere que a “*especial natureza fiduciária da atividade bancária relativamente aos seus clientes, máxime depositantes, implica necessariamente que a manutenção dessa relação de confiança seja condição essencial para o regular funcionamento de toda a atividade financeira*”. No mesmo sentido, cf. BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, Cascais, Principia, 2016, pp.70 e 71.

¹¹ Conhecida por BRRD (Bank Recovery and Resolution Directive).

¹² À data da elaboração da dissertação a última versão do RGIC (46.º versão) foi introduzida pela Lei n.º 30/2017 de 30 de maio que veio transpor a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, matéria que não merecerá o nosso estudo neste trabalho.

Refere-nos o n.º 1 do art.º 139.º do RGIC que o Banco de Portugal (doravante, BdP) pode adotar medidas de intervenção corretiva, administração provisória e resolução previstas no Título VIII do RGIC “*tendo em vista a salvaguarda da solidez financeira da instituição de crédito, dos interesses dos depositantes ou da estabilidade do sistema financeiro*”.

Para a aplicação destas medidas e apesar de estar vinculado aos Princípios da Adequação e Proporcionalidade, como previsto no n.º 2 do art.º 139.º do RGIC, o Banco de Portugal não se encontra vinculado a qualquer **relação de precedência** entre as medidas, podendo combinar medidas de natureza diferente, de acordo com as exigências de cada atuação e respeitando os respetivos requisitos (cf. art.º 140º).

Assim, não será necessário antes da aplicação da Resolução terem sido já anteriormente aplicadas as medidas de Intervenção Corretiva e Administração Provisória desde que, para isso, se encontrem cumpridos os requisitos necessários à aplicação daquela.

Debruçar-se-á esta dissertação pelo regime referente à aplicação das medidas de Resolução previsto nos artigos 145.º-C e seguintes, não sendo objeto de estudo as outras medidas que o Banco de Portugal pode adotar.

3. Resolução

3.1. Finalidades

Como refere o Professor Doutor MENEZES CORDEIRO¹³, quando pensamos em resolução devemos pensar com o alcance de mecanismo de “*solução*”, “*saída*” e “*desenlace*”.

A resolução bancária não é mais do que um mecanismo adotado pela entidade competente, no nosso caso Banco de Portugal, que engloba um conjunto variado de medidas que visam remediar uma situação de crise bancária, de modo a assegurar a

¹³ CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, 6ª Edição, Lisboa, Almedina, 2015, p. 1132.

continuidade da instituição sob resolução, evitando riscos sistémicos e promovendo a estabilidade e confiança do sistema financeiro¹⁴.

Nesse mesmo sentido, o art.º 145.º-C estabelece como **finalidades** da aplicação das medidas de resolução¹⁵:

- a) “Assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais para a economia;
- b) Prevenir a ocorrência de consequências graves para a estabilidade financeira, nomeadamente prevenindo o contágio entre entidades, incluindo às infraestruturas de mercado, e mantendo a disciplina no mercado;
- c) Salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público, minimizando o recurso a apoio financeiro público extraordinário;
- d) Proteger os depositantes cujos depósitos sejam garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos e os investidores cujos créditos sejam cobertos pelo Sistema de Indemnização aos Investidores;
- e) Proteger os fundos e os ativos detidos pelas instituições de crédito em nome e por conta dos seus clientes e a prestação dos serviços de investimento relacionados.”

Parece unânime que o sistema bancário é caracterizado pela sua **essencialidade**¹⁶. No seu quotidiano, os cidadãos têm necessidade de aceder a serviços financeiros, como são exemplo as concessões de crédito e os serviços de depósito e pagamento.

É, portanto, absolutamente necessário que não haja uma interrupção da disponibilização destes serviços originada por uma crise bancária, dado o seu direto impacto na economia e no bem-estar dos cidadãos. Com a aplicação das medidas de resolução, ao invés do que aconteceria com a liquidação, garante-se a continuidade de disponibilização dos serviços financeiros necessários ao dia-a-dia do cidadão, daí a finalidade prevista na alínea a) do art.º 145.º-C.

¹⁴ Na mesma linha cf. MONCADA, Luiz Cabral de, *Os poderes de resolução do Banco de Portugal e o Banco Espírito Santo*, Jurismat, n.º 6, 2015, p.99.

¹⁵ Segundo o Banco de Portugal, as finalidades da resolução passam por assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, acautelar o risco sistémico, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público e salvaguardar a confiança dos depositantes (Informação disponível no *site* oficial do Banco de Portugal)

¹⁶ Cf. LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução de instituição de crédito”, *ob.cit.*, p. 158.

No parágrafo 30 do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 2014/59/EU define-se **crise sistémica** como uma “*perturbação do sistema financeiro suscetível de ter consequências negativas graves no mercado interno e na economia real*”.

Uma instituição de crédito em crise, dependendo da sua dimensão e influência, poderá provocar um maior ou menor risco sistémico. Apesar de maior ou menor, a verdade é que se cria sempre contágio para outras entidades seja pela reação protecionista dos cidadãos que levantam os seus depósitos, seja pela quebra de confiança no sector bancário.

A aplicação das medidas de resolução, sobretudo ao permitirem a continuidade dos serviços financeiros indispensáveis ao quotidiano da sociedade e a sua proteção, diminuem o risco de contágio da crise para outras entidades (cf. al. b) do n.º1 do art.º 145.º-C), fazendo com que não se perca a confiança dos cidadãos (e, mais especificamente, dos depositantes) e se reestabeleça o equilíbrio financeiro.

A alínea c) do n.º 1 do art.º 145.º-C apresenta um dos fundamentos principais para a previsão das medidas de resolução: a salvaguarda dos contribuintes e do erário público. Contrariamente ao que se verificava antes da previsão das medidas de resolução pelo DL n.º 31-A/2012, não deverão ser os contribuintes a suportar os prejuízos de uma instituição de crédito em crise, independentemente da sua importância no sistema financeiro nacional. Assim sendo, com a possibilidade de aplicação das medidas de resolução, visa-se desonerar o erário público e, ao invés disso, recorrer-se a fundos unicamente financiados pelos sistema financeiro¹⁷.

A desoneração dos contribuintes tem por base, mais uma vez, a necessidade de salvaguarda da relação de confiança entre a instituição bancária e o cliente. Não obstante os demais clientes bancários, esta relação de confiança tem uma especial importância quando o cliente é depositante. Assim sendo, nos termos da alínea d) do n.º 1 do art.º 145.º-C, garante-se que os depósitos estão garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos até ao montante de 100.000€ (cf. n.º 1 do art.º 166.º).

¹⁷ Cf. LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução de instituição de crédito”, *ob.cit.*, p. 159. Como vamos ter oportunidade de analisar no presente Capítulo, estes fundos que referimos são, nomeadamente, o Fundo de Resolução e o Fundo de Garantia de Depósitos, cujas receitas provêm de prestações iniciais, periódicas ou complementares das entidades participantes, mormente, instituições de crédito.

Como já referido acima, ao salvaguardarem-se os depósitos e, conseqüentemente, a posição do depositante que confia na instituição bancária para entregar os seus bens, prescindindo da sua propriedade, está-se, igualmente, a evitar a contaminação gerada pela quebra de confiança para outras instituições de crédito¹⁸.

Não obstante a importância dos depositantes, está também na base da proteção dos fundos e dos ativos detidos pelas instituições de crédito em nome e por conta dos clientes (cf. al. d) do n.º 1 do art.º 145.º-C), a necessidade de salvaguardar a relação de confiança entre a instituição de crédito e os últimos. Mais se adianta, que, para além da garantia da continuidade dos serviços mínimos, impõe-se com a aplicação das medidas de resolução a continuidade da prestação dos serviços de investimento que, apesar de não tão relevantes no quotidiano, se demonstram necessários à concretização da estabilidade financeira.

É através da verificação destas finalidades que o Banco de Portugal, tendo em conta a situação da instituição de crédito em dificuldades, vai determinar a medida de resolução a aplicar. No fundo, as finalidades elencadas no n.º 1 do art.º 145.º-C funcionam como um padrão de aferição, de forma a poder avaliar-se a necessidade da aplicação da medida de resolução em comparação com o regime-regra de liquidação.

3.2. Requisitos

De acordo com o n.º 2 do art.º 145.º-E devem estar cumpridos **quatro requisitos** para ser acionada a resolução. Apesar de não haver uma referência expressa nesse sentido, parece-nos resultar do n.º 2 a cumulatividade dos requisitos. Nesse seguimento, sem o preenchimento de um eles não existirá, à partida, necessidade nem possibilidade de ativar a medida de resolução.

¹⁸ Cf. BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, p. 70 e ss, a este propósito refere que “o depositante entrega um bem fungível a outra pessoa, prescindindo da propriedade sobre ela” no entanto, adianta que “não o faz, porém, com o espírito de liberalidade, mas para que o outro lho restitua sempre que o exija”. A autora remete em rodapé para a posição do Professor Doutor Menezes Cordeiro que sustenta que “a pedra-de-toque” deste contrato “está na disponibilidade permanente do saldo”. Ou seja, no caso de um depositante que confiou numa instituição bancária para depositar as suas poupanças e na necessidade de levantamento das mesmas é confrontado com a não disponibilidade do montante, parece claro que a sua confiança perante o banco é completamente quebrada. No entanto, essa quebra de confiança não será apenas dos depositantes da instituição de crédito em crise. Pelo contrário, essa quebra de confiança vai propagar-se ao ponto de outros depositantes de outras instituições de crédito, numa reação de proteção, correrem ao levantamento dos montantes depositados resultando numa completa desestabilização do sistema financeiro.

Segundo a alínea a) do n.º 2 do art.º 145.º - E, para que seja acionada a resolução é necessária a declaração por parte do Banco de Portugal, no exercício das suas funções de autoridade de supervisão ou de resolução, no sentido de uma instituição de crédito **estar em risco ou em situação de insolvência**. Esta situação verificar-se-á, de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo quando:

- “A instituição de crédito deixar de cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade” (cf. al. a) do n.º3 do art.º 145.º-E), que nos remete para o art.º 14 e art.º 22 do RGIC referentes, respetivamente, aos requisitos gerais para a autorização de exercício e aos fundamentos para a revogação da mesma;
- Existirem fundadas razões para considerar que, a curto prazo, a instituição deixa de cumprir os requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da atividade, “possibilitando a sua revogação, nomeadamente porque apresentou ou provavelmente apresentará prejuízos suscetíveis de absorver, totalmente, os seus fundos próprios ou uma parte significativa dos mesmos” (cf. al. a) do n.º3 do art.º 145.º-E);
- “Os ativos da instituição de crédito serem inferiores aos seus passivos ou existirem fundadas razões para considerar que o são a curto prazo”, que se consubstancia na existência, ou na previsão a curto prazo de existência de capital próprio negativo (também denominado *critério do balanço*)¹⁹;
- “A instituição de crédito estar impossibilitada de cumprir as suas obrigações ou haver fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar” (também denominado *critério de fluxo de caixa*)²⁰;

¹⁹ A inferioridade dos ativos relativamente aos seus passivos consubstancia uma situação de risco, onde o mais provável é os ativos serem consumidos pelos prejuízos da instituição de crédito. Em paralelo com esta alínea está o n.º 2 do art.º 3 do Código da Insolvência e Recuperação das Empresas (doravante, CIRE) onde se refere que “as pessoas coletivas e os patrimónios autónomos (...) são também consideradas insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo”. É de destacar que não é necessário, para que seja aplicada a medida de resolução, que o passivo seja naquele momento superior ao passivo. Pelo contrário basta que, como bem refere a alínea “a curto prazo” essa situação seja previsível. Cf. LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução de instituição de crédito”, *ob.cit.*, p. 164, o fato de se ter em conta não só a situação atual mas também a iminente, releva pelo caráter preventivo, e não reativo, da medida de resolução.

²⁰ Também relativamente a esta alínea, se pode fazer um paralelo com o CIRE, mais precisamente com o n.º 1 do seu art.º 3.º que dispõe que “é considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre

- “Seja necessária a concessão de apoio financeiro público extraordinário, exceto quando esse apoio, destinado a prevenir ou conter uma perturbação grave da economia e preservar a estabilidade financeira” (cf. al. e) do n.º3 do art.º 145.º-E), consista na “Concessão pelo Estado de garantias pessoais ao cumprimento das obrigações assumidas em contratos de financiamento, incluindo em operações de crédito junto do Banco de Portugal e em novas emissões de obrigações” (cf. subalínea i) da al. e) do n.º3 do art.º 145.º-E) e “realização de operações de capitalização com recurso ao investimento público, desde que não se verifique, no momento em que o apoio financeiro público extraordinário é concedido, alguma das circunstâncias referidas nas alíneas a) a c) ou no n.º 2 do artigo 145.º-I” (cf. subalínea ii) da al. e) do n.º3 do art.º 145.º-E) .

A alínea b) do n.º 2 do art.º 145.º - E, onde se prevê o segundo requisito para ser acionada a resolução, exige que não seja previsível que a “situação de insolvência seja evitada num prazo razoável através do recurso a **medidas executadas pela própria instituição de crédito**, da aplicação de **medidas de intervenção corretiva** ou do **exercício dos poderes previstos no artigo 145.º-I**”.

Relativamente a este requisito revela, primeiramente, a existência de um juízo de prognose negativo sobre a possibilidade da instituição de crédito em dificuldades evitar, num prazo razoável, a situação de insolvência usando, para esse fim, as suas próprias medidas. Ou seja, perante uma instituição de crédito em dificuldades, caso os seus acionistas tenham o capital necessário para recapitalizar a instituição e decidirem fazê-lo, é previsível (tendo em conta, obviamente, o caso concreto) que se evite a situação de insolvência. Este seria um dos exemplos em que a instituição de crédito, através das suas próprias medidas – neste exemplo, a recapitalização pelos seus acionistas – conseguiria evitar a insolvência não se mostrando, nesse seguimento, necessária a aplicação de uma das medidas de resolução.

impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”. Quanto a este requisito não importará que o ativo seja superior ao passivo dado que, à semelhança do requisito previsto na al. a) (*vide* nota 18), não se tem somente em conta a situação atual como, também, a iminente. Ou seja, no momento de averiguação do preenchimento do requisito, pode a instituição de crédito ter ativos superiores aos passivos mas, no entanto, ser previsível a curto prazo a sua incapacidade para o cumprimento de obrigações. Mais uma vez importa aqui a necessidade de se aplicar a medida de resolução precocemente conseguindo-se, por esse facto, atingir com mais eficácia as finalidades previstas no n.º 1 do art.º 145.º-C, cf. BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, p. 70.

Revela neste requisito a referência à aplicação de medidas de intervenção corretiva e de redução ou conversão de instrumentos de fundos próprios (cf. o previsto no art.º 145.º-I). Isto é, caso seja previsível que a instituição de crédito evite a situação de insolvência com o recurso a estas medidas, não se encontra preenchido o requisito da alínea b) do n.º 2 do art.º 145.º-E. Não podemos, contudo, confundir a previsão desta alínea com uma necessidade de precedência na aplicação das medidas de intervenção corretiva, administração provisória e resolução. Parece-nos claro que, por ser menos invasiva, a primeira medida a aplicar-se perante uma instituição de crédito em crise será a intervenção²¹ que, não obstante o caráter preventivo das medidas de resolução, procura que a resolução dos problemas seja feita numa fase ainda primária. No entanto, conforme já referido anteriormente no Ponto 2 do presente Capítulo, não existe uma relação de precedência entre as medidas não havendo, por essa razão, uma obrigatoriedade de aplicação a medida de intervenção corretiva antes da resolução. Dependendo da gravidade da situação da instituição de crédito, pode não ser adequado aplicar-se primeiramente a intervenção corretiva. Assim sendo, tendo em conta o caso concreto, desde que se encontrem preenchidos os requisitos necessários à aplicação de uma medida, a mesma poderá ser aplicada.

No fundo, este requisito apenas quer deixar claro que não existe uma medida menos invasiva a aplicar-se, de forma a ser evitada a situação de insolvência da instituição de crédito em dificuldades.

No mesmo sentido deste requisito, a alínea b) do n.º 1 do artigo 32.º da Diretiva 2014/59/EU prevê que apenas e só deverão ser acionadas as medidas de resolução se não existir, tendo em conta os prazos e outras circunstâncias relevantes, nenhuma perspetiva razoável de que uma ação alternativa do setor privado ou uma ação de supervisão impediriam a situação de insolvência da instituição num prazo razoável.

Por sua vez, a alínea c) do n.º 2 do art.º 145.º-E, apresenta-nos como terceiro requisito para o acionamento das medidas de resolução a necessidade das mesmas serem

²¹ Cf. SILVA, Mariana Duarte, “Os novos regimes de intervenção e liquidação aplicáveis às instituições de crédito”, in *O novo direito bancário*, Coimbra, Almedina, 2012, p.383 e ss. No mesmo sentido, cf. FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução bancária: a propósito do caso BES”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IX (2017), n.º 2, Almedina, pp. 274-275.

“**necessárias e proporcionais** à prossecução de alguma das finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C”.

Esta alínea revela-nos a necessidade de uma avaliação criteriosa de cada caso de forma a poder-se concluir pela estrita necessidade e adequação da aplicação da medida de resolução e de, assim, ver-se respeitado o Princípio da Proporcionalidade. Estes princípios só estarão cumpridos de foram necessários à prossecução das finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C que, como referimos no anterior Ponto 3.1., funcionam como um padrão de aferição acerca da necessidade e adequação da aplicação da medida de resolução, tendo em conta o caso concreto.

Finalmente, o requisito previsto na alínea d) do art.º 145.º-E vem consagrar a **supletividade** da aplicação das medidas de resolução. Conforme o disposto, só deverão ser aplicadas as medidas de resolução se “a entrada em liquidação da instituição de crédito, por força da revogação da autorização para o exercício da sua atividade” não permitir “atingir com maior eficácia as finalidades previstas no n.º 1 do artigo 145.º-C”.

Ou seja, verificando-se que a liquidação atinge com uma maior eficácia as finalidades atinentes às medidas de resolução, a instituição de crédito deverá ser liquidada ao invés de ser aplicada qualquer uma das medidas previstas no n.º 1 do art.º 145.º-E. Assim sendo, perante uma instituição em crise, o **regime-regra**²² a aplicar é o da liquidação, sendo a resolução aplicada apenas em *ultima ratio*²³.

De forma a verificar-se se a liquidação cumpre com maior eficácia as finalidades do n.º 1 do art.º 145.º-C, deverá ser feito um juízo de prognose. O Princípio da Proporcionalidade encontra aqui, mais uma vez, um papel norteador uma vez que é

²² Cf. FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob.cit.*, p.275.

²³ No mesmo sentido, SILVA, Mariana Duarte, “Os novos regimes de intervenção...”, *ob.cit.*, p.85 e pp.419 e ss onde explica que a liquidação tem prevalência sobre a resolução, e que a última só terá lugar se a aplicação da liquidação da instituição de crédito puser em causa o interesse público, definido por referência às finalidades do n.º 1 art.º 145.º-C. Também os Professores Doutores FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob.cit.*, p.275 referem-se à resolução como “alternativa com vista a evitar o contágio sistémico e, simultaneamente, a sobrecarga dos contribuintes”, tendo face à liquidação “carácter excecional”. Também LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução de instituição de crédito”, *ob.cit.*, p. 164, no mesmo sentido dos anteriores autores, refere que “o Banco de Portugal deverá limitar a aplicação (de uma medida de resolução) àqueles casos em que não há um procedimento alternativo que atinja os mesmos objetivos”.

através da averiguação da necessidade e adequação que se pode confirmar que medida atinge com maior eficácia as finalidades.

3.3. Princípios

Os princípios relativos à aplicação das medidas de resolução, como bem indica epígrafe do artigo 145.º-B, têm um papel orientador fulcral nomeadamente, como vamos ter oportunidade de ver no Capítulo seguinte, na medida da transferência parcial ou total da atividade para instituição de transição (cf. al. b) do n.º 1 do art.º 145.º-E). Por essa mesma razão, aquando o estudo dessa medida, damos um enfoque maior aos princípios orientadores. Apesar disso e, mesmo sem querer levantar o véu da questão, analisamos agora as ideias fundamentais subjacentes a esta matéria.

O artigo 145.º-B do RGIC prevê os princípios orientadores para a aplicação das medidas de resolução, vejamos:

- “a) Os acionistas da instituição de crédito objeto de resolução suportam prioritariamente os prejuízos da instituição em causa;
- b) Os credores da instituição de crédito objeto de resolução suportam de seguida, e em condições equitativas, os prejuízos da instituição em causa, de acordo com a graduação dos seus créditos;
- c) Nenhum acionista ou credor da instituição de crédito objeto de resolução pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação;
- d) Os depositantes não suportam prejuízos relativamente aos depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos nos termos do disposto no artigo 166.º.”

Conforme a finalidade prevista no na al. c) do n.º 1 do art.º 145.º-C, não deverão ser os contribuintes a suportar os prejuízos de uma instituição de crédito uma vez que isso teria um impacto direto na estabilidade financeira (cf. al. b) do n.º 1 do art.º 145.º-C). Assim sendo, contrariamente aos contribuintes, serão os acionistas a assumem prioritariamente aos prejuízos, no âmbito da aplicação de uma medida de resolução.

Como teremos oportunidade de analisar posteriormente, os acionistas assumem prioritariamente devido à própria natureza do seu crédito, neste caso, à capacidade de absorção de perdas da ação²⁴.

Segundo a al. b), depois dos acionistas, quem se segue na responsabilidade de assumir os prejuízos são os credores, de acordo com a graduação dos seus créditos. Contrariamente ao previstos nos artigos 47.º e 174.º a 177.º do CIRE e das alíneas h) e i) do n.º 2 do artigo 20.º do DL n.º 199/2006 relativo ao Regime de Liquidação, no RGIC há omissão relativamente à graduação de créditos. Na falta de previsão devemos-nos remeter para o regime-regra da Liquidação que, por sua vez, nos termos da alínea i) do n.º 2 do art.º 20.º, nos remete para o CIRE.

Assim sendo, depois dos acionistas, quem responderá os prejuízos pela instituição de crédito serão os credores subordinados que, conforme o previsto no art.º 177.º do CIRE, o seu pagamento só terá lugar “depois de integralmente pagos os créditos comuns”.

É-nos possível já concluir que, tendo em conta os princípios orientadores das medidas de resolução, quem assume primeiramente os prejuízos são os acionistas e os credores subordinados, os que *prima facie* assumiram o risco de perda do seu investimento²⁵.

Apesar disto, a alínea c) do n.º 1 do art.º 145.º-D vem consagrar o ***Princípio no creditor worse off***, prevendo que os acionistas²⁶ e os credores não poderão assumir um prejuízo maior do que aquele que assumiriam caso a instituição de crédito fosse submetida ao regime de liquidação²⁷. No máximo, credores e acionistas apenas poderão ter os prejuízos que teriam caso fosse acionada a liquidação.

De forma a conseguir-se avaliar quais os prejuízos acarretados pelos credores e acionistas numa situação de resolução e liquidação, há a necessidade de ser feito um juízo

²⁴ Neste sentido FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob.cit.*, p. 270 referem que “os custos dessa solução” (reportando-se aqui ao regime da resolução) “não devem ser suportados pelo Estado mas sim por aqueles que – pelas condições próprias dos instrumentos financeiros de que são titulares (v.g. ações, créditos subordinados) – absorveriam as perdas na hipótese de liquidação. Ou seja, a ideia central é de expansão dessa capacidade de absorção de perdas”

²⁵ Cf. FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob.cit.*, p. 270

²⁶ Só com a transposição da Diretiva 2014/59/EU através do DL n.º 23-A/2005 é que os acionistas ficaram protegidos uma vez que, anteriormente, estava apenas consagrada esta solução para os credores.

²⁷ De novo, e à semelhança do previsto na alínea d) do art.º 145.º-E, se demonstra que o regime-regra é a liquidação.

de prognose. É este juízo de prognose previsto no n.º 1 do art.º 145.º-H que vai permitir uma conclusão acerca do regime mais favorável a aplicar. Além do juízo de prognose, o n.º 16 do art.º 145.º-H estatui que caso se determine (através da avaliação prevista no n.º14 do art.º 145.º-H) que os acionistas e os credores suportam um prejuízo superior àquele que teriam sofrido se não tivesse sido aplicada a medida de resolução, terão direito a receber a diferença de valor²⁸ do Fundo de Resolução²⁹. No fundo, a previsão do juízo de prognose, avaliação e compensação vêm garantir o cumprimento do **Princípio *no creditor worse off***.

Por último, segundo a al. d), os depositantes não suportam prejuízos relativamente aos depósitos até 100.000 euros³⁰, uma vez que estão garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos nos termos do n.º 1 do artigo 166.º do RGIC. No seguimento da finalidade prevista na al. d) do n.º 1 do art.º 145.º-C, de novo se vê uma proteção acentuada do depositante. Na verdade, ao estar definido que os mesmos não suportam prejuízos relativamente aos depósitos garantidos, está este princípio a criar uma exceção ao princípio elencado na alínea b), uma vez que os depositantes são também credores.

4. Medidas de Resolução

Segundo o artigo 145.ºE n.º 1, “*o Banco de Portugal pode aplicar as seguintes medidas de resolução:*

- a) Alienação parcial ou total da atividade;*
- b) Transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição;*
- c) Segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos;*
- d) Recapitalização interna.*

Passaremos, de seguida, a uma análise mais detalhada das medidas de resolução, deixando a **transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição**

²⁸ Relativamente àquele que receberiam caso tivesse sido aplicado o regime de liquidação.

²⁹ Vide Ponto 5 do presente Capítulo.

³⁰ Que, nos termos do n.º 1 do art.º 166.º-A, gozam de privilégio creditório considerando-se, assim, créditos privilegiados.

para o capítulo seguinte, dada a sua particular importância para o estudo das questões mais controversas no regime da resolução bancária.

4.1. Alienação parcial ou total da atividade

A alienação parcial ou total da atividade, a primeira medida de resolução elencada no art.º 145.ºE n.º 1, já se encontrava prevista no DL n.º 31-A/2012 de 10 de fevereiro que veio introduzir originalmente as medidas de resolução no RGIC. Atualmente encontra-se prevista nos artigos 145.º-M e 145.º-N do RGIC.

Com a aplicação desta medida de resolução, o Banco de Portugal aliena em condições comerciais (cf. n.º 1 do art.º 145.º-N) parcial ou totalmente a atividade da instituição de crédito em crise. Esta atividade da instituição de crédito alvo de resolução que irá ser alienada é composta por direitos e obrigações que *“constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição, e da titularidade das ações ou outros títulos representativos do seu capital social”* (cf. n.º 1 do art.º 145.º-M).

Refere-nos o n.º 2 do art.º 145.º-M que o Banco de Portugal, na aplicação desta medida, deve pautar-se pela *“transparência do processo”* e assegurar o *“tratamento equitativo dos interessados”*. Relativamente a este *“tratamento equitativo”*, não deverá *“discriminar indevidamente”* (cf. art.º 145.º-M n.º 3) os potenciais adquirentes, no entanto nada o impede de ser ele próprio a *“convidar determinados potenciais adquirentes a apresentarem propostas de aquisição”* (cf. art.º 145.º-M n.º 4). Mais, segundo o n.º 6 do art.º 145.º-M, o Banco de Portugal não está limitado à alienação da atividade a apenas um adquirente, podendo fazê-lo a mais do que um.

Apesar da imposição prevista no n.º 3 do art.º 145.º-M, se para tal for necessário por razões atinentes à prossecução das finalidades atinentes à resolução (cf. n.º 1 do art.º 145.º-C), poderá o Banco de Portugal não ficar vinculado à discriminação dos potenciais adquirentes. Esta possibilidade manifesta-se num poder *quase* que discricionário do Banco de Portugal, uma vez que é possível que haja um tratamento diferenciado. Não obstante essa possibilidade, as finalidades terão de, obrigatoriamente, ser tomadas em conta aquando da escolha do adquirente da atividade (cf. n.º 8 do art.º 145.º-M).

Relativamente aos potenciais adquirentes, apenas podem ser *“instituições de crédito autorizadas a desenvolver a atividade em causa”* ou *“entidades que tenham*

requerido a autorização” para o desenvolvimento dessa mesma atividade, conforme o disposto no n.º 7 do art.º 145.º-M.

De forma aos potenciais adquirentes terem acesso às informações acerca da atividade da instituição de crédito e, assim, avaliá-la, o dever de segredo previsto no art.º 78.º do RGIC não lhes é oponível. Apesar disso, ficam os potenciais adquirentes obrigados ao mesmo segundo o disposto n.º 9 do art.º 145.º-M *in fine*.

Relativamente à aplicação propriamente dita desta medida de resolução há que destacar o facto de, mesmo após a alienação, o Banco de Portugal poder, mediante autorização do adquirente, devolver à instituição objeto de resolução “*direitos e obrigações que haviam sido alienados*” (cf. al. b) do n.º 3 do art.º 145.º-N *ab initio*). Além do mais, poderá ainda “*devolver a titularidade de ações ou outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito objeto de resolução aos respetivos titulares*” não podendo opor-se a esta devolução nem a instituição de crédito alvo de resolução nem os titulares em acusa.

Não obstante esta questão ser desenvolvida aquando do estudo da transferência da atividade para uma instituição de transição no capítulo seguinte, dispõe o n.º4 do art.º145.º-N³¹ que “*não podem ser alienados quaisquer direitos de crédito sobre a instituição de crédito objeto de resolução detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2 % do capital social da instituição crédito ou tenham sido membros do órgão de administração da instituição de crédito*”. Assim sendo, só poderão ser alienados “*se ficar demonstrado que não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação*” (cf. n.º4 do art.º 145.º-N).

4.2. Segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos

³¹ No mesmo sentido, no caso da aplicação da transferência da atividade para uma instituição de transição, prevê o n.º 3 do art.º 145.º-Q.

Os artigos 145.º-S e 145.º-T do RGIC preveem a medida de resolução da segregação e transferência da atividade (parcial ou totalmente) para veículos de gestão de ativos. Antes da transposição da Diretiva 2014/59/UE, esta medida não contava no leque das medidas de resolução tendo sido apenas introduzida pelo DL n.º 23-A/2015.

A definição de veículo de gestão de ativos vem expressa no n.º 3 do art.º 145.º-N que refere que se trata de uma “*pessoa coletiva criada para receber e administrar a parte ou a totalidade dos direitos e obrigações de instituições de crédito objeto de resolução ou de uma instituição de transição*”. Repare-se que o veículo de gestão de ativos não administra apenas direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução mas, também, de uma instituição de transição.

Ao encontro do previsto no n.º 3 do art.º 145.º-N está o poder do BdP previsto no n.º 1 do art.º 145.º-L. Segundo este artigo, a segregação e transferência da atividade para veículos de gestão é a única medida que, obrigatoriamente, tem de ser aplicada com outra medida de resolução, simultaneamente ou em momento posterior³².

Não obstante os poderes do Banco de Portugal sobre o veículo de gestão de ativos, o n.º 4 do art.º 145.º-N refere-nos que o capital social do veículo de gestão de ativos “*é subscrito e realizado parcial ou totalmente pelo Fundo de Resolução*”.

É através de decisão do Banco de Portugal e da aprovação dos seus estatutos que o veículo de gestão e ativos é constituído (cf. n.º 3 do art.º 145.º-S). Na aprovação dos estatutos, o veículo de gestão de ativos não está vinculado aos requisitos legais aplicáveis à gestão de direitos e obrigações transferidos (cf. n.º3 do art.º 145.º-S)) e, além do mais, posteriormente ao serem aprovados os seus estatutos pode iniciar imediatamente a sua atividade sem para isso estarem cumpridos “*os requisitos legais relacionados com o registo comercial e demais procedimentos formais previstos na lei*” (cf. art.º n.º6 do art.º145.ºS) . Apesar disso, deverá o veículo de gestão de ativos proceder ao seu cumprimento no mais curto espaço de tempo.

³² Um dos exemplos onde que se verifica a aplicação da segregação de ativos num momento posterior à aplicação de outra medida de resolução, é no poder concedido ao BdP de transferir atividade - que fora, num momento anterior, transferida para um banco de transição - para um veículo de gestão de ativos, conforme previsto na al. a) do n.º4 do art.º 145.º-Q.

A função dos veículos de gestão de ativos é maximizar os valores da atividade para si transferida (que pode constituir ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição de crédito ou instituição de transição) de forma a que, posteriormente, possam ser alienados e liquidados (cf. n.º 1 do art.º 145.º-S) sendo este o principal objetivo para a existência desta pessoa coletiva. Aliás, deve *obedecer a “critérios de gestão que assegurem a manutenção de baixos níveis de risco”* (cf. n.º 16 do art.º 145.º-S).

Para ser transferida para o veículo de gestão de ativos, conforme o disposto nas alíneas do n.º2 do art.º145.º-T, tem que se verificar que a alienação da atividade no âmbito do processo de liquidação tem efeitos adversos nos mercados financeiro³³ (al. a)), que a sua transferência é necessária para assegurar o bom funcionamento da instituição de crédito objeto de resolução ou da instituição de transição (al. b)) ou, por último, que a sua transferência seja necessária para a maximização das receitas resultantes da sua alienação (al. c)).

Verificada uma destas situações elencadas no n.º2 do art.º 145.º-T, a decisão de transferência dos direitos e obrigações por parte do Banco de Portugal “*produz efeitos independentemente de qualquer disposição legal ou contratual em contrário*” (cf. n.º9 do art.º 145.º-S) não necessitando do consentimento dos acionistas, nem dos titulares de outros títulos representativos de capital social nem, tampouco, das partes de contratos relativas a direitos e obrigações e terceiros (cfr.10 do art.º 145.º-S).

Mesmo após a transferência de direitos e obrigações, na segregação e transferência de atividade para o veículo de gestão de ativos pode o Banco de Portugal “*transferir outros direitos e obrigações da instituição de crédito objeto de resolução ou da instituição de transição para veículos de gestão de ativos*” (cfr.al. a) do n.º 7 do art.º 145.º-T). Além do mais, se respeitado o n.º8 do art.º145.º-T, poderá ainda “*devolver à instituição de crédito objeto de resolução ou à instituição de transição direitos e obrigações que haviam sido transferidos para o veículo de gestão de ativo*” (cf. al. b) do

³³ De novo o realce da supletividade do regime de resolução, sendo a regra a aplicação do regime de liquidação.

n.º7 do art.º 145.º-T), não podendo opor-se a esta devolução nem a instituição de crédito alvo de resolução nem a instituição de transição³⁴.

À semelhança do também disposto no n.º4 do art.º145.º-N e do n.º3 do art.º 145.º-Q, prevê o n.º6 do art.º 145.º-T que “*não podem ser transferidos para o veículo de segregação de ativos quaisquer direitos de crédito sobre a instituição de crédito objeto de resolução detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2 % do capital social da instituição crédito ou tenham sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito*”. Pelo que, nesse seguimento apenas poderão ser transferidos se “*se ficar demonstrado que não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação*” (cf. n.º 6 do art.º 145.º-T).

Finalmente, à cessão da atividade do veículo de gestão de ativos aplica-se o disposto no art.º 145.-R (cf. n.º 11 do art.º 145.ºT), aplicável às instituições de transição que oportunamente iremos desenvolver³⁵.

4.3. Recapitalização interna

A recapitalização interna (ou *bail-in*), introduzida originalmente pelo DL n.º 23-A/2015, é a última medida de resolução prevista no n.º 1 do art.º 145.º-E.

Segundo o n.º 1 do art.º 145.º-U, o objetivo da aplicação da medida de recapitalização interna é “*reforçar os fundos próprios de uma instituição de crédito*”, sendo o seu fim conseguir que a instituição de crédito em causa torne a “*cumprir os*

³⁴ No mesmo sentido do n.º 3 do art.º 145.º-N e do n.º 4 do art.º 145.º-Q, relativos às medidas de resolução da alienação total ou parcial da atividade e da transferência total ou parcial da atividade para uma instituição de transição, respetivamente.

³⁵ Não só neste último aspeto o regime da aplicação da segregação de ativos se assemelha ao da transferência da atividade para uma instituição de transição. Alguns pontos como a “impossibilidade de transferência de créditos” ou os “poderes do BdP após a realização da transferência” vão precisamente ao mesmo encontro na aplicação das duas medidas de resolução. Apesar de se verificar também semelhanças com o regime aplicável à medida da alienação parcial ou total da atividade, são mais evidentes as semelhanças com a medida da transferência da atividade para uma instituição de transição devido, sobretudo, à similitude das pessoas coletivas «veículo de gestão de ativos» e «instituição de transição», nomeadamente naquilo que toca à sua transitoriedade e fim.

requisitos para a manutenção da autorização para o exercício da sua atividade e obter financiamento de forma autónoma e em condições sustentáveis junto dos mercados financeiros.” No fundo, com a medida de recapitalização interna visa-se retomar a atividade da instituição de crédito em causa, reconquistando a sua autonomia.

Esta medida é vista para alguns autores como JENS HINRICH BINDER ³⁶, como a mais complexa e ambiciosa, sendo que deve ser aplicada aos casos em que seria previsível que nenhum dos outros mecanismos previstos cumpriria as finalidades da resolução, por se tratar, por exemplo, de uma instituição de grande dimensão, complexa e internacional.

O próprio n.º 1 do art.º 145.º-U refere que o Banco de Portugal apenas pode determinar a aplicação da Recapitalização Interna caso **seja previsível que sejam alcançadas** pela instituição de crédito em causa **as finalidades da Resolução** (cf. n.º 1 do art.º 145.º-C) e que, a longo prazo, **seja restabelecida a solidez financeira e a viabilidade** da mesma ³⁷.

Nesse seguimento, para a aplicação da Recapitalização Interna, as duas alíneas do n.º 1 do art.º 145.º-U preveem dois poderes conferidos ao Banco de Portugal³⁸:

- redução do valor nominal dos **créditos que constituam passivos da instituição de crédito objeto de resolução**³⁹ (à exceção dos instrumentos de fundos próprios e dos créditos excluídos da aplicação da medida de recapitalização interna conforme o artigo 145.º-U, n.º 6);

³⁶ Cf. BINDER, Jens-Hinrich, *Resolution: Concepts, Requirements and Tools*, Oxford University Press, 2015/2016, Forthcoming, p.25.

³⁷ Cremos, à semelhança de BINDER, Jens-Hinrich, *Resolution: Concepts, Requirements and Tools*, *ob. cit.*, p. 27 que relativamente a estes requisitos previstos no n.º 1 do art.º 145.º-U é de difícil avaliação, a longo prazo, o restabelecimento da solidez financeira e da viabilidade da instituição de crédito alvo de medida de resolução. No entanto, o que o artigo exige é a existência de “*uma perspetiva razoável*” e nada de absoluto que não possa ser avaliável. Dado o fim da medida de resolução em causa, mormente, a reconquista de autonomia por parte da instituição de crédito em crise, é essencial que se preveja que é possível a sua “salvação”. Caso contrário, ao invés da Recapitalização interna, deveria ser aplicada outra medida de resolução em que o seu destino seria, certamente, o processo de liquidação.

³⁸ Refere o n.º 3 do artigo 145.º-V, que os poderes do Banco de Portugal previstos nos n.º 1 e 2 do art.º 145.º-U deverão ser aplicados “*de acordo com a graduação de créditos em caso de insolvência*”.

³⁹ Segundo o disposto na própria alínea, são denominados «créditos elegíveis».

- aumento do capital social da instituição de crédito objeto de resolução, através da conversão dos créditos elegíveis mediante emissão de ações ordinárias ou títulos representativos do capital social.

No caso do Banco de Portugal aplicar os poderes previstos no n.º 1 do art.º 145.º-U, segundo o disposto no n.º 1 do art.º 145.º-W, deverá o órgão de administração da instituição de crédito em causa elaborar um **plano de reorganização do negócio**, no prazo de 30 dias contados da aplicação da medida de Recapitalização Interna. Este plano de reorganização de negócio, segundo o n.º 2 do mesmo artigo deve basear-se em “*pressupostos realistas quanto às condições económicas e dos mercados financeiros*”, tendo em consideração a situação da instituição de crédito e as suas perspetivas futuras do mercado. O será aprovado pelo Banco de Portugal ou em conjunto com o Banco Central Europeu, caso este seja a autoridade de supervisão da instituição de crédito alvo da medida, conforme o disposto no n.º 6 do art.º 145.º-T.

Mesmo não estando cumpridos os requisitos apresentados pelo n.º 1 do art.º 145.º-U pode o Banco de Portugal usar dos poderes previstos nas alíneas do n.º 2 do mesmo artigo⁴⁰.

Apesar dos créditos elegíveis serem, obrigatoriamente, o objeto dos poderes conferidos ao BdP na aplicação da Recapitalização Interna, caso se verifiquem as situações previstas no n.º 9 do art.º 145.º-U, pode o Banco de Portugal excluir da aplicação desses poderes determinados créditos elegíveis ou classes de créditos elegíveis.

⁴⁰ Nestas alíneas estão previstas as possibilidades de aplicação da recapitalização interna juntamente com outras medidas de resolução. Enquanto na alínea a) está prevista a possibilidade de subscrição do capital social da instituição de transição através da aplicação da recapitalização interna pelo BdP (cf. n.º3 do art.º 145.º-P sobre as formas de subscrição do capital social da instituição de transição, no âmbito da aplicação da medida da transferência de atividade para instituição de transição), na alínea b) prevê-se a possibilidade da redução nominal dos créditos elegíveis a transferir no âmbito da aplicação das medidas da alienação parcial ou total da atividade e segregação de ativos. Aqui, como o próprio n.º 2 inicia, não é necessário que exista uma perspetiva razoável que a instituição de crédito intervencionada consiga alcançar as finalidades das medidas de resolução e restabeleça a solidez financeira e, a longo prazo, viabilidade. Caso assim fosse, não seria possível a aplicação da Recapitalização Interna para os fins elencados nas alíneas do n.º 2, uma vez que o destino das instituições de crédito aí em causa será, certamente, a liquidação. Mais uma vez, a possibilidade de aplicação da medida da recapitalização interna nos fins elencados nas alíneas do n.º 2 do art.º 145.º-U, é uma manifestação do poder do BdP de aplicar cumulativamente as medidas de resolução (cf. n.º 1 do art.º 145.º-L).

Nesse seguimento, caso o Banco de Portugal exclua da aplicação dos poderes previstos no n.º1 e no n.º2 do art.º145.º-U “*determinados créditos elegíveis ou classes de créditos elegíveis e não for possível repartir os prejuízos que teriam sido suportados por esses créditos pelos restantes credores*” pode o Fundo de Resolução prestar apoio financeiro, numa das situações previstas no n.º 11 do art.º 145.º-U *in fine* e se verificadas, cumulativamente, as condições previstas nas alíneas do n.º12 do art.º145.º-U ⁴¹.

Quanto ao requisito mínimo a cumprir por cada instituição de crédito⁴² para que seja aplicada a medida de Recapitalização Interna, será o mesmo determinado pelo Banco de Portugal conforme o n.º 1 do art.º 145.º-Y. O mesmo se aplica a grupos nos termos do n.º 1 do art.º 145.º Z, com exceção daqueles em que seja o Banco Central Europeu a autoridade responsável pela supervisão, situação em que só é determinado o requisito mínimo após consulta deste.

5. Fundo de Resolução

Para que seja aplicada uma medida de resolução a uma instituição de crédito em dificuldade é, como parece lógico, necessária a existência de fundos. Desde logo, dada a situação da instituição de crédito, os fundos necessários à aplicação das medidas de resolução não têm como ser próprios daí que seja completamente necessário o recurso a fundos exógenos.

No entanto, não podemos aqui falar de quaisquer fundos exógenos. Não esqueçamos uma das finalidades da aplicação das medidas de resolução: a salvaguarda do interesse dos contribuintes e do erário público (cf. al. b) do n.º 1 do art.º 145.º-C). Ou seja, financiar a aplicação de uma medida de resolução usando fundos públicos seria completamente contrário àquilo que se quer prosseguir com a aplicação deste regime. Assim sendo, deverá ser o próprio sector financeiro, tendo em vista não só a salvaguarda dos contribuintes, mas todas as outras finalidades previstas nas alíneas do n.º 1 do art.º 145.º-C, a financiar a aplicação da medida de resolução.

⁴¹ Ainda que não esteja verificado o requisito da alínea a) do n.º 12 do art.º 145.º-U, pode o Fundo de Resolução prestar apoio financeiro se cumpridas, simultaneamente, as situações previstas nas alíneas do n.º13 do mesmo artigo.

⁴² O requisito mínimo tem que ver com os “*fundos próprios e créditos elegíveis em percentagem do total dos passivos e dos fundos próprios da instituição de crédito*” (cf. n.º 1 do art.º 145.º-Y *ab initio*).

De forma a garantir-se de forma antecipada a existência de fundos necessários à aplicação das medidas de resolução, foi criada a figura do Fundo de Resolução na Reforma de 2012, pelo DL n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro, atualmente previsto no Título VIII-A do RGIC e ao longo dos artigos 153.º-B e seguintes do RGICSF, como forma de acumulação de recursos financeiros.

O objeto do Fundo de Resolução é, assim, financiar a aplicação das medidas de resolução pelo Banco de Portugal, bem como as despesas administrativas e operacionais provenientes dessa aplicação (cf. n.º 1 do art.º 153.º-M e art.º 153.º-O).

Conforme dispõe o n.º 1 do artigo 153.º-B, o Fundo de Resolução é “*uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio*”. Este património próprio é resultado, entre outros, das contribuições do sector bancário (cf. alínea a) do n.º1 do art.º 153.º-F) e das **contribuições iniciais e periódicas** das instituições participantes (cf. alíneas b) e c) do n.º1 do art.º 153.º-F) provenientes da participação **obrigatória** das instituições de crédito com sede em Portugal, e das demais dispostas nas alíneas do n.º1 do art.º 153.º-D.

Relativamente às **contribuições iniciais**, e como o seu nome indica, referem-se a contribuições feitas no início da atividade da instituição de crédito. Isto é, estas instituições têm 30 dias a contar do registo de início da sua atividade (cf. n.º 1 do art.º 153.º-G) para entregar ao Fundo de Resolução a sua contribuição inicial⁴³. As instituições de transição estão entre as instituições previstas no n.º 2 do art.º 153.º-G que estão dispensadas desta contribuição.

Quanto às **contribuições periódicas**, estas provêm das contribuições feitas pela instituição de crédito ao longo da sua atividade, sendo o seu valor fixado pelo Banco de Portugal (cf. n.º 1 do art.º 153.º-H). O valor com que cada instituição tem de contribuir

⁴³ Segundo o n.º 1 do art.º 153-G o valor da contribuição inicial é proposto pela comissão diretiva do Fundo de Resolução (prevista no art.º 153.º-E) e fixada por Aviso do Banco de Portugal.

terá de ser proporcional ao montante do seu passivo⁴⁴, em relação ao total dos valores a contribuir por todas as instituições de crédito (cf. n.º 2 do art.º 153.º-H)⁴⁵.

Além das prestações iniciais e periódicas, quando os recursos do Fundo de Resolução se mostrem insuficientes, pode ser determinado a obrigatoriedade das instituições participantes procederem a **contribuições especiais** (cf. n.º 1 do art.º 153.º-D), respeitando-se os limites impostos pelo n.º 2 do art.º 153.º-I⁴⁶.

Como referido anteriormente, o Fundo de Resolução serve de suporte financeiro para a aplicação das medidas de resolução, salvaguardando o erário público, no entanto o artigo n.º 153.º-J prevê um apoio financeiro excecional do Estado.

Apesar de estar salientado o carácter excecional e de no n.º2 do artigo se referir que *“não recai sobre o Estado qualquer obrigação de prestar apoio financeiro excecional ao Fundo, nem qualquer responsabilidade pelo financiamento da aplicação de medidas de resolução”* cremos que, tendo em conta a salvaguarda dos contribuintes, deveriam estar especificadas as condições em que poderia ser disponibilizado este apoio. Parece-nos que o facto de apenas se referir o seu carácter excecional e o previsto no n.º 2 não limita o suficiente a recorrida ao apoio excecional do Estado. Pelo contrário, apenas e só com a previsão e limitação das situações em que esse mesmo apoio poderá ser concedido é que, a nosso ver, estaria cumprida totalmente a proteção dos contribuintes. Ao não estar limitada esta via pode-se, muito facilmente, deixar de se cumprir uma das finalidades da aplicação da resolução (cf. al. c) do n.º 1 do art.º 145.º-C).

Quanto ao valor mínimo do Fundo de Resolução, este deve corresponder a 1% do valor da soma dos montantes dos depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de

⁴⁴ Relativamente ao montante de passivo, segundo o n.º 2 do art.º 153.º-H, devem estar excluídos os fundos próprios da instituição de crédito. Ao total deste valor, serão deduzidos os depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos (cf. art.º 154.º e ss) e, se for caso disso, dos depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Crédito Agrícola Mútuo (cf. art.º 12.º do DL n.º 345/98 de 9 de novembro).

⁴⁵ Esta determinação deverá, ainda, ser ajustada ao perfil de risco da instituição, à sua fase do ciclo económico e ao impacto de contribuições pró-cíclicas na sua situação financeira (cf. n.º 3 do art.º 153.º-H). O facto de na determinação do valor das contribuições periódicas ter-se em conta a situação da instituição participante é totalmente revelante para assegurar o cumprimento pontual da contribuição. Além do mais, não nos parece que seja intenção do Fundo de Resolução, em prol da contribuição periódica, piorar a situação financeira da instituição participante.

⁴⁶ Relativamente às contribuições especiais, o n.º 4 do art.º 153.º-I prevê que o Banco de Portugal pode suspender, parcial ou totalmente, por um prazo não superior a 180 dias (prazo prorrogável a pedido da instituição em causa) o pagamento da contribuição especial. De novo aqui, à semelhança do n.º 3 do art.º 153.º-H (Cf. nota 45) a ser tida em conta a proteção da estabilidade financeira da instituição, não deixando que a obrigatoriedade da prestação especial possa piorar a situação da instituição participante.

Depósitos e pelo Fundo de Garantia de Crédito Agrícola Mútuo conforme o disposto no n.º 2 do art.º 153.º-F.

6. Fundo de Garantia de Depósitos

Se por um lado o papel financiador do Fundo de Resolução protege o erário público, fazendo com que não sejam os contribuintes a suportar a aplicação das medidas de resolução, por outro lado, o Fundo de Garantia de Depósitos visa salvaguardar a proteção dos depositantes que, numa situação de crise de instituição financeira, veem a sua posição completamente fragilizada.

Como já oportunamente referido⁴⁷, o sistema bancário é baseado numa relação de confiança entre a instituição de crédito e o cliente, mormente, o depositante. Caso a instituição de crédito entre em crise ao ponto de ser necessária a aplicação pelo Banco de Portugal de uma medida de resolução, é natural que a primeira reação dos depositantes seja a corrida aos depósitos.

Acontece que, esta reação protecionista não é apenas dos depositantes da instituição de crédito em crise ou já alvo de medida de resolução. Pelo contrário, o comportamento protecionista dos depositantes torna-se viral relativamente aos também depositantes das outras instituições de crédito criando-se, assim, o contágio entre entidades (ou, risco sistémico).

Assim, não só está o Fundo de Garantia de Depósitos a salvaguardar a posição dos depositantes (ao mesmo tempo que tenta reestabelecer a relação de confiança dos mesmos com a instituição de crédito em causa) como, também, está a evitar o risco sistémico, nomeadamente naquilo que diz respeito à corrida de depósitos. Logo, é possível afirmarmos que com o Fundo de Garantia de Depósitos garante-se o cumprimento das finalidades da aplicação das medidas de resolução previstas nas alíneas b) e d) do n.º 1 do art.º 145.º-C.

Assim como o Fundo de Resolução, segundo o art.º 154.º do RGIC, o Fundo de Garantia de Depósitos (doravante FGD) também é uma pessoa coletiva de direito público, com autonomia administrativa e financeira e património próprio.

⁴⁷ Vide Pontos 1. e 3. do presente Capítulo.

Apesar de ter outros fins, como os previstos no n.º 2 e n.º 3 do art.º 155.º, o objeto do FGD é o “*reembolso de depósitos constituídos nas instituições de crédito que nele participem*”, conforme indica o n.º 1 do mesmo artigo.

De entre os depósitos garantidos, conforme o disposto nas alíneas a) e b) do art.º 164.º, estão *os depósitos constituídos em Portugal ou noutros Estados membros da União Europeia junto de instituições de crédito com sede em Portugal* até ao limite máximo de 100.000€, previsto no n.º 1 do art.º 166.º, com a devida observância dos critérios plasmados no n.º 2 do mesmo artigo.

Já o art.º 165.º informa-nos acerca dos depósitos que não estão garantidos. De entre os depósitos não garantidos (cf. alíneas do n.º 1 do art.º 165.º) estão os depósitos constituídos em nome e por conta de instituições de crédito ou empresas de investimento (cf. al. a) do n.º 1 do art.º 165.º) e os depósitos detidos por pessoas que, nos dois anos anteriores à data em que se verificar a indisponibilidade dos depósitos, ou em que tenha sido adotada uma medida de resolução, tenham tido participação direta e indireta, igual ou superior a 2% do capital da instituição de crédito⁴⁸ (cf. al. d) do n.º 1 do art.º 165.º).

Ao estarem abrangidos pelo FGD, os depósitos até 100.000€ são considerados créditos da instituição de crédito alvo de medida de resolução. Estes créditos, segundo o disposto nos n.ºs 2 e 3 do art.º 166.º-A gozam de privilégio creditório⁴⁹ o que, como iremos ver mais sustentadamente numa fase posterior, irá ser determinante na hora da escolha dos ativos e passivos a transferir para a instituição de transição. Sem nos querermos adiantar, ao gozarem de privilégio creditório e de, por essa mesma razão, configurarem créditos privilegiados, segundo a graduação dos créditos (cf. al. b) do n.º 1 do art.º 145.º-D) e o princípio previsto na al. d) do n.º 1 do art.º 145.º-D, não suportarão

⁴⁸ Exceto se demonstrem que “*não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação*”, cf. al. d) do n.º 1 do art.º 165.º *in fine*. A *ratio* deste artigo merecerá maior atenção no Capítulo II, dada a sua importância no momento de transferência dos créditos para uma instituição de transição.

⁴⁹ Também os recursos disponibilizados pelo Fundo de Resolução gozam de privilégio creditório, conforme o disposto no n.º 2 do art.º 153.º-M e no n.º 3 do art.º 166.º-A. Salientamos, a este propósito, o facto de não conferirem direito de crédito sobre a instituição intervencionada nem, tampouco, gozarem de privilégio creditório os recursos disponibilizados pelo Fundo de Resolução destinados à realização do capital social da instituição de transição, assunto que, à semelhança dos depósitos excluídos do FGD, será abordado com mais profundidade no Capítulo II.

os prejuízos da instituição de crédito objeto de resolução sendo que, por conseguinte, deverão ser transferidos para a instituição de transição de forma a ficarem salvaguardados.

Conforme o disposto no n.º 1 do art.º 156.º, as instituições de crédito sediadas em Portugal autorizadas a receber depósitos, entre outras, participam no FGD através de contribuições iniciais e contribuições periódicas (cf. alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 159.º), tal como previsto para o Fundo de Resolução analisado no Ponto anterior.

Destaque para o facto da definição do valor de contribuição periódico de cada instituição participante não só ter em conta o valor médio dos saldos mensais relativos aos depósitos garantidos no ano anterior (garantidos até ao valor de 100.000€, como previsto no n.º 1 do art.º 166.º) como, também, tendo em conta o seu perfil de risco (cf. n.º 2 do art.º 161.º). De novo, aqui, o nosso entendimento relativamente à *ratio* da norma prevista no n.º 3 do art.º 153.º-H relativo à definição do valor a pagar pelas instituições participantes nas contribuições periódicas do Fundo de Resolução⁵⁰.

À semelhança do que acontece no Fundo de Resolução, também no FGD, ao adaptar-se a obrigação de pagamento ao perfil de risco da instituição participante, garante-se que esta não fica numa posição mais desfavorável do que aquela que ficaria caso não fosse obrigada ao pagamento da mesma.

Além dos recursos do FGD previstos no n.º 1 do art.º 159.º, o art.º 162.º prevê a possibilidade de existência de recursos complementares. De ente estes recursos, e tal como se verifica no Fundo de Resolução, é possível serem determinadas contribuições especiais a pagar pelas instituições de crédito⁵¹ (cf. al. a) do n.º 1 do art.º 162.º). Além do mais, segundo o n.º 2 do mesmo artigo, é possível acrescer a esses recursos, empréstimos por parte do Banco de Portugal e empréstimos e garantias do Estado sob proposta da comissão do FGD⁵². À semelhança do previsto quanto à possibilidade de empréstimos do Estado para o financiamento do Fundo de Resolução, também quanto ao FGD estatui-se que por parte do Estado não recai nenhuma “*obrigação*” nem sequer “*qualquer responsabilidade pelo financiamento da atividade do fundo*” (cf. n.º 16 do art.º 162.º). Mais uma vez, e apesar de estarem previstas as condições que se devem observar

⁵⁰ Vide Ponto 5. do presente Capítulo.

⁵¹ Determinadas por portaria pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, cf. n.º 3 do art.º 162.º

⁵² Dispõe o artigo 158.º acerca da Comissão Executiva do FGD.

cumulativamente quando haja necessidade de recorrer a empréstimos do Banco de Portugal (cf. n.º 15 do art.º 162.º), não estão estatuídas as situações que se deveriam verificar para que fosse concedido empréstimo ou garantia por parte do Estado. Apesar de se retirar pela leitura da lei o carácter excecional do financiamento do FGD por parte do Estado, cremos que não é o suficiente para se limitar a recorrida a este recurso havendo, por isso, a necessidade de um maior enfoque do carácter excecional nomeadamente, e à semelhança do previsto para o financiamento por parte do Banco de Portugal, através da previsão das situações que deveriam estar, cumulativamente ou não, verificadas.

7. Mecanismo único de resolução

A crise financeira que se desencadeou em 2007 tornou claro que havia a necessidade de uma **harmonização relativamente à supervisão e regulação das atividades bancárias** em toda a União Europeia. Neste seguimento, uma maior integração económica concretizada pela União Bancária era vista como uma solução para a crise que decorria.

Neste seguimento, foi criado o **Mecanismo Único de Supervisão**⁵³, o primeiro pilar da União Bancária Europeia.

Instituído pelo Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho de 15 de Outubro de 2013 e pelo Regulamento (UE) n.º 1022/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Outubro de 2013, o Mecanismo Único de Supervisão visou **centralizar e uniformizar a supervisão das instituições bancárias** conferindo ao Banco Central Europeu (doravante, BCE) em cooperação com as autoridades nacionais já existentes (em Portugal, o BdP) poderes relativos à supervisão prudencial das instituições de crédito⁵⁴.

Em complemento ao Mecanismo Único de Supervisão, criou-se o **Mecanismo Único de Resolução** (doravante, MUR), um novo pilar da União Bancária Europeia. Tal como sustentado pelo Parlamento Europeu no Regulamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de

⁵³ Single Supervisory Mechanism (SSM).

⁵⁴ Sobre o Mecanismo Único de Supervisão, *vide* WYMEERSCH, Eddy, *The single supervisory mechanism or “SSM”, Part one of the Banking Union*, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N.º. 240/2014, fevereiro, 2014, disponível em: <http://www.ecgi.global/working-paper/single-supervisory-mechanism-or-ssm-part-one-banking-union> .

julho de 2014⁵⁵ “a garantia de regras efetivas e uniformes em matéria de resolução e de condições de financiamento da resolução idênticas em todos os Estados-Membros é do interesse, não apenas dos Estados-Membros em que os bancos operam, mas também de todos os Estados-Membros em geral, **uma vez que permite assegurar condições equitativas de concorrência e melhorar o funcionamento do mercado interno.** (ênfase nosso)”. No fundo, o efeito de contágio provocado pela insolvência de um banco sediado num Estado-Membro nos outros Estados-Membros gritava por uma solução única, capaz de restaurar a confiança e a credibilidade do sistema financeiro europeu⁵⁶.

O MUR composto pelo **Conselho Único de Resolução** (doravante, CUR) e pelo **Fundo Único de Resolução** (doravante, FUR) entrou, definitivamente, em vigor com a transposição da Diretiva n.º 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014 (transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 23-A/2015 de 26 de Março e pelo Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Julho de 2014) com o objetivo principal de assegurar a resolução ordenada dos bancos em situação de insolvência com custos mínimos para os contribuintes e para a economia real, sob a supervisão do BCE⁵⁷.

⁵⁵ Regulamento 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, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0806&from=EN>.

⁵⁶ A este respeito o Parlamento Europeu salientou a necessidade de cada Estado-Membro tratar as crises como transfronteiriças, devido ao seu impacto direto com as instituições bancárias de outros Estados-Membros. Para o Parlamento Europeu, o facto da atividade bancária ir além-fronteiras faz com que haja a necessidade de uma gestão de crise partilhada apenas conseguida através de um quadro regulatório comum. Vejamos para isso os considerandos G, Y, Z da Proposta de Resolução do Parlamento Europeu, de 7 de Julho de 2010, que contém recomendações à Comissão sobre a gestão de crises transfronteiriças no sector bancário, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0276&language=PT&ring=A7-2010-0213>. Ainda a este propósito, MOREDO SANTOS, “A Nova Arquitetura Bancária Europeia: Notas Breves sobre a União Bancária” in *II Congresso de Direito Bancário*, Almedina, 2017 refere, no mesmo sentido, que “a integração europeia e a zona euro sugeriam que políticas e decisões com impactos internacionais não fossem isoladamente tomadas por cada Estado-Membro (...)” (sublinhado nosso), uma vez que “a moeda única, associada a ambientes cada vez mais inovadores, complexos e interligados, potencia a propagação de riscos e impactos negativos verificados num Estado-Membro para outros Estados-Membros”.

⁵⁷ Apesar da uniformização das regras em matéria de resolução bancária, segundo o Parlamento Europeu no Regulamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julho de 2014, a Diretiva 2014/59/EU deixou clara a existência de autonomia das autoridades nacionais no âmbito da aplicação da resolução. Para isso refere que a Diretiva “*não conduz à centralização do processo de tomada de decisões no domínio da resolução*” uma vez que “*confere às autoridades nacionais a discricionariedade de aplicação desses instrumentos e de utilização dos mecanismos nacionais de financiamento dos processos de resolução*” assegurando que as mesmas “*dispõem de instrumentos para uma intervenção suficientemente precoce e rápida nas instituições em situação precária ou de insolvência*”.

Esta nova autoridade da UE, o **CUR**, é o **principal órgão de decisão do MUR**. Segundo a informação disponível nos *sites* oficiais do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia e do Banco de Portugal⁵⁸, o CUR “*decide sobre os programas de resolução para bancos em situação de insolvência*” aplicando, para isso, os instrumentos de resolução.

Por sua vez o FUR é “*diretamente responsável pelas fases de planeamento e resolução dos bancos transfronteiriços e dos grandes bancos da união bancária, que são diretamente supervisionados pelo Banco Central Europeu*” e, caso a resolução requeira a sua utilização, fica também “*responsável por todos os casos de resolução, independentemente da dimensão do banco*”.

Apesar da competência dilatada do CUR, refere a Diretiva 2014/59/EU no seu artigo 3.º que os Estados-Membros devem criar autoridades de resolução nacionais. Assim sendo, ao BdP (e as demais autoridades de resolução de cada Estado-Membro participante), cabe a responsabilidade da aplicação das medidas de resolução às entidades pelas quais o CUR não seja diretamente responsável, sendo também elas integrantes do sistema europeu de resolução. Assim sendo, considera-se que o CUR e as autoridades de resolução de cada Estado-Membro (no caso português, o BdP) partilham responsabilidade pela resolução das instituições de crédito.

Apesar disso, a CUR “*tem a responsabilidade final por todos os bancos da união bancária e pode, por isso, decidir exercer a qualquer momento os seus poderes relativamente a qualquer banco*”.

Um elemento essencial ao MUR é o FUR, previsto nos art.º 67.º e seguintes do Regulamento (UE) 806/2004, que consiste num fundo único supranacional criado, necessariamente, para assegurar que o custo a resolução das instituições de crédito é suportado pelo sector financeiro e não pelos contribuintes.

O Fundo deverá ser financiado pelas contribuições dos bancos efetuadas a nível nacional (no caso português, pelas contribuições feitas ao Fundo de Resolução previsto nos artigos 153.º-B e seguintes do RGIC). Isto é, a receita gerada pelo Fundo de

⁵⁸ Cf. informação disponível nos *sites* <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/banking-union/single-resolution-mechanism/> e <https://www.bportugal.pt/page/mecanismo-unico-de-resolucao>

Resolução, apesar de ser cobrada às instituições de crédito nacionais vai, posteriormente, ser agrupado a nível da União conforme o **Acordo** assinado em Bruxelas em 21 de maio de 2014⁵⁹ (aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 129/2015, de 22 de julho) **relativo à transferência e mutualização desses fundos**⁶⁰. Segundo o art.º 69.º do Regulamento (UE) n.º 806/2014, as receitas do Fundo “*devem atingir pelo menos 1 % do montante dos depósitos cobertos de todas as instituições de crédito autorizadas de todos os Estados-Membros participantes*”, até ao termo do período inicial de 8 anos do FUR.

De forma a eliminar certas diferenças entre as legislações dos Estados-Membros no que se refere às regras em matéria de sistemas de garantia, a Diretiva 2014/49/UE veio prever que os Estados-Membros devem assegurar a constituição de um Sistema de Garantia de Depósitos, doravante SGD (cf. art.º n.º 4.º da Diretiva 2014/49/UE)⁶¹. No caso português, como já tivemos oportunidade de analisar, o Sistema de Garantia de Depósitos está previsto nos artigos 154.º e seguintes do RGIC, e prevê, tal como define a Diretiva no seu art.º n.º 6.º, a garantia de depósitos até ao valor de 100.000 euros (cf. art.º 160.º do RGIC)⁶².

Contrariamente ao que acontece com o FUR, ainda não está previsto um Sistema Único de Garantia de Depósitos. Apesar disso, já existem alguns pronúncios, nomeadamente de Jean-Claude Juncker que referiu que para se concluir a União Bancária era necessário o lançamento deste Sistema, que configurará o seu terceiro pilar⁶³.

⁵⁹ Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/70179159>

⁶⁰ Relativamente a este processo refere-nos o Considerando 20 do Regulamento (UE) n.º 806/2014 que “*Os Estados-Membros participantes continuam a ser competentes para cobrar as contribuições às entidades situadas nos respetivos territórios nos termos da Diretiva 2014/59/UE e do presente regulamento. Através do Acordo, os Estados-Membros participantes assumirão a obrigação de transferir para o Fundo as contribuições cobradas a nível nacional nos termos da Diretiva 2014/59/UE e do presente regulamento. Durante um período transitório, as contribuições serão afetas a compartimentos distintos, correspondentes a cada Estado-Membro participante (compartimentos nacionais). Esses compartimentos serão objeto de uma fusão progressiva, deixando de existir no final do período transitório.*”

⁶¹ A Diretiva 2014/59/UE refere no seu Considerando 11 que se exige “*em princípio, que todas as instituições de crédito adiram a um SGD.*”

⁶² Cf. Considerando 21 da Diretiva 2014/59/UE.

⁶³ Cf. JUNKER, Jean-Claude, *Concluir a União Económica e Monetária Europeia*, Relatório da Comissão Europeia de 22 de Junho de 2015, p.11 refere “*uma vez que a configuração atual, com sistemas nacionais de garantia de depósitos, continua a ser vulnerável a grandes choques locais (em especial quando existe a perceção de que as entidades soberanas e os setores bancários nacionais se encontram numa situação frágil), um sistema comum de Seguro dos depósitos reforçaria a resiliência contra futuras crises.*”

II. Transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição

Prevista nos artigos 145.º-O e seguintes do RGIC⁶⁴ está a medida de resolução que é objeto de um estudo mais aprofundado nesta dissertação: a transferência parcial ou total da atividade para as instituições de transição.

1. Natureza e Objetivos

Cabe ao Banco de Portugal, segundo o n.º 1 do art.º 145.º-O, determinar a transferência total ou parcial da atividade⁶⁵ da instituição de crédito objeto de resolução para uma instituição de transição: uma pessoa coletiva autorizada a exercer as atividades relacionadas com a atividade para si transferida.⁶⁶

Com esta transferência, o objetivo final do Banco de Portugal é, depois de transferida a atividade para a instituição de transição, ser essa mesma alienada⁶⁷.

Durante o seu período de existência e com vista à alienação da atividade para si transferida, **são duas as funções com vista à valorização do negócio** que cabem à instituição de transição⁶⁸:

- Continuidade de prestação de serviços inerentes à atividade para si transferida e,
- Administração da atividade para si transferida.

Ao ser a sucessora da instituição de crédito objeto de medida de resolução e ao continuar a prestação de serviços relativos à atividade para si transferida bem como a sua administração com vista à sua máxima valorização, a instituição de transição terá de, durante o desenvolvimento das suas funções, manter baixos níveis de risco⁶⁹. Repare-se

⁶⁴ A presente medida de resolução já estava prevista antes da transposição da Diretiva 2014/59/UE pelo DL n.º 23-A/2015, desde a versão do DL n.º 31-A/2012 na al. b) do n.º 1 do art.º 145.º-C e no art.º 145.º-G.

⁶⁵ Segundo o mesmo artigo, podem ser transferidos para a instituição de transição **direitos e obrigações da instituição de crédito alvo de medida de resolução** que “constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão” e, também, **“a titularidade das ações ou de outros títulos representativos”** do capital social da mesma. Além do mais, o n.º 2 do mesmo artigo dispõe que também podem ser transferidos para a instituição de transição toda a atividade prevista no n.º 1 mas, neste caso, proveniente de **duas ou mais instituições de crédito do mesmo grupo**.

⁶⁶ Cf. n.º 3 do art.º 145.º-O.

⁶⁷ Conforme o disposto no n.º 1 do art.º 145.º-O *in fine*.

⁶⁸ Segundo o n.º 4 do art.º 145.º-O.

⁶⁹ Conforme o n.º 11 do art.º 145.º-O.

que o **objetivo final é a alienação da atividade o mais valorizada possível**⁷⁰ sendo que, para isso, é justificável que haja a necessidade de manter-se baixos níveis de risco de forma a assegurar-se que o objetivo é cumprido.

Seria errado pensarmos na instituição de transição meramente como uma instituição de continuidade da instituição de crédito objeto de medida de resolução. Pelo contrário, esta é criada apenas para continuar a prestação de serviços atinentes à atividade para si transferida⁷¹, com vista à sua máxima valorização e posterior alienação (daí, o nome “instituição de transição” ou “banco de transição”)⁷².

Estas instituições de transição são **pessoas coletivas** constituídas por decisão do Banco de Portugal que lhes aprova o estatuto, não estando sujeitas ao processo de autorização previsto nos artigos 16.º e seguintes do RGIC, necessário à constituição de instituições de crédito (cf. n.º 1 do art.º 145.º-P). Nesse mesmo seguimento, esta instituição de transição pode iniciar a sua atividade sem para isso estarem cumpridos os requisitos formais, não obstante os mesmos terem de ser cumpridos com a maior brevidade possível (cf. n.º 6 do art.º 145.º-P).

De acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 145.º-P, o **capital social da instituição de transição pode ser subscrito e realizado total ou parcialmente pelo Fundo de Resolução**⁷³ ou pode o Banco de Portugal, para o mesmo efeito, aplicar a

⁷⁰ “Logo que as circunstâncias o aconselhem, em termos que maximizem o valor do património em causa”, cf. n.º 4 do art.º 145.º-O.

⁷¹ Ao ser sucessora da instituição de crédito objeto de resolução e ao continuar a prestação de serviços atinentes à atividade para si transferida e a sua administração, a instituição de transição, conforme o disposto no n.º 12 do art.º 145.º-O, “exerce os direitos relativos à participação e acesso aos sistemas de pagamentos, compensação e liquidação, aos mercados de valores mobiliários, aos sistemas de indemnização dos investidores e aos sistemas de garantia de depósitos, bem como à participação e adesão a outros sistemas ou associações de natureza pública ou privada, necessários ao desenvolvimento da atividade transferida”. Acrescenta o n.º 13 que estes direitos incluem “todos os serviços, funcionalidades e operações” que a instituição de crédito objeto de resolução dispunha. Havendo a grande possibilidade da instituição de transição não reunir os critérios de adesão e participação a estes sistemas, o acesso a eles não fica impedido, podendo a mesma exercer os direitos respeitantes durante um período de 24 meses, prorrogável através de pedido da própria instituição de transição ao BdP, como dispõe o n.º 14.

⁷² SOVERAL MARTINS, Alexandre, “Medidas de resolução das instituições de crédito: a transferência de atividade para um banco de transição”, in *II Congresso de Direito Bancário*, Almedina, 2017, pp.35 e ss salienta que “a transferência da atividade de uma entidade em dificuldades para outra entidade que tem «o cadastro limpo» não é uma novidade”. Para isso faz uma analogia com o Direito das Sociedades Comerciais referindo que “quando uma sociedade comercial começa a enfrentar problemas de monta, é frequente vermos os seus sócios a constituírem uma nova sociedade para (onde) são transferidos ativos relevantes”.

⁷³ Indo, por isso, de encontro ao explanado no art.º 145.º-AA, n.º 1, alínea d). Ainda a este propósito referimos o n.º 2 do art.º 153.º-M que os recursos disponibilizados pelo Fundo de Resolução para a realização do capital social da instituição de transição não lhe conferem um direito de crédito.

medida da Recapitalização Interna⁷⁴ (nomeadamente, através da conversão dos créditos elegíveis⁷⁵ da instituição de crédito objeto de resolução em capital social através da emissão de ações ordinárias e da redução o valor nominal (cf. al. a) do n.º 2 do art.º 145.º-U).

Além do capital social, conforme previsto *ab initio* no n.º 6 do art.º 145.º-Q, pode o Fundo de Resolução conceder apoio financeiro para a própria criação e desenvolvimento da atividade da instituição de transição, sendo o montante determinado pelo Banco de Portugal⁷⁶.

Relativamente à sua duração, a instituição de transição **tem a duração máxima de dois anos**⁷⁷, prorrogável⁷⁸ por períodos de um ano, nomeadamente, pela necessidade de salvaguarda da estabilidade financeira ou de asseguramento dos serviços essenciais, conforme o disposto nas alíneas a) e b) do n.º 11 do art.º 145.º-P.

⁷⁴ O facto do capital social da instituição de transição poder ser subscrito e realizado pela aplicação da medida de Recapitalização Interna vai de encontro ao disposto no art.º 140.º, uma vez que se estão a combinar medidas de resolução de natureza diferente.

⁷⁵ Segundo a alínea a) do n.º 1 do art.º 145.º-U, os créditos elegíveis são os créditos que constituam passivos da instituição de crédito objeto de resolução **que não sejam instrumentos de fundos próprios e que não estejam excluídos da aplicação da medida de recapitalização interna** (cf. o n.º 6 do mesmo artigo).

⁷⁶ Respeitando os limites de intervenção do fundo de resolução previstos no artigo 145.º-AA “e tendo em conta a intervenção do Fundo de Garantia de Depósitos (...) ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo” (cf. n.º 6 do art.º 145.º-Q *in fine*).

⁷⁷ Como previsto no n.º 10 do art.º 145.º-P.

⁷⁸ Relativamente a esta possibilidade de prorrogação da duração da instituição de crédito, refere o n.º 12 do art.º 145.º-P que deve acompanhar a decisão de prorrogação por parte do Banco de Portugal, “**sempre que possível**” (ênfase nosso) “uma avaliação das condições e perspetivas de mercado que justificam aquela prorrogação”. Parece-nos que deveria aqui incidir um regime de obrigatoriedade da apresentação desta avaliação por parte do Banco de Portugal. O regime transitório da instituição de transição pode perder-se pelo facto do Banco de Portugal ter a possibilidade de prorrogação sem uma devida fundamentação da necessidade da mesma. A obrigatoriedade de apresentação da avaliação seria útil uma vez que não só iria garantir que se estaria, efetivamente, perante uma das situações elencadas nas alíneas do n.º 11 do art.º 145.º-P como, também, iria limitar a decisão do Banco de Portugal, assegurando-se o regime de transitoriedade da instituição de transição. Antes da transposição da Diretiva 2014/59/UE pelo DL n.º 23-A/2015, a redação do n.º 12 do art.º 145.º-G previa que, tal e qual como previsto atualmente, seria possível a prorrogação da duração da instituição de transição por períodos de 1 ano, mas contrariamente ao agora previsto, a duração máxima não poderia exceder os 5 anos. Dada a possibilidade de ocorrência das situações elencadas nas alíneas do n.º 11 do art.º 145.º-P, não nos parece justificável o facto de ter sido determinado o limite máximo de 5 anos para a existência do banco de transição. Isto é, a meta de 5 anos poderia, nomeadamente, restringir o asseguramento da estabilidade financeira. Não se vê o porquê de haver um limite de 5 anos quando isso possa comprometer as situações onde se justifica o pedido de prorrogação. Apesar de estarmos de acordo com a retirada do limite de 5 anos parece-nos que o regime de transitoriedade da instituição de transição tem de ser assegurado pela obrigatoriedade de justificação devidamente fundamentada por Banco de Portugal. Esta limitação seria concretizada pela obrigatoriedade de avaliação das condições e perspetivas de mercado alterando-se, para isso a expressão “*sempre que possível*” do disposto no n.º 12 do art.º 145.º-P.

Os **órgãos da instituição de transição**, além da assembleia-geral⁷⁹, são o conselho de administração e o conselho fiscal. Segundo o n.º 7 do art.º 145.º-P, é sob proposta da assembleia-geral da instituição de crédito que o Banco de Portugal nomeia e fixa a remuneração dos membros do conselho de administração e do conselho fiscal. Apesar disso, o Banco de Portugal pode nomeá-los mesmo sem a proposta da assembleia-geral⁸⁰, logo que determine a transferência total ou parcial da atividade da instituição de crédito objeto de resolução para a instituição de transição, prevista no n.º 1 do art.º 145.º-O.

O Banco de Portugal através do Aviso n.º 1/2017 revogou o Aviso n.º 13/2012 de 18 de Outubro respeitante às “Regras aplicáveis à criação e ao funcionamento dos bancos de transição”. Dentro do texto do Aviso n.º 1/2017 pode ler-se que “*o referido Aviso perdeu a sua função, bem como a razão de ser da sua manutenção na ordem jurídica*” uma vez que “*por um lado um conjunto de normas do Aviso n.º 13/2012 (que) foram tacitamente revogadas (...) especialmente pela Lei n.º 23-A/2015(...)e, por outro lado, o regime legal introduzido por este último diploma revela um elevado padrão de densidade e pormenor*”⁸¹.

Não nos parece que isto justifique o desaparecimento do Aviso, dado o disposto no n.º 13 do art.º 145.º-P que refere que o “*Banco de Portugal desenvolve, por aviso, as regras aplicáveis às instituições de transição*”. Ao consagrar a obrigatoriedade de desenvolvimento das regras das instituições de transição por parte do Banco de Portugal está, a nosso ver, pressuposto nesta norma que, não obstante a “*densidade e pormenor*” da transposição da Diretiva 2014/59/UE pelo DL n.º 23-A/2015, é necessário o desenvolvimento das regras das instituições de transição.

Ao não haver Aviso do Banco de Portugal relativamente às regras aplicáveis à instituição de transição, segundo o n.º 2 do art.º 145.º-P, deve remeter-se para as regras aplicáveis às instituições de créditos ou empresas de investimento.

⁷⁹ Na situação em que o capital social é subscrito inteiramente pelo Fundo de Resolução, é este o único acionista e, por isso, o único representante da Assembleia-Geral.

⁸⁰ Nos termos do n.º 8 do art.º 145.º-P.

⁸¹ Retirado do terceiro parágrafo do texto do Aviso n.º 1/2017 disponível no *site* oficial do Banco de Portugal em <https://www.bportugal.pt/aviso/12017>.

Como referido acima, dispõe o n.º 1 do art.º 145.º-O que não se aplica às instituições de transição o disposto no capítulo II do título II do RGIC referente ao Processo de autorização necessário à constituição das instituições de crédito. Apesar disso, e dado o disposto no n.º 2 do art.º 145.º-P, aplica-se às instituições de transição, nomeadamente, o capítulo III do título II referente à adequação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização e dos titulares de funções essenciais. Ao aplicar-se o disposto neste capítulo, os órgãos de administração e de fiscalização da instituição de transição têm de ter a capacidade “*de assegurarem, em permanência, garantias de gestão sã e prudente das instituições de crédito*”⁸² (neste caso, instituição de transição) tendo sempre como orientador o fim da sua própria existência, isto é, a valorização da atividade para si transferida com vista a uma posterior alienação. Além do mais, segundo o disposto no n.º 3 do art.º 30.º, os membros do conselho de administração e do conselho fiscal devem cumprir os requisitos de “*idoneidade, qualificação profissional, independência e disponibilidade*” logo, o mesmo se aplicará aos membros do conselho de administração e fiscal da instituição de transição.

Relativamente à **autonomia dos membros dos órgãos de administração e fiscalização da instituição de transição**, estes devem obedecer a todas as orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal, incluindo-se as decisões de gestão e estratégia e ao perfil de risco da instituição de transição⁸³. Apesar do disposto neste artigo, parece-nos que não deixa de haver margem de autonomia dos membros do conselho de administração e do conselho fiscal⁸⁴. Isto é, apesar do *dever de obediência* a todas as orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal, (o que se

⁸² Conforme o disposto no n.º 2 do art.º 30.º do RGIC.

⁸³ Conforme o disposto no n.º 7 do art.º 145.º-P do RGIC.

⁸⁴ Com o Aviso do Banco de Portugal n.º 13/2012 (disponível no *site* oficial do Banco de Portugal em <https://www.bportugal.pt/aviso/132012>), de 18 de Outubro respeitante às regras aplicáveis à criação e ao financiamento dos bancos de transição ainda em vigor, apenas se definia na al. h) do n.º 1 do art.º 4.º a “*vinculação dos membros do conselho de administração do banco de transição às orientações e recomendações transmitidas pelo Banco de Portugal*”. LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução...”, *ob. cit.*, p. 181, não defende a falta de autonomia dos membros dos do conselho de administração e do conselho fiscal, referindo que “*as orientações e recomendações do Banco de Portugal serão de carácter genérico, nomeadamente quanto às grandes linhas de rumo a trilhar*” e remetendo para o elenco de poderes dos membros do conselho de administração explanados no art.º 16.º do Aviso atualmente revogado. Contrariamente, MÁXIMO DOS SANTOS, Luís, “O novo regime jurídico de recuperação...”, *ob. cit.* pp. 226-227, sustenta a total retirada de autonomia à administração do banco de transição relativamente ao Banco de Portugal. Mesmo assim, o mesmo refere que “*é difícil aceitar que uma entidade que tem função de regular e supervisionar o sector bancário (referindo-se aqui ao BdP) seja ela própria responsável pela gestão de um banco*”.

justifica pelo regime de transitoriedade da instituição de transição e pelo seu objetivo de maximização do valor da atividade para si transferida com vista à posterior alienação) cremos que continua o conselho de administração a ter autonomia durante o exercício das suas funções⁸⁵. Interpretamos as orientações do Banco de Portugal para com o órgão de administração como linhas mestras da sua atividade que, não obstante o seu carácter vinculativo, permitem o desenvolvimento autónomo por parte dos seus membros.

Ainda a este respeito, num sentido convergente ao disposto no n.º 7 do art.º 145.º-P, refere-nos a alínea d) do n.º 1 do art.º 41 da Diretiva 2014/59/UE que é a “*autoridade de resolução*” (no caso português, o Banco de Portugal) que “*aprova a estratégia e o perfil de risco da instituição de transição*”. Apesar de compreendemos que o disposto no n.º 7 do art.º 145.º-P seja suscetível a dúvidas, o disposto na alínea d) do n.º 1 do art.º 41 da Diretiva 2014/59/UE é bem mais esclarecedor. Ao referir a “*aprovação de estratégia*”, parece-nos deixar claro a existência de “*margem de manobra*” para os membros do conselho de administração da instituição de transição. Desde que sigam a estratégia aprovada pelo BdP, bem como os baixos níveis de risco (cf. n.º 11 do art.º 145.º-O), os membros da administração terão a autonomia suficiente no exercício das suas funções para cumprirem com o definido.

Indo ainda mais longe na questão da estratégia e perfil de risco, nem o disposto no n.º 7 do art.º 145.º - P nem a alínea d) do n.º 1 do art.º 41.º da Diretiva 2014/59/EU referem que é *obrigatoriamente* o Banco de Portugal a definir a estratégia e o perfil de risco da instituição de transição. O que nos parece adstrito ao BdP é a *aprovação* da estratégia e do perfil de risco a cumprir. Nada parece afastar a possibilidade do conselho de administração propor a estratégia e o perfil de risco desde que seja dada a aprovação por parte do BdP. Não obstante essa possibilidade, sempre que haja orientações e recomendações transmitidas pelo BdP, o dever de obediência deverá ser, obviamente, respeitado.

Quanto à **responsabilidade** do conselho de administração, conselho fiscal ou dos cargos de direção de topo da instituição de transição **perante os acionistas e credores da instituição de crédito objeto de resolução**, dispõe o n.º 9 do art.º 145.º-P que estes serão

⁸⁵ Apesar do n.º 7 do art.º 145.º-P também incluir a fiscalização cremos, à semelhança de MÁXIMO DOS SANTOS, Luís, “O novo regime jurídico...”, *ob.cit.*, p. 227, que este órgão não tem dever de obediência perante o BdP sobretudo devido à salvaguarda da isenção no exercício das suas funções.

apenas responsáveis pelos danos resultantes dos seus atos e omissões ilícitas, cometidos com dolo ou culpa grave.

2. Seleção da atividade a transferir para a instituição de transição

Como já brevemente referido no ponto anterior, de acordo com o n.º 1 do art.º 145.º-O do RGIC, o Banco de Portugal pode “determinar a transferência parcial ou total de direitos e obrigações que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão, e a transferência da titularidade das ações ou de outros títulos representativos do seu capital social⁸⁶” para a instituição de transição.

Após este momento de transferência, pode o Banco de Portugal, a toda o tempo, transferir atividade da própria instituição de transição para veículos de gestão de ativos (cf. al. a) do n.º 4 do art.º 145.º-Q). Além dessa possibilidade, conforme al. c) do n.º 4 do art.º 145.º-Q, pode o Banco de Portugal devolver à instituição de crédito objeto de resolução atividade que anteriormente fora transferida para a instituição de transição, sem que para isso se possam opor a instituição de crédito objeto de resolução e os titulares em causa, para tal respeitando o disposto no n.º 5 do art.º 145.º-Q.

O **efeito imediato** da decisão do Banco de Portugal acerca da transferência de atividade da instituição objeto de resolução para a instituição de transição **é a transmissão da titularidade** dessa mesma atividade para a instituição de transição, passando esta a ser a sucessora desses direitos e obrigações⁸⁷. Mesmo quando a transferência da atividade não é total, a transmissão da titularidade dos direitos e obrigações da instituição objeto de resolução para a instituição de transição não é prejudicada, sendo transferidas **todas as responsabilidades** atinentes ao ativo transferido para a titularidade da instituição de transição⁸⁸.

Esta decisão de transferência da atividade para a instituição de transição por parte do Banco de Portugal não depende do “consentimento dos acionistas ou titulares de outros títulos representativos do capital social da instituição de crédito, nem das partes em

⁸⁶ Acrescendo o disposto no n.º 2 do mesmo artigo.

⁸⁷ Cf. o disposto no n.º 5 do art.º 145.º-O do RGIC.

⁸⁸ Adianta o n.º 6 do art.º 145.º-O do RGIC ao disposto no n.º 5 do mesmo artigo.

contratos relacionados com os direitos e obrigações a transferir ou terceiros”⁸⁹, sendo a decisão do Banco de Portugal título suficiente para a transferência da atividade.

Além do mais, mesmo havendo qualquer disposição legal ou contratual em contrário, a decisão de transferência por parte do Banco de Portugal **produz efeitos**^{90 91}, “*não podendo constituir fundamento para o exercício de direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições estipulados nos contratos em causa*”⁹².

Esta limitação de direitos vem prevista no art.º 145.º-AB, n.º 1, alínea d), consubstanciando um dos **Poderes de Resolução do Banco de Portugal**, de entre os demais previstos no mesmo artigo. Elenca este artigo que a suspensão, por parte do BdP, dos *direitos de vencimento antecipado, resolução, denúncia, oposição à renovação ou alteração de condições de uma parte nos contratos celebrados com a instituição de crédito objeto de resolução* deverá ter em conta o impacto no funcionamento do mercado financeiro e terá como duração o momento da publicação da decisão de aplicação de uma medida de resolução no sítio da internet do Banco de Portugal (cf. alínea a) do n.º 5 do art.º 145.º-AT) e o final do dia útil seguinte à mesma, desde que as obrigações de pagamento e de entrega e a prestação de garantias continuem a ser cumpridas.

A nosso ver, o facto da decisão de transferência de atividade para uma instituição de transição por parte do Banco de Portugal limitar os direitos previstos no n.º 8 do art.º 145.º-O, **não cria um espaço de não direito**⁹³.

Realçamos aqui o facto de que **apenas** não poderão ser impugnados os negócios quando **o fundamento da sua impugnação seja a decisão do Banco de Portugal acerca da transferência da atividade para a instituição de transição** (cf. n.º 8 do art.º 145.º-O)⁹⁴.

⁸⁹ Cf. o n.º 8 do art.º 145.º-O do RGIC.

⁹⁰ Cf. o n.º 7 do art.º 145.º-O do RGIC.

⁹¹ Conforme refere BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil e Sistema Financeiro, ob.cit.*, p. 56, o disposto no n.º 7 do art.º 145.º-O “não põe em causa a hierarquia normativa, nem a sindicalidade da decisão” sendo que, o que estará em causa, é a “derrogação de normas que poderiam pôr em causa a eficácia da decisão”.

⁹² Cf. o disposto no n.º 8 art.º 145.º-O *in fine*.

⁹³ Vide BARBOSA, Ana Mafalda, “Os limites da medida de resolução”, in *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, FDUC, Setembro 2016, p. 18.

⁹⁴ No mesmo sentido, refere-nos o n.º 1 do art.º 145.º-AV que “a aplicação das medidas previstas no presente título ou a ocorrência de um facto diretamente relacionado com a aplicação das medidas” também não é fundamento para desencadear a execução de garantia ou o início de um processo de

Além do mais, esta suspensão de direitos é **temporária**, dado o interregno de tempo definido na alínea d) do n.º 1 do art.º 145.º-AB⁹⁵. Apesar de no n.º 8 do art.º 145.º-O não estar definido o tempo durante o qual os direitos estarão suspensos consideramos que os mesmos, dada a remissão para o disposto na alínea d) do n.º 1 do art.º 145.º-AB onde se encontra previsto o poder da sua suspensão por parte do BdP, apenas estarão suspensos durante o momento da publicação da decisão de transferência da atividade para a instituição de transição (cf. n.º 1 e 2 do art.º 145.º-O) e o final do dia útil seguinte à mesma. Ou seja, fora deste balizamento de tempo, nada obstará a que sejam impugnados os contratos relacionados com a atividade a transferir para a instituição de transição, mesmo que o fundamento seja a própria transmissão para o banco de transição.

A contrario, durante esse balizamento de tempo (cf. al. d) do n.º 1 do art.º 145.º-AB), caso haja **outro fundamento que nada tenha que ver com a decisão do Banco de Portugal sobre transferência da atividade para o banco de transição** pode, com base nele, ser o negócio impugnado^{96 97}. Caso assim não fosse estaríamos perante um “*ato acima do próprio direito*”, nas palavras de ANA MAFALDA BARBOSA⁹⁸.

2.1. Créditos excluídos da transmissão para a instituição de transição

insolvência (al. a) do n.º 1) ou exercer a posse ou os poderes de administração e disposição do património (al. b) do n.º 1).

⁹⁵ Interregno também definido noutros poderes de resolução do Banco de Portugal, nomeadamente os previstos nas alíneas b) e e) do art.º 145.º-AB.

⁹⁶ No mesmo sentido, dispõe *in fine* o n.º 2 do art.º 145.º-AV.

⁹⁷ BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, *ob.cit.*, p. 20, relativamente a este ponto, refere que “no que toca à alteração de condições (...) nada obsta a que o sujeito possa alegar – não por virtude da medida da resolução, mas com outro fundamento (**que pode inclusivamente passar pelos factos que determinam a necessidade de intervenção do regulador**) (sublinhado nosso) – a alteração superveniente das circunstâncias.” A nosso ver, de acordo com o disposto no n.º 8 do art.º 145.º-O, especificamente relativo à transferência de atividade para uma instituição de transição, e com o disposto no n.º 2 do art.º 145.º-AV é vinculativo que, para que seja possível exercer-se esses direitos, o fundamento nada tenha que ver com a aplicação da medida pelo Banco de Portugal nem com nenhum facto que dessa decisão seja originado. Ao contrário do que refere a autora, a nosso ver a possibilidade de invocação dos factos que determinam a necessidade de intervenção do regulador não é um fundamento que possa ser invocado. Invocar os factos que determinam a necessidade de intervenção do regulador é um fundamento com base na aplicação da medida de resolução em *latu sensu*, uma vez que o que se estará a colocar em causa é, precisamente, as factos que tiverem por base a necessidade de aplicação da medida de resolução pelo BdP.

⁹⁸ BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, *ob.cit.*, p. 94 adianta que o poder do BdP definido na al. d) do n.º 1 do art.º 145.º-AB, assim como todos os outros previstos no mesmo artigo, explica-se, sobretudo, “pela necessidade de não privar de eficácia a medida de resolução aplicada”. Tal também é o nosso entendimento.

2.1.1. O regime anterior às alterações do DL n.º 23-A/2015

Antes das alterações introduzidas pelo DL n.º 23-A/2015 no RGIC com a transposição da Diretiva 2014/59/UE, definia o n.º 2 do art.º 145.º-H **um leque bem mais alargado** relativamente às proibições de transmissão para a instituição de transição, regime agora disposto no n.º 3 do art.º 145.º-Q do RGIC.

Segundo o n.º 2 do art.º 145.º-H não poderiam ser transferidas para a instituição de transição quaisquer obrigações contraídas pela instituição de crédito objeto de resolução perante os respetivos acionistas cuja participação, no momento da transferência, fosse igual ou superior a 2 % do capital social, perante as pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores à transferência tivessem tido, também, participação igual ou superior a 2% do capital social, perante 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 encontrassem em relação de domínio ou de grupo com a instituição (al. a)). A estas obrigações acrescentar-se-iam as contraídas pela instituição objeto de resolução perante as pessoas ou entidades que tivessem sido acionistas, que tivessem exercido funções ou prestado os serviços referidos na al. a) nos quatro anos anteriores à criação da instituição de transição, e cuja ação ou omissão tivesse estado na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito ou tivesse contribuído para o agravamento de tal situação (al. b)). Por fim, acrescentavam as duas últimas alíneas a proibição de transmissão dos créditos da instituição de crédito intervencionada perante os cônjuges, parentes ou afins em 1.º grau ou terceiros que atuassem por conta das pessoas ou entidades referidas anteriormente (al. c)) e perante os responsáveis por factos relacionados com a instituição de crédito, ou que deles tivesse tirado benefício, diretamente ou por interposta pessoa, e que estivessem na origem das dificuldades financeiras ou que tivessem contribuído, por ação ou omissão no âmbito das suas responsabilidades, para o agravamento dessa situação (al. d)).

Ao estarem impossibilitados de serem transferidos para a instituição de transição e, por isso, obrigados a permanecer na instituição objeto de resolução, consideram-se estes **créditos desprotegidos** uma vez que o seu grau de satisfação sairá gorado, consequência do futuro mais provável da instituição intervencionada – a liquidação.

No nosso entendimento, a intenção da versão anterior do RGIC, antes da alteração introduzida pelo DL n.º 23-A/2015 quanto à impossibilidade de transmissão dos créditos

contraídos perante as pessoas e entidades referidas nas alíneas do n.º 2 do art.º 145.º-H, era, sobretudo, *sancionatória*⁹⁹.

À exceção das alíneas a) e c), pareciam estar excluídos da possibilidade de transmissão para a instituição de transição, os créditos contraídos pela instituição de crédito intervencionada perante pessoas e entidades que pudessem ter tido **responsabilização** fosse na origem da desestabilização, fosse no agravamento da situação financeira que justificou a intervenção com a aplicação de medida de resolução¹⁰⁰. Logo, a impossibilidade da sua transferência para a instituição de transição, onde poderiam ver os seus créditos salvaguardados, seria a **sanção** pela sua responsabilização.

Tomando o carácter sancionatório como fator determinante para a exclusão dos créditos elencados nas alíneas do n.º 2 do art.º 145.º-H, a determinação do limiar dos 2% de capital social enquadra-se mal. Na verdade, os acionistas que no momento da transferência (ou as demais pessoas e entidades que nos dois anos anteriores à transferência) tivessem participação “*igual ou superior a 2% do capital social*”, podiam nada ter que ver com a origem e o agravamento da situação da instituição financeira¹⁰¹. Isto é, o limiar dos 2% não é (nem pode ser!) indicativo de qualquer tipo de responsabilização dos acionistas ao ponto de, por uma questão sancionatória, o seu crédito estar impossibilitado de ser transferido para a instituição de transição e, assim, de ficar desprotegido. Com o disposto, o legislador pressupunha, *iuris et de iure*, que bastava a participação igual ou superior a 2% do capital social para que o acionista interviesse na condução de vida da instituição financeira acarretando, com isso, responsabilidades

⁹⁹ Relativamente à *ratio* da impossibilidade de transmissão para a instituição de transição vamos de encontro ao defendido por BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil ...ob.cit.*, p.98.

¹⁰⁰ Vejamos para isso o disposto *in fine* das alíneas b) e d) do n.º 2 do art.º 145.º-H da versão anterior à introduzida do DL 23-A/2015 no RGIC: “*cuja ação ou omissão tenha estado na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito ou tenha contribuído para o agravamento de tal situação*” (cf. al. b) do art.º 145.º-H.

¹⁰¹ TARSO DOMINGUES, Paulo, “A (má?) sorte dos credores acionistas”, in *II Congresso de Direito Bancário*, Almedina, 2017, p.78 refere, relativamente ao limiar dos 2%, que “é a própria lei que distingue o regime de créditos dos acionistas”, acolhendo “a clássica distinção entre o **pequeno acionista** (ênfase nosso), o acionista investidor (que está completamente afastado do controle da sociedade e que tem acesso limitado à informação e ao processo de gestão) e o **acionista qualificado** (ênfase nosso) ou empresário (aquele que, está em regra, envolvido na gestão e controle societários e tem acesso privilegiado a informação)”. Apesar de concordarmos com o entendimento do Professor, uma vez que a lei está claramente a fazer uma distinção com o fim de responsabilizar, não cremos que o limiar dos 2% possa ser significativo para se garantir que haja ou não intervenção na vida da sociedade e, muito menos, para conferir quem teve ou não responsabilidade na origem e agravamento da situação financeira da instituição de crédito.

acrescidas relativamente à origem e ao agravamento da situação económica, causadora da aplicação da medida de resolução¹⁰².

No mesmo sentido, partindo do fator sancionatório, também a proibição dos créditos contraídos pela instituição de crédito perante as pessoas elencadas na alínea c) do n.º 2 do art.º 145.º-H não se enquadra. Como sustenta ANA MAFALDA BARBOSA¹⁰³, “*não é pelo facto de se subsistir um qualquer vínculo familiar que determina a existência de uma relação de especial proximidade entre as pessoas, embora ela se possa presumir.*” As pessoas aludidas nesta alínea podiam ser apenas simples credores da instituição financeira, sem qualquer tipo de ligação às pessoas e entidades elencadas nas alíneas a) e c) que, em princípio, não tiveram qualquer responsabilidade na origem e no agravamento da situação financeira da instituição de crédito.

2.1.2. Regime introduzido pelo DL n.º 23-A/2015

Com a nova redação introduzida pelo DL n.º 23-A/2015 que, desde já, aplaudimos, o n.º 3 do art.º 145.º-Q veio encurtar consideravelmente o elenco previsto anteriormente no n.º 2 do art.º 145.º-H. Relativamente à impossibilidade de transmissão para a instituição de transição, apenas refere n.º 3 do art.º 145.º-Q que “*não podem ser transferidos para a instituição de transição quaisquer direitos de crédito sobre a instituição de crédito objeto de resolução detidos por pessoas e entidades que*”:

- nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação direta ou indireta, igual ou superior a 2% do capital social da instituição de créditos *ou*,
- tenham sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito.

In fine, ressalva o n.º 3 do art.º 145.º-Q que os créditos detidos por estas pessoas e entidades só poderão ser transferidos para a instituição de transição caso se demonstre que as mesmas não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação.

¹⁰² No mesmo sentido, *vide* BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil ...ob.cit.*, p. 98.

¹⁰³ BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil ...ob.cit.*, p. 99.

Parece-nos que nesta nova versão do n.º 3 do art.º 145.º-Q continua a haver, por parte do legislador, uma intenção *sancionatória*. Não obstante a menor abrangência do artigo, continuam a estar impossibilitados de ser transmitidos para a instituição de transição e de ficarem, por esse facto, protegidos, os créditos detidos por pessoas e entidades, *em princípio*, especialmente ligadas com a condução de vida da instituição financeira e por isso com uma maior responsabilidade naquilo que se prende com o desmantelamento da situação financeira desta.

Apesar de continuar a prever-se como limiar a participação de 2% do capital social que, como referimos no ponto anterior, não nos parece que seja indicativo de uma influência significativa e conseqüente responsabilização pela origem ou agravamento da situação financeira da instituição, o n.º 3 do art.º 145.º-Q *in fine* inova (e suaviza aquilo que na versão anterior parecia inequívoco) com a previsão da **ilidibilidade**.

Ao prever-se a ilidibilidade da presunção, caso se demonstre que as pessoas ou entidades elencadas no artigo não tiverem responsabilidade na origem ou no agravamento da situação da instituição de crédito intervencionada, podem os seus créditos serem transferidos para a instituição de transição e, assim, ficarem protegidos.

Por fim e não menos importante, salienta-se a exclusão da anterior alínea c) do n.º 2 do art.º 145.º-H relativamente à proibição de transmissão para a instituição de transição de obrigações contraídas pela instituição de transição perante pessoas com vínculo familiar com as elencadas nas alíneas a) e b) do mesmo artigo.

A previsão de ilidibilidade e a exclusão da anterior al. c), leva-nos a crer que a *ratio* do n.º 3 do art.º 145.º-Q **não é unitária**¹⁰⁴.

Sobretudo, o facto de ser possível demonstrar-se que a pessoa ou entidade, apesar da detenção de participação igual ou superior a 2% de capital ou de ter sido membro dos órgãos de administração, nada teve que ver com a origem ou agravamento da situação da instituição de crédito afasta a ideia “pura” de sanção pela responsabilização.

Nesse seguimento, mais do que sancionatória, a ideia predominante do n.º 3 do art.º 145.º-H é de *repartição de riscos*¹⁰⁵. Esta repartição de riscos é justificada pela

¹⁰⁴ FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, p. 308.

¹⁰⁵ Tal como defende BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil ...ob.cit.*, p. 99.

própria natureza dos créditos detidos pelas pessoas e entidades elencadas. Ou seja, com vista à repartição de encargos, o legislador tem em conta no n.º 3 do art.º 145.º-Q a prioridade para a absorção de perdas¹⁰⁶ por parte das ações (capital próprio) e da dívida subordinada (instrumento híbrido)¹⁰⁷, razão pela qual não irão estes ativos ser transferidos para a instituição de transição.

Como já referido acima, apesar de não crermos que a percentagem de 2% seja indicativa de influência significativa na sociedade, a sua previsão no n.º 3 do art.º 145.º-Q, tal como refere PAULO TARSO DOMINGUES¹⁰⁸, tem a intenção de diferenciar o pequeno acionista do acionista qualificado. Assim, afastada a predominância da *ratio* sancionatória, esta distinção deve ser vista como salvaguarda dos interesses do acionista-investidor, aquele que se demonstra um verdadeiro consumidor¹⁰⁹, neste caso, de um produto bancário, encontrando-se alheio à condução da vida da sociedade.

Ao salvaguardar-se os interesses do acionista-consumidor, uma vez que os seus créditos serão transferidos para a instituição de transição, está a garantir-se a não afetação da relação de confiança subjacente entre cliente e instituição bancária. Esta tutela vai totalmente de encontro às finalidades da aplicação das medidas de resolução, mormente,

¹⁰⁶ Cfr. FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução...”, *ob.cit.*, pp. 287-291. Mais adiante, no Ponto no Capítulo III, abordamos com maior pormenor as características próprias das ações (**capitais próprios**) e dívida subordinada (**instrumentos híbridos**).

¹⁰⁷ BARBOSA, Ana Mafalda, “*Direito Civil e ...*”, *ob.cit.* pp. 62 e 63 a propósito da anterior versão do n.º 3 do art.º 145.º-Q, defende que a *ratio* do n.º 3 do art.º 145.º-Q, onde o leque de proibições de transmissibilidade para a instituição de transição era mais alargado, não é em função da sua subordinação. A autora defende neste sentido dado que, caso contrário, “*não faria sentido destacar estas obrigações subordinadas em relação a outras.*” Concordamos com o facto de não ser a subordinação do crédito a *ratio* desta proibição, atualmente prevista no n.º 3 do art.º 145.º-Q e reduzida aos créditos detidos por pessoas e entidades que tenham sido membros dos órgãos da administração da instituição de crédito. De facto, se fosse esta a *ratio*, deveriam constar todos os restantes créditos previstos no art.º 48.º do CIRE. Não obstante esse facto, não podemos desconsiderar a natureza deste crédito.

¹⁰⁸ Vide nota 101.

¹⁰⁹ BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil e ...*, *ob. cit.*, p.95 refere que “*o cliente do banco pode ser configurado, em abstrato, como consumidor*” remetendo em rodapé (nota 134), nomeadamente, para MONTEIRO, A. Pinto, “A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor”, in *Boletim de Ciências Económicas- Homenagem ao Prof. Doutor António Avelãs Nunes*, vol. LVII, tomo II, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p.2321 que refere que “uma vez que os poderes de controlo, regulação e supervisão das instituições de crédito” visam “diretamente, em nome do interesse público, o funcionamento regular, estável, são e prudente do sistema bancário, visam, também, ao mesmo tempo ou, pelo menos, indiretamente, a proteção dos depositantes e dos sistemas, dos «consumidores» de serviços bancários.” Contrariamente, o Professor OLIVEIRA ASCENSÃO, “A proteção do investidor”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume IV, Coimbra Editora, 2003, pp. 38 e ss, defende que o direito do consumo não deve ser aplicado ao pequeno investidor dado que o mesmo já detém uma proteção específica.

a *prevenção de ocorrência de consequências graves para a estabilidade financeira* (cf. al. a) do n.º 1 art.º 145.º-C).

Não esqueçamos, porém, que apesar da impossibilidade da transferência prevista no n.º 8 do art.º 145.º-Q, não há uma total desproteção destas pessoas e entidades devido ao respeito pelo **Princípio no creditor worse off** consagrado na alínea c) do n.º1 do art.º 145.º-D. Ora, mesmo permanecendo os direitos de crédito na instituição intervencionada e, por isso, considerarem-se desprotegidos, os seus detentores não poderão sofrer um prejuízo maior do que aquele que suportariam caso a instituição de crédito intervencionada entrasse em liquidação. Assegurando-se este disposto, caso se venha a apurar que um credor ou acionista sofreu um prejuízo superior àquele que teria sofrido se fosse aplicada a liquidação, segundo o n.º 16 do art.º 145.º-H, ele terá direito a receber o valor da diferença¹¹⁰, operando-se uma verdadeira **compensação**.

Indo de encontro ao disposto no n.º3 do art.º 145.º-Q, podemos remeter-nos à **exclusão da garantia de reembolso concedida pelo Fundo de Garantia de Depósitos** aos “*depósitos de pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data em que se verificar a indisponibilidade dos depósitos, ou em que tenha sido adotada uma medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2% do capital social da instituição de crédito ou tenha sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito*” (cf. al. d) do n.1 do art.º 165.º¹¹¹).

Tal como acontece com impossibilidade de transmissão prevista no n.º 3 do art.º 145.º-Q, parece haver uma intenção do legislador de **sancionar** os depósitos detidos por estas pessoas e entidades, em princípio, com uma intervenção relevante na instituição de crédito ao ponto de poderem ter sido responsáveis pela origem das dificuldades financeiras e posterior agravação das mesmas¹¹².

¹¹⁰ Sobre os meios de tutela dos credores acionistas, *vide* TARSO DOMINGUES, Paulo, “A (má?) sorte...”, *ob.cit.*, pp. 80 e ss.

¹¹¹ Também relativamente a este artigo houve um encurtamento do leque das exclusões da garantia por parte do Fundo de Garantia de Depósitos, operado pela transposição da Diretiva 2014/59/UE pelo DL 23-A/2015.

¹¹² Relativamente a este aspeto LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução...”, *ob.cit.*, p.187, vai mais longe referindo mesmo que “a especial ligação à instituição intervencionada **afasta a necessidade de salvaguarda da confiança dos depositantes e da estabilidade financeira**” (sublinhado nosso).

Ao deixarem de ser garantidos pelo Fundo Garantia de Depósitos, deixam estes créditos de terem privilégio creditório deixando de se considerar, por isso, créditos privilegiados. Neste seguimento, uma vez respeitado o princípio enunciado na al. b) do n.º 1 do art.º 145.º-D, em princípio não serão estes créditos transferidos para a instituição de transição ficando, dessa forma, desprotegidos.

À semelhança do já referido, não nos parece que o limiar dos 2% seja indicativo certo de uma participação ativa na instituição de crédito. Não obstante isso, este limiar visa, na mesma medida do n.º 3 do art.º 145.º-Q, a distinção entre o depósitos do pequeno acionista (que, mais uma vez, vê protegida a sua posição¹¹³) e os depósitos do acionista qualificado.

Apesar disso, também aqui não parece haver uma *ratio unitária*¹¹⁴: além de estar previsto a possibilidade de demonstrar-se que a pessoa ou entidade nada teve que ver com a origem ou agravamento da situação da instituição de crédito (cf. al. d) do n.º1 do art.º 165.º), parece que predomina a ideia de **repartição de riscos** de forma a garantir-se, à semelhança do disposto no n.º3 do art.º 145.º-Q, que apenas não têm garantia de reembolso os depositantes titulares de créditos que pela sua própria natureza – **capital próprio** no caso das ações, e **instrumento híbrido** no caso da dívida subordinada - assumem os prejuízos da instituição de crédito intervencionada¹¹⁵.

3. A possibilidade de transferência da totalidade dos depósitos

Os princípios orientadores consagrados no art.º 145.º-D, além de terem um impacto decisivo na escolha da medida de resolução a aplicar, tem uma importância

¹¹³ Também neste artigo, a proteção do “depositante pequeno acionista” tem por base a necessidade de proteção da figura do “consumidor”, garantindo-se a salvaguarda da relação entre “depositante pequeno acionista” e instituição de crédito.

¹¹⁴ Relativamente à *ratio* da exclusão destes depósitos da garantia, SALAVESSA, Francisco Boavida, “Sistema de Compensação de Aforradores”, in *O Novo Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2012, p.439 e ss e 454 e ss refere, também, que a mesma não é unitária mas, juntamente com a ideia de punição, o autor defende que há uma **desnecessidade de proteção do depósito do acionista qualificado**, uma vez que se torna irrelevante o teto de 100.000 euros de valor garantido. A nosso ver, apesar da relevância ou não do montante de 100.000 euros, o que valerá a par da ideia de punição (ou sancionatória) é a natureza do crédito além do depósito. Isto é, a *ratio* da al. d) do n.º 1 do art.º 165.º é exatamente a mesma que a prevista no n.º 3 do art.º 145.º-Q no entanto, ao invés de revelar o depósito, continua a revelar a natureza da ação e dívida subordinada.

¹¹⁵ Cf. FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução...”, *ob.cit.*, pp. 287-291. Mais adiante, no Ponto no Capítulo III, abordamos com maior pormenor as características próprias das ações (capitais próprios) e dívida subordinada (instrumentos híbridos).

acrescida¹¹⁶ na orientação do Banco de Portugal no momento de seleção da atividade a transferir para a instituição de transição¹¹⁷.

Como já tivemos oportunidade de concluir no Ponto anterior, considera-se que um crédito está protegido quando o mesmo é transferido para a instituição de transição, contrariamente ao crédito que permanece na instituição objeto de resolução, cujo grau de satisfação fica completamente diminuído, podendo ser mesmo inexistente¹¹⁸.

Desde logo, ficam excluídos da transmissão para a instituição de transição os direitos de créditos sobre a instituição objeto de resolução detidos por pessoas e entidades, que nos dois anos anteriores à aplicação da medida de resolução, detivessem direta ou indiretamente uma participação igual ou superior a 2% de capital, conforme o disposto no já abordado n.º 8 do art.º 145.º-Q.

Ao estarem excluídos da transmissão para a instituição de transição, garante-se desde logo que são os **acionistas** a suportarem prioritariamente os prejuízos da instituição de crédito respeitando-se, dessa forma, o princípio elencado na alínea a) do n.º 1 do art.º 145.º-D.

Em segundo lugar, assumem os prejuízos os **credores da instituição financeira**, em condições equitativas e de acordo com a graduação dos seus créditos¹¹⁹, conforme enuncia a alínea b) do n.º 1 do art.º 145.º-D.

Uma vez não estabelecendo o RGIC regras relativas à graduação de créditos, temos de remeter a questão o Regime da liquidação das instituições de crédito previsto

¹¹⁶ Cf. LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução...”, *ob.cit.*, p.167

¹¹⁷ Assim como são também determinantes na escolha da atividade a transferir para o veículo de gestão de ativos, quando estamos perante a aplicação da medida da segregação e transferência parcial ou total da atividade, prevista na al. c) do n.º 1 do art.º 145.º-E.

¹¹⁸ LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução...”, *ob.cit.*, p.167 explica que “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 ativos que os contrabalancem para a entidade cessionária** (ênfase nosso).”

¹¹⁹ BARBOSA, Ana Mafalda, “Os limites da medida...”, *ob.cit.*, p. 23 refere, sobre este aspeto, que a assunção dos prejuízos deverá obedecer à graduação de créditos por ser fundamental na “busca do equilíbrio entre a salvaguarda dos interesses dos credores e da estabilidade do mercado financeiro”, uma vez que, caso contrário, “poderiam estar em causa direitos de natureza absoluta”.

no DL n.º 199/2006, de 25 de Outubro¹²⁰ que, por força do disposto na alínea i) do n.º 2 do seu art.º 20.º nos remete, por sua vez, para o regime da graduação de créditos disposto no CIRE.

De acordo com o art.º 47.º do CIRE, são quatro as categorias de créditos: os **créditos garantidos**, os **créditos privilegiados**, os **créditos comuns** e, por fim, os **créditos subordinados** que segundo o art.º 177.º do CIRE apenas são pagos após satisfeitos os restantes créditos¹²¹.

De entre os **créditos privilegiados**, temos os **depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos** até ao montante limite de 100.000€¹²² que, por força do disposto do n.º 1 do art.º 166.º-A gozam de **privilégio creditório**¹²³ e têm preferência sobre todos os demais créditos privilegiados (cf. n.º 2 do art.º 166.º-A). Este privilégio creditório concedido aos depósitos até 100.000€ vai de encontro com o princípio elencado na alínea d) do art.º 145.º-D no sentido dos depositantes, dentro deste limite, não suportarem prejuízos¹²⁴.

Assim sendo, de forma aos seus titulares não sofrerem prejuízos e, nesse seguimento, verem os seus créditos salvaguardados, **os depósitos até ao valor de 100.000€ terão de, obrigatoriamente, ser transferidos para a instituição de transição.**

Sem o privilégio creditório conferido pelo n.º 1 do art.º 166.º-A, os depósitos até 100.000€ seriam créditos comuns. Ora, uma vez que o privilégio creditório só é concedido

¹²⁰ A este propósito não nos esqueçamos que o regime-regra para combate das situações de crise das instituições de crédito é o da liquidação, previsto no DL n.º 199/2006. Logo, à falta de previsão no RGIC, cabe-nos remeter para o regime da liquidação.

¹²¹ Sobre a graduação de créditos *vide* SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2015, pp. 242 e ss.

¹²² Cf. disposto no n.º 1 do art.º 166.

¹²³ À semelhança dos créditos até ao montante de 100.000€, também gozam de privilégio creditório os créditos decorrentes de apoio financeiro prestado pelos Fundo de Resolução e Fundo de Garantia de Depósitos para aplicação da medida de resolução, cf. o disposto n.º 3 do art.º 166-A.

¹²⁴ BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil e ...*, *ob. cit.*, p.70 refere, nesse seguimento, que os depósitos bancários (até ao limite de 100.000 euros) “*não obedecem ao princípio geral de aplicação da medida de resolução*” – de, em primeira linha, responderem pelos prejuízos e, em segunda linha, os restantes credores de acordo segundo a graduação dos seus créditos – estando, dessa forma, “*colocados num patamar de proteção mais elevado*”. No mesmo sentido, LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução...”, *ob.cit.*, p.168 refere que “*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*”.

aos depósitos até ao valor de 100.000€, **o valor acima desse limite é considerado um crédito comum.**

Creemos que para uma eficaz **prosecução da finalidade da prevenção de ocorrências graves para a estabilidade financeira**, nomeadamente naquilo que se prende com a prevenção do contágio entre entidades conforme o disposto na alínea b) do n.º 1 do art.º 145.º-C, **pode ser necessário transferir para a instituição de transição o valor total do depósito.** Ou seja, para uma combate eficaz do contágio entre as entidades, poderá não bastar transferir-se para a instituição de transição apenas os depósitos até ao valor de 100.000€ garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos.

Não estamos, contudo, a referir que a garantia do valor de 100.000€ pelo Fundo de Garantia de Depósitos devia ser alargada a todo o montante depositado. É claro que, por uma razão da manutenção da relação de confiança entre depositante e a instituição bancária, esse seria o cenário ideal, mas mostra-se, na prática, impossível!

O que nos parece certo é que a transferência e, por conseguinte, a proteção apenas dos depósitos garantidos pode, nomeadamente, **pela dimensão e impacto na instituição financeira objeto de resolução**, não ser suficiente para prevenir o contágio entre entidades e evitar a corrida aos depósitos.

Apesar da alínea d) do art.º 145.º-D apenas fazer referência à proteção dos depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos, parece-nos viável a transferência e, por essa via, **a salvaguarda da totalidade do valor do depósito.**

Na prática, ao ser salvaguardada a totalidade de valor do depósito, não só estão a ser transferidos **os créditos privilegiados** (que, em princípio, são os primeiros a serem transferidos para a instituição de transição dada a sua posição cimeira sustentada acima) como, também, os **créditos comuns** referentes aos valores depositados acima dos 100.000€.

Para o melhor entendimento desta questão que aqui se coloca, relembramos a alínea b) do n.º 1 do art.º 145.º-D relativo aos Princípios orientadores da aplicação da medida de resolução:

“b) Os credores da instituição de crédito objeto de resolução suportam de seguida, e em **condições equitativas** (ênfase nosso), os prejuízos da instituição em causa, de acordo com a graduação dos seus créditos.”

Em princípio, ao serem transferidos pelo Banco de Portugal todos os depósitos para a instituição de transição incluindo os de valor acima do limite de 100.000€ garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos, está a **tratar-se diferentemente credores da mesma classe**.

Isto é, dentro da classe dos credores comuns, estaria o Banco de Portugal a proteger os créditos que configuravam depósitos (com valor acima de 100.000€ e, por essa razão, créditos comuns) e os demais créditos comuns, nomeadamente os de fornecedores, manter-se-iam na instituição de crédito objeto de resolução.

Uma vez que, na falta de regime relativo à graduação de créditos no RGIC, nos remetemos para o elencado no CIRE, poderíamos resolver a questão à luz do princípio do *par conditium creditorum*. No entanto, não nos parece que seja o caminho a seguir.

Vejamos:

O facto de remetermos a questão da graduação de créditos para o regime do CIRE (devido a uma primeira remissão para o Regime da liquidação das instituições de crédito) não implica que tenhamos, obrigatoriamente, de nos orientar pelos princípios orientadores do processo da insolvência, mormente o princípio do *par conditium creditorum*.

Aliás, os próprios **propósitos do processo de insolvência diferem dos da aplicação da medida de resolução**: enquanto que no processo de insolvência a finalidade é a satisfação dos credores pelo património do devedor¹²⁵, na aplicação das medidas de resolução, as finalidades passam pela estabilidade financeira, prevenção do contágio entre entidades e proteção dos depositantes (cf. alíneas do n.º 1 do art.º 145.º-C).

Assim sendo, **não nos parece que**, por uma questão de salvaguarda do risco sistémico, **não possa o Banco de Portugal transferir todos os valores dos depósitos**

¹²⁵ Sobre a finalidade do processo de insolvência, vide PRATA, Ana, MORAIS CARVALHO, Jorge, SIMÕES, Rui, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, 2013, pp.7 e ss.

para a instituição de transição (privilegiando, assim, os créditos comuns que configuram depósitos em detrimento dos demais créditos comuns) **em prol de uma necessidade de igualdade absoluta de tratamento dos credores pertencentes à mesma classe** – *par conditium creditorum*. O que deverá aqui ser priorizado será, a nossa ver, a prossecução das finalidades atinentes ao regime da aplicação da medida de resolução, ao invés de se garantir cegamente a igualdade dos credores dentro da mesma classe que só iria originar o sentido inverso do pretendido¹²⁶.

Face a esta problemática, aplaudimos a alteração introduzida pelo DL n.º 114-A/2014 de 1 de Agosto que, ao alterar o conteúdo do n.º 1 do art.º 145.º-B (que na redação atual corresponde à al. b) do n.º 1 do art.º 145.º -D), alterou a expressão *condições de igualdade* para *condições de equidade* e, por conseguinte, veio clarificar a posição. Apesar da assunção dos prejuízos respeitar a graduação de créditos, **não se afigura obrigatório um tratamento igualitário entre os credores da mesma classe, mas sim um tratamento equitativo.**

Neste seguimento, acreditamos que a alteração da al. b) do n.º 1 do art.º 145.º-D, veio em resposta à necessidade de, em prol da prossecução das finalidades relativas às medidas de resolução, tratar não *igualmente*, mas sim *equitativamente* os credores da mesma classe.

Não esqueçamos, porém, que apesar de, em prol da prossecução das finalidades da resolução, poder ocorrer uma diferenciação de tratamento entre credores da mesma classe, sendo uns créditos transferidos para a instituição de transição e outros não, não se afasta o cumprimento do princípio norteador *no creditor worse off* relativamente aos

¹²⁶ LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução...”, *ob.cit.*, p.170, relativamente ao disposto na anterior versão da al. b) do n.º 1 do art.º 145.º-D, entende que apenas existe uma **obrigação de meios** e não uma **obrigação de resultado**. A anterior versão da al. b) do n.º 1 do art.º 145.º-D, prevista atualmente no n.º 1 do art.º 145.º-B, enunciava que “*os acionistas e os credores da instituição de crédito assumem prioritariamente os prejuízos da instituição em causa de acordo com a respetiva hierarquia e em condições de igualdade* (ênfase nosso) *dentro de cada classe de credores*”. Segundo o autor qualquer depositante, mesmo com o depósito garantido pelo Fundo de Garantia de Depósitos, é um credor. Assim, caso fosse interpretado este princípio como uma obrigação de resultado, não obstante a garantia, também os depositantes, na qualidade de credores, iriam assumir os prejuízos da instituição de crédito intervencionada. O autor acrescenta alertando para a expressão “*procura assegurar-se*” presente na disposição do artigo que, no seguimento do anteriormente por si sustentado, justifica a existência de uma **obrigação de meios** e não de fim. Este é o mote do autor para defender a possibilidade de um tratamento diferenciado dentro da mesma classe de credores, “mediante a necessidade de salvaguarda das finalidades da medida de resolução”. É também este, como temos vindo sustentando neste Ponto, o nosso entendimento.

créditos que não transitam para a instituição de transição. Ou seja, continua a garantir-se que os créditos que permanecerem na instituição de crédito intervencionada não poderão sofrer, em respeito do princípio previsto na alínea c) do art.º 145.º-D, um prejuízo maior do que aquele que sofreriam caso a instituição de crédito entrasse em insolvência – Princípio *no creditor worse off*.

Para o cumprimento deste princípio, antes da decisão da transferência dos créditos para a instituição de transição, o n.º 1 do art.º 145.º-H exige que o BdP designe uma entidade independente para ser feito um **juízo de prognose** de forma a ser avaliada a atividade da instituição em causa. “*Imediatamente após a produção de efeitos da medida de resolução*”, o n.º 14 do art.º 145.ºH exige novamente por parte do BdP a designação de entidade independente para avaliar se, neste caso, ao invés de ter sido aplicada a transferência da atividade para a instituição de transição fosse aplicada a liquidação da instituição de crédito, os titulares dos créditos que ficaram desprotegidos (ou seja, os que permaneceram na instituição de crédito) suportariam um prejuízo inferior. Caso o mesmo se verifique, dispõe o n.º 16 do mesmo artigo a obrigatoriedade do pagamento do valor da diferença (**compensação**), efetivando-se o cumprimento do Princípio *no creditor worse off*.

Creemos assim que, **o único motivo que justifica a diferenciação entre os credores da mesma classe** (neste caso, **os depositantes** com valores acima dos 100.000€ e por isso, **não garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos e os demais credores comuns**) **é a necessidade imperativa da prossecução de uma das finalidades elencadas no art.º 145.º-C**. Tomando de novo o nosso exemplo, justificar-se-ia uma diferenciação dentro da classe dos credores comuns entre os depositantes não garantidos e os demais credores comuns por uma razão de prevenção de risco sistémico (nomeadamente quando a instituição intervencionada tem uma importância acrescida) o que, na prática, resultaria numa corrida aos depósitos, desfavorável não só à garantia da manutenção da confiança dos depositantes como, também, à manutenção da estabilidade financeira.

O princípio pelo qual deve ser norteada a aplicação das medidas de resolução, inclusive naquilo que se prende com o momento da escolha pelo Banco de Portugal da atividade a transferir para a instituição de transição, é o Princípio *no creditor worse off*.

De encontro ao aqui defendido, a Diretiva 2014/59/EU, estabelece, precisamente, a possibilidade de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe, afastando-se do princípio *par conditium creditorum*. No mesmo sentido do exposto acima, refere-nos o considerando 47 da Diretiva 2014/59/EU que “*sempre que os credores de uma mesma categoria sejam tratados de forma diferente no âmbito de uma medida de resolução, tal distinção deverá justificar-se por razões de interesse público* (ênfase nosso) *e não deverá ser direta nem indiretamente discriminatória em razão da nacionalidade*”, sendo que o que é importante garantir-se é “*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»*”, conforme dita o considerando 5 da mesma Diretiva.

4. Montante global da transmissão

Determina o n.º 7 do art.º 145.º-Q que “*o valor total dos passivos e elementos extrapatrimoniais a transferir para a instituição de transição, não deve exceder* (destaque nosso) *o valor total dos ativos transferidos da instituição de crédito objeto de resolução*”¹²⁷.

Esta determinação demonstra, sobretudo, a preocupação de em sede de instituição de transição estarem os ativos contrabalançados com os passivos. Contrabalançados os ativos e os passivos na instituição de transição, está garantida a proteção, máxime, a satisfação dos créditos para si transferidos.

Por outro lado, e uma vez que a transferência dos créditos para a instituição de transição implica a transferência de ativos, os créditos mantidos na instituição de crédito intervencionada veem a sua garantia diminuída uma vez que, contrariamente ao que acontece na instituição de transição, não existem ativos suficientes para os satisfazer¹²⁸.

Caso nada fosse determinado relativamente ao “equilíbrio” entre ativos e passivos a transferir para a instituição de transição, estaria a retirar-se toda a eficácia da medida de

¹²⁷ Ao valor dos ativos pode acrescer-se os fundos provenientes do Fundo de Resolução, do Fundo de Garantia de Depósitos ou do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo, conforme o n.º 7 do art.º 145.º-Q *in fine*.

¹²⁸ Cf. LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução...”, *ob.cit.*, p.167.

resolução, *in casu*, a transferência da atividade para uma instituição de transição. Isto é, caso não ficasse determinado que o valor total dos passivos não poderia exceder o valor total dos ativos transferidos para a instituição de transição, não se poderia garantir a proteção dos créditos transferidos para a instituição de transição não se atingindo, por conseguinte, as finalidades próprias da resolução dispostas no art.º 145.º-C¹²⁹, ao mesmo tempo que se mantinha a situação deficitária já existente.

5. Alienação da atividade da instituição de transição

Como já anteriormente referido no Ponto 1. do presente Capítulo, não devemos olhar para a instituição de transição como uma mera prossecutora das funções da instituição objeto de resolução.

Tal como refere o preceituado no n.º 1 do art.º 145.º-O, o objetivo do Banco de Portugal transferir atividade da instituição objeto de resolução para a instituição de transição é a **posterior alienação** dessa mesma atividade¹³⁰ o mais valorizada possível sendo que, para isso, a instituição de transição deverá obedecer a critérios de gestão que

¹²⁹ BARBOSA, Ana Mafalda, “Os limites da medida...”, *ob.cit.*, p. 25, refere a consonância do n.º 7 do art.º 145.ºQ com a “*ideia de eficácia da medida de resolução*”.

¹³⁰ O já revogado Aviso 13/2012 do Banco de Portugal, no n.º 1 do seu art.º 20.º, previa a possibilidade da alienação do capital social do banco de transição, mas apenas na sua totalidade e exclusivamente a “*entidades que se encontrassem habilitadas para o exercício da atividade bancária*”, não obstante o disposto no n.º 2 do mesmo artigo. Sobre os dois requisitos presentes no n.º 1, LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução...”, *ob.cit.*, p.191 refere que os mesmos decorrem, nomeadamente, da singular natureza da autorização concedida aos bancos de transição para o exercício da atividade bancária que “*tem duração limitada e não é transmissível com a venda do capital social* (ênfase nosso)”. Apesar do previsto nos n.º 1 e 2 do art.º 20.º do Aviso 13/2012, o autor deu enfoque à distinção entre a possibilidade de **alienação da totalidade do capital social do banco de transição** e a possibilidade de **alienação da “qualidade” de banco de transição**. No mesmo sentido, o próprio n.º 3 do art.º 20.º refere que o regime das instituições de transição cessa com a alienação total do capital social não sendo, por isso, a qualidade de “instituição de transição” alienada.

Com a transposição da Diretiva 2014/59/EU pelo DL 23-A/2015, a questão passou a estar prevista também nos n.º 3 e 7 do art.º 145.º-R. Prevê o n.º 3 do artigo a possibilidade da “*alienação das ações ou outros títulos representativos do capital social*”. Contrariamente ao disposto no n.º 1 do art.º 20.º do Aviso não se exige, atualmente, a alienação da totalidade do capital social nem, tampouco, a exclusividade de alienação a entidades habilitadas ao exercício da atividade bancária. Apesar disso, prevê o n.º 7 do art.º 145.º-R que, nos casos em que é alienada a totalidade do capital social, o regime da instituição de transição deixa de ser aplicado. Este preceito leva-nos a crer que, tal como previsto antes da transposição da Diretiva, **o que se pode alienar é a totalidade do capital social da instituição de transição e não a sua “qualidade”**. Assim, o n.º 4 do art.º 41 da Diretiva 2014/59/UE quando refere expressamente “a venda da instituição de transição” não se refere à alienação da “qualidade” de instituição de transição, mas sim à alienação da totalidade do capital social da mesma.

asseguem a manutenção de baixos riscos, conforme o disposto no n.º 11 do mesmo artigo.

Não está consagrado na lei um momento temporalmente exato¹³¹ para se proceder à alienação da atividade transferida para a instituição de transição. Para encontrarmos resposta, será necessário conjugarmos o disposto no n.º 4 do art.º 145.º-O e os n.º 3 e 4 do art.º 145.º-R.

Ora, primeiramente, segundo o n.º 4 do art.º 145.º-R, quem tem a legitimidade para alienar a atividade transferida para a instituição de transição é o Banco de Portugal ou a instituição de transição autorizada por este.

A alienação da atividade pode ser total ou parcial e deve ser feita quando se considerar que se encontram reunidas as condições necessárias para alienar, conforme n.º 3 do art.º 145.º-R *ab initio*. Mas, quando é que estarão reunidas as condições necessárias?

Como também já referido no Ponto 1. do presente Capítulo, refere-nos o n.º 4 do art.º 145.º-O que a função da instituição de transição é continuar com as operações relacionadas com a atividade para si transferida com vista “à valorização do negócio desenvolvido, procurando proceder à sua alienação, logo que as circunstâncias aconselhem, em termos que maximizem o valor do património em causa”. Logo, o objetivo é claro: **a maior maximização do valor patrimonial da atividade que resultará num maior produto de venda.**

Assim sendo, o Banco de Portugal ou a instituição de transição deverão alienar a atividade assim que ela atinja um “atraente” valor patrimonial que deverá ter em conta “as condições comerciais existentes na altura¹³², as circunstâncias do caso concreto e os

¹³¹ Parece-nos completamente justificável (e até necessária!) a impossibilidade do legislador definir um momento temporalmente exato para ser concretizada a alienação da atividade. Definitivamente, não é possível prever quando é que o valor patrimonial da atividade vai estar o mais maximizado possível. Apesar da ausência de um tempo exato para a alienação da atividade, parece-nos que é bastante o que é referido pela lei. Sendo o objetivo conseguir o maior produto de venda, a alienação deverá ser feita quando, tendo em conta as circunstâncias comerciais do momento, a atividade atinja a sua máxima valorização.

¹³² A alienação deve ser feita quando se atinja o máximo de valor patrimonial da atividade tendo em conta as condições comerciais existentes na altura. Isto é, o valor patrimonial da atividade a ser alienada deve estar o mais maximizada possível para que, naquela altura e dadas aquelas circunstâncias comerciais, consiga ser alienada. Entendemos que, mesmo que a atividade atinja em dado tempo um valor patrimonial muito alto, isso de nada valerá caso não coincida com a melhor altura para a alienação ser feita devido, por exemplo, às condições comerciais do momento.

princípios, regras e orientações da União Europeia em matéria de auxílios de Estado”, conforme n.º 3 do art.º 145.º-R *in fine*.

Relativamente ao processo de alienação propriamente dito, à semelhança do estipulado para a aplicação da medida de resolução da alienação parcial ou total da atividade prevista nos art.º 145.º-M e seguintes¹³³, deve o Banco de Portugal (ou a instituição de transição caso seja autorizada nos termos do n.º 4 do art.º 145.º-R) assegurar a “*transparência do processo e o tratamento equitativo dos interessados*”, conforme dispõe o n.º 3 do art.º 145.º-R.

Repare-se que, contrariamente, àquilo que sucede nos n.º 3 e 4 do art.º 145.º-M, não se fala aqui de *adquirentes*, mas sim de *interessados*. Na mesma linha, em sede de alienação parcial ou total da atividade é possível, segundo o disposto no n.º 4 do art.º 145.º-M, que seja o Banco de Portugal a convidar adquirentes. Esta possibilidade já não é consagrada no processo de alienação da atividade transferida para a instituição de transição. Apesar da omissão do legislador quanto a este aspeto, parece-nos que também no âmbito da presente medida de resolução, poderia o Banco de Portugal convidar potenciais adquirentes¹³⁴.

Logo que seja alienada a totalidade da atividade transferida pelo Banco de Portugal para a instituição de transição e do produto da alienação ser afeto nos termos do n.º 5 do art.º 145.º-R, o Banco de Portugal dissolve a instituição de transição segundo o disposto no n.º 6 do art.º 145.º-R.

Vendida toda a atividade para si transferida, a instituição de transição perde a sua razão de existência, uma vez cumpridas as suas funções e alcançado o seu objetivo: a maximização do valor patrimonial da atividade para si transferida e a sua posterior alienação.

¹³³ Vide Capítulo I, Ponto 4.1.

¹³⁴ Essa possibilidade estava anteriormente prevista no n.º 5 do art.º 18 do Aviso 13/2012 que referia que “o Banco de Portugal, por sua iniciativa ou sob proposta do conselho de administração do banco de transição, convida outras instituições autorizadas para o exercício da atividade em causa, selecionadas tendo em consideração as finalidades previstas no artigo 145.º-A do RGICSF, a apresentarem propostas de aquisição.” Naquilo que à aplicação da medida de resolução da transferência de atividade para uma instituição de transição diz respeito, não nos parece que haja motivo para a não possibilidade do BdP convidar adquirentes desde que, para isso, se assegure a “*transparência do processo e o tratamento equitativo dos interessados*” (cf. n.º 3 do art.º 145.º-R).

6. Extinção da instituição de transição

Conforme já anteriormente sustentado, a instituição de transição tem uma natureza transitória, aliás, como o próprio nome indica. De acordo com o disposto no n.º 10 do art.º 145.º-P, a sua duração máxima é de dois anos, prorrogável por períodos de um ano quando se verifique algumas das situações elencadas nas alíneas do n.º 11 do mesmo artigo¹³⁵. Devido ao seu regime de transitoriedade, a doutrina vem-se referindo à instituição de transição como uma instituição-ponte ou *bridge bank*.

Assim, refere no n.º 1 do art.º 145.º-R que “*logo que possível*” ou “*quando entender que se encontram asseguradas as finalidades*” da aplicação das medidas de resolução (cf. o n.º 1 do art.º 145.º-R), pode o Banco de Portugal determinar a cessação da atividade da instituição de transição.

Para além disso, o mesmo artigo elenca um conjunto de situações em que, ao ocorrerem, deverá igualmente o Banco de Portugal cessar a atividade da instituição de crédito, vejamos:

- Deverá, segundo a alínea a) do n.º 1 do art.º 145.º-R, o Banco de Portugal cessar a atividade da instituição de transição **quando toda a atividade para que fora transferida tiver sido alienada**. Nesta alínea vê-se claramente cumprido o disposto no n.º 1 e no n.º 4 do art.º 145.º-O. A função da instituição de transição é continuar a prestação de serviços atinentes à atividade para si transferida, maximizando o seu valor comercial. Cumprida a sua função e o seu objetivo de alienar a atividade, estará a instituição de transição na circunstância ideal para cessar a sua atividade.

- Segundo a alínea b) do n.º 1 art.º 145.º-R, **caso seja alienada a totalidade das ações ou outros títulos representativos do capital social da própria instituição de transição**¹³⁶, deverá também o Banco de Portugal cessar a atividade da instituição de transição. Quanto a esta alínea parecem não existir dúvidas. Se a própria instituição de transição é alienada a terceiro, não restará mais nenhuma

¹³⁵ Vide Capítulo II, Ponto 1.

¹³⁶ Sobre a possibilidade de alienação da instituição de transição, vide nota 130.

solução ao Banco de Portugal a não ser cessar a sua atividade. Não só cessará a sua atividade como, na mesma linha, cessará a aplicação do regime das instituições de transição, segundo o n.º 7 do art.º 145.º-R.

- Com a transposição da Diretiva 2014/59/UE¹³⁷ tornou-se possível a instituição de transição se fundir com outra entidade. Apresenta-nos o n.º 8 do art.º 145.º-R como requisito para a fusão da instituição de transição com outra entidade, o facto do Fundo de Resolução não poder ser titular de ações ou outros instrumentos representativos do capital social. Passando a prever-se **a fusão da instituição de transição com outra entidade**, na ocorrência dessa situação, o Banco de Portugal determina, segundo a alínea c) do n.º 1 art.º 145.º-R, a cessação da atividade da instituição de transição. Ao fundir-se com outra entidade e, por conseguinte, deixando o Fundo de Resolução de ser titular de ações ou outros instrumentos representativos de capital social, não haverá fundamento para a aplicação do regime das instituições de transição pelo que, conforme sucede na situação da alínea anterior, aplica-se o n.º 7 do art.º 145.º-R.

- Também deverá o Banco de Portugal determinar a cessação da atividade da instituição de transição **quando ela deixe de estar autorizada a exercer as atividades relacionadas com a atividade para si transferida ou quando deixe de assegurar a continuidade da prestação de serviços atinentes a essa mesma atividade** com vista à sua máxima valorização para uma posterior alienação. No fundo, a alínea d) do n.º 1 do art.º 145.º-R contempla o esvaziamento funcional da instituição de transição. Se a instituição de transição não está apta a exercer as suas funções com vista ao seu objetivo final de alienação, então não haverá razões para continuar a sua atividade. Acrescenta a alínea que caso o capital social da instituição de transição deixe de ser subscrito parcial ou totalmente pelo Fundo de Resolução ou pela aplicação da medida de Recapitalização Interna deverá, também, o Banco de Portugal determinar a cessação da atividade da instituição de transição.

- Nos termos da alínea e) do n.º 1 do art.º 145.º-R, **caso a duração da instituição de transição ultrapasse os dois anos** (não obstante a possibilidade do Banco de

¹³⁷ Previsto no n.º 3 do art.º 41 da Diretiva.

Portugal pedir a prorrogação por períodos de um ano atentas as situações expressas nas alíneas do n.º 11 art.º 145.º-P), cabe ao Banco de Portugal determinar a cessação da atividade da instituição de transição, entrando esta em liquidação. Só não entrará a instituição de transição em liquidação quando a atividade para si transferida provenha de mais do que uma instituição de crédito, situação em que quem entrará em liquidação é a própria atividade¹³⁸.

-Por último, a alínea f) do n.º 1 do art.º 145.º-R prevê o **caso de não ter sido toda a atividade transferida para a instituição de transição alienada (mas tendo sido a maior parte)**, situação em que o Banco de Portugal determina a cessação da atividade da instituição de transição, caso entenda que não se justifica a sua manutenção. A nosso ver, não se justificará a manutenção do exercício de funções da instituição de transição quando a continuidade de prestação de serviços da atividade restante ou não alienada nada acrescenta à prossecução das finalidades da aplicação da medida de resolução. Cessada nestes termos a atividade da instituição de transição pelo Banco de Portugal, resta a sua entrada em liquidação. Na mesma medida do disposto na alínea e), caso a instituição de transição em causa detivesse atividade de mais do que uma instituição de crédito objeto de resolução, a entrada em liquidação aplicar-se-ia à atividade restante, e não à instituição de transição em si¹³⁹.

7. Afetação do produto da alienação da atividade da instituição de transição

Como tínhamos analisado anteriormente no Ponto 5. do Capítulo I, o Banco de Portugal pode determinar que o Fundo de Resolução preste apoio financeiro à aplicação das medidas de resolução (cf. n.º 1 do art.º 145.º-AA), neste caso a transferência da atividade para uma instituição de transição, é o Fundo de Resolução.

Dentro dos efeitos para os quais o **Fundo de Resolução disponibiliza o apoio financeiro**, destacam-se a **conceção de empréstimos à instituição de transição** (nomeadamente para a criação e desenvolvimento da sua atividade) e a **subscrição total**

¹³⁸ Veja-se, para isso, o disposto no n.º 2 do art.º 145.º-R.

ou parcial do capital social da instituição de transição (als. b) e d) do n.º 1 do art.º 145.º-AA).

Dispõe o n.º 5 do art.º 145.º-R que todas as receitas geradas pela cessação da atividade da instituição de transição reverterem para os seus acionistas, sem prejuízo do disposto no n.º 4 do art.º 145.º-L¹⁴⁰. Assim sendo, as receitas geradas pela cessação da atividade da instituição de transição, reverterão para o Fundo de Resolução, caso seja ele, nos termos do n.º 3 do art.º 145.º-P, o subscritor da totalidade da capital social da instituição de transição¹⁴¹.

Por conseguinte, após a afetação do produto resultante da alienação da atividade da instituição de transição, o Banco de Portugal dissolve-a nos termos do n.º 6 do art.º 145.º-R. Relativamente a este aspeto é de sublinhar que antes da transposição da Diretiva 2014/59/EU, estava previsto no n.º 4 do art.º 145.º-I que após a afetação do produto da alienação, em termos proporcionais, ao Fundo de Resolução, ao Fundo de Garantia de Depósitos ou ao Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo, “*o eventual remanescente do produto da alienação é devolvido à instituição de crédito originária ou à sua massa insolvente, caso aquela tenha entrado em liquidação*” (cf. n.º 4 do art.º 145.º-I da anterior versão à transposição da Diretiva 2014/59/EU pelo DL n.º 23-A/2015)¹⁴².

¹⁴⁰ Dispõe este artigo as formas do Banco de Portugal e do Fundo de Resolução recuperarem as despesas despendidas com a aplicação da medida de resolução. Refere o artigo que uma das formas do “*Banco de Portugal e o Fundo de Resolução (poderem) recuperar as despesas razoáveis incorridas por força da aplicação das medidas de resolução*” é através “*do produto gerado no encerramento das atividades da instituição de transição*” (cf. al. c)), precisamente o mesmo produto a que se refere o n.º 5 do art.º 145.º-R resultante da alienação da atividade que fora transferida, num primeiro momento da aplicação da medida, para a instituição de transição.

¹⁴¹ Conforme o n.º 3 do art.º 166.º-A, os créditos titulados pelo Fundo de Resolução decorrentes do apoio financeiro prestado para a aplicação das medidas de resolução conferem-lhes privilégio creditório. Uma vez conferido o privilégio creditório, segundo a graduação de créditos e o n.º 2 do art.º 166.º-A, terão estes créditos preferência sobre os demais créditos.

A questão que se coloca é se constitui crédito a subscrição total do capital da instituição de transição pelo Fundo de Resolução. O n.º 2 do art.º 153.º-M responde-nos, excluindo dos direitos de crédito conferidos ao Fundo de Resolução os recursos disponibilizados por este para a realização do capital social. **Excluindo-se a existência de crédito nesta específica situação de apoio financeiro, exclui-se também a existência de privilégio creditório a favor do Fundo de Resolução e a preferência sobre os demais créditos.**

¹⁴² A propósito do suprimento do n.º 4 do art.º 145.º-I na versão anterior do RGIC, LÍBANO MONTEIRO, Nuno, “O Regime Jurídico da Liquidação Judicial das Instituições de Crédito”, in *III Congresso do Direito da Insolvência*, Almedina, 2015, Ponto 2.2., refere que se suprimiu a referência ao “*princípio orientador que assegurava a adequação e proporcionalidade da medida Resolução*”.

As únicas devoluções que, no regime atual, estão previstas para os acionistas ou titulares de outros títulos representativos de capital social da instituição de crédito objeto de resolução ou para a própria *instituição objeto de resolução* estão previstas nas alíneas do n.º 2 do art.º 145.º-Q. Isto é, aquando da decisão de transferência da atividade da instituição de crédito objeto de resolução para a instituição de transição pode haver lugar ao pagamento de contrapartidas por parte desta. Assim, prevê-se a existência de contrapartidas em dois tipos de situações:

- Quando haja a transferência para a instituição de transição da **titularidade de ações ou de títulos representativos de capital social** da instituição de crédito objeto de resolução e o valor dos seus capitais próprios for positivo.
- Quando haja a transferência para a instituição de transição **da parte ou da totalidade dos direitos e obrigações** da instituição de crédito objeto de resolução e a diferença entre os ativos e passivos transferidos para a instituição de transição for positiva.

Na primeira situação, prevista na alínea a) do n.º 2 do art.º 145.º-Q, caso o valor dos capitais próprios da instituição e crédito seja positivo, a instituição de transição pagará esse valor aos acionistas ou titulares de outros títulos representativos de capital social.

Já na segunda situação, prevista na alínea b) do n.º 2 do art.º 145.º-Q, caso a diferença entre os ativos e os passivos transferidos seja positiva, a instituição de transição pagará esse valor à instituição objeto de resolução.

Todo este preceituado é válido, claro está, sem prejuízo do n.º 4 do art.º 145.º-L. Assim sendo, estas contrapartidas pagas pela instituição de transição seja aos acionistas ou titulares de outros títulos representativos de capital social, seja à própria instituição objeto de resolução são primeiramente, através de dedução, uma forma do Banco de Portugal e do Fundo de Resolução recuperarem as os valores despendidos por força da aplicação das medidas de resolução, neste caso, da transferência de atividade para uma instituição de transição¹⁴³.

¹⁴³A par do contemplado nas alíneas b) e c) do n.º 4 do art.º 145.º-L.

III. A constitucionalidade da aplicação da medida de resolução da transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição

1. Notas introdutórias

Entre nós, o maior exemplo de aplicação da medida de resolução da transferência da atividade para uma instituição de transição aconteceu com o caso do Banco Espírito Santo (doravante, BES).

Através da Deliberação de 3 de Agosto de 2014¹⁴⁴, o Banco de Portugal determinou, nos termos da alínea b) do n.º 1 do art.º 145.º-C do RGIC¹⁴⁵, a resolução do BES através da aplicação da medida de transferência da atividade para uma instituição de transição, neste caso, o Novo Banco.

Assim, tendo sido criada uma instituição de transição – Novo Banco – este passaria a ser designado de *banco bom* (uma vez que a atividade para si transferida se considerava, em princípio, protegida), sendo o BES, pelo contrário, denominado de *banco mau*, onde permaneceria a atividade tóxica que, ao contrário da transferida para o Novo Banco, não teria perspectivas de reembolso.

Esta determinação do Banco de Portugal através da Deliberação de 3 de Agosto de 2014 suscitou várias questões de inconstitucionalidade materiais¹⁴⁶ e é, nesse sentido, que pretendemos aqui abordar algumas delas. Atente-se para o facto de que a abordagem seguinte, apesar de ter como base os argumentos a favor da inconstitucionalidade material no caso da resolução do BES, tem como objetivo central o estudo das questões de inconstitucionalidades que poderiam ser invocadas em qualquer situação da aplicação do regime de resolução onde fosse aplicada a medida da transferência da atividade de uma instituição de crédito para uma instituição de transição, o objeto central do nosso estudo até agora. Para isso, iremos abstrair-nos de fundamentos de carácter específico usados

¹⁴⁴Documento disponível no *site* oficial do Banco de Portugal, disponível em: <http://www.bportugal.pt/deliberacoes-e-informacoes-do-banco-de-portugal>

¹⁴⁵Na versão atualizada, que seguimos à data desta dissertação, correspondente à alínea b) do n.º 1 do art.º 145.º-E do RGIC.

¹⁴⁶ Também orgânicas no entanto, não serão aqui objeto de estudo.

para fundamentar a inconstitucionalidade da aplicação da medida de resolução no caso BES.

Não nos querendo repetir, mas já o fazendo, antes da abordagem das questões da inconstitucionalidade, parece-nos importante lembrar que na aplicação de uma medida de resolução, seja ela qual for, **são os acionistas a suportarem prioritariamente os prejuízos**, seguindo-se os credores conforme explanam as alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 145.º-D, referente aos Princípios orientadores.

Apesar disso, garante-se na alínea c) do mesmo artigo que nenhum acionista ou credor da instituição de crédito pode suportar um prejuízo maior do que aquele que suportaria em caso de aplicação da liquidação (**Princípio *no creditor worse off***). Para se garantir o cumprimento deste último princípio, não obstante a necessidade de um **juízo de prognose** antes da aplicação da medida de resolução (cf. n.º1 do art.º 145.º-H) e a **avaliação** por uma entidade independente imediatamente após a produção de efeitos da mesma (cf. n.º 14 do art.º 145.º-H), garante-se no n.º 16 do art.º 145.º-H que, aquando da avaliação, se verificar que os acionistas e os credores suportaram um prejuízo superior ao que suportariam caso fosse aplicada a liquidação, têm direito a receber o valor da diferença. Como já havíamos referido¹⁴⁷, o preceituado no n.º 16 do art.º 145.º-H vem garantir o cumprimento do princípio da alínea c) do n.º 1 do art.º 145.º, funcionando como uma verdadeira **compensação**.

Relativamente à aplicação da medida de resolução da transferência da atividade para uma instituição de transição, como já oportunamente referido¹⁴⁸, nos termos do n.º 3 do art.º 145.º-Q não podem ser transferidos para a instituição de transição, sem prejuízo do cumprimento do disposto no n.º 6 do art.º 145.º-O¹⁴⁹:

- **Direitos de crédito sobre a instituição objeto de resolução detidos por pessoas e entidades** que, nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, **tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2% do capital social da instituição de crédito e,**

¹⁴⁷ Vide Ponto 3.3. do Capítulo I.

¹⁴⁸ Vide Ponto 2.1. do Capítulo II.

¹⁴⁹ Artigo referente à cessão integral das posições contratuais da instituição de crédito objeto de resolução.

- **Direitos de crédito sobre a instituição objeto de resolução detidos por membros dos órgãos de administração de crédito**¹⁵⁰.

Ora, esta atividade que permanecerá na instituição objeto de resolução por força do n.º 3 do art.º 145.º-Q, muito dificilmente terá perspectivas de reembolso¹⁵¹.

Ao contemplar-se os últimos artigos apresentados (al. b) do n.º1 do art.º 145.º-D e n.º3 do art.º 145.º-Q), é-nos possível identificar que o denominador comum¹⁵² é o acionista, aquele que sofrerá prioritariamente as perdas e que, em caso de transferência da atividade para uma instituição de transição, não poderá ver o seu crédito ser transferido para o *banco bom* caso tenha (ou tenha tido nos dois anos anteriores) participação direta ou indireta igual ou superior a 2% do capital social.

Em suma, e não desconsiderando outros possíveis argumentos, é na **“desproteção” da figura do acionista** enquanto proprietário da sua participação social que se alicerça a defesa da inconstitucionalidade material da aplicação do regime da resolução, nomeadamente através da aplicação da medida da transferência da atividade para uma instituição de transição.

2. A inconstitucionalidade por violação do Direito de Propriedade Privada

Prevendo o n.º 3 do art.º 145.º-Q os créditos que não podem ser transferidos para a instituição de transição, a primeira questão a colocar será acerca da sua desproteção visto que, ao contrário dos créditos transferidos, os titulares dos créditos excluídos não serão ressarcidos.

Um dos argumentos a favor da inconstitucionalidade da medida de resolução de transferência parcial ou total da atividade para o banco de transição exposta na Deliberação de 3 de Agosto de 2014 relativa ao caso BES foi, precisamente, a violação do art.º 62.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) referente ao

¹⁵⁰ Salvo, “*se ficar demonstrado que não estiveram, por ação ou omissão na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação*”, conforme o disposto *in fine* no n.º 3 do art.º 145.º-Q.

¹⁵¹ Nomeadamente porque “O valor de mercado das ações e obrigações subordinadas existentes no banco intervencionado é reduzido a zero, por incidir apenas sobre o universo dos ativos problemáticos (...)”, FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, pp. 286 e 287.

¹⁵² Não obstante o n.º 3 do art.º 145.º-Q também excluir da transferência para a instituição de crédito os créditos detidos por membros dos órgãos da administração da instituição de crédito.

Direito de Propriedade Privada. A inconstitucionalidade por violação deste artigo baseava-se na “**amputação da esfera patrimonial**”¹⁵³ dos titulares das ações e obrigações subordinadas não transferidos para o Novo Banco.

Abstraindo-nos do Caso BES parece-nos, e não obstante a nossa opinião, que a inconstitucionalidade da medida de resolução de transferência da atividade para instituição de transição com base na **violação do Direito de Propriedade Privada previsto no art.º 62.º da CRP** é um argumento pertinente a analisar a propósito da não transmissibilidade de certas posições passivas.

Juntamente com o argumento da violação do Direito de Propriedade Privada sustentou-se que, esta não garantia de reembolso dos direitos de crédito não transferidos para a instituição de transição, poderia assemelhar-se a um **confisco ou expropriação sem justa contrapartida**¹⁵⁴.

Assim, seguidamente, passamos à análise do argumento com base na violação do Direito de Propriedade Privada.

2.1. Das dimensões à não garantia absoluta do Direito de Propriedade

Segundo o disposto no art.º 62.º da CRP:

- “1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.
2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.”

¹⁵³ FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, pp. 287.

¹⁵⁴ Tal como sustentado pelos autores (subscritores de ações preferenciais, que permaneceram no BES não tendo sido, por isso, transitados para o Novo Banco) no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de Março de 2017, Processo n.º 48/16.3T8LSB-L1-7, Relator Luís Pires de Sousa. A este propósito em duas das suas Conclusões (Conclusão 56 e 57) no Recurso de Apelação, os autores falam de uma “*manifesta violação do art.º 62.º da Constituição, por se tratar de um claro confisco ou expropriação sem justa contrapartida*”, adiantando que “*as citadas disposições legais não podem ser interpretadas e aplicadas no sentido de o BdP ter poderes para eliminar ou restringir os direitos patrimoniais dos AA*”.

São duas as dimensões defendidas na doutrina relativamente ao Direito de Propriedade Privada. Partilhando a opinião de SOUSA FRANCO¹⁵⁵, o art.º 62.º da CRP garante constitucionalmente o **Direito de Propriedade como direito real sobre os bens** (propriedade em *stricto sensu*) e o **Direito à Propriedade como direito de apropriação** (propriedade em *lato sensu*).

Para além das duas dimensões do Direito de Propriedade, pela leitura do preceituado no art.º 62.º da CRP, é possível afirmarmos que o mesmo está sujeito a **diversas restrições**¹⁵⁶.

Desde logo, com o preceituado no n.º 1 do art.º 62 da CRP, conclui-se que apenas é garantido o direito à propriedade “*nos termos da Constituição*”. Isto é, a própria Constituição estabelece limites ao Direito de Propriedade. Exemplo disso é o previsto no art.º 88.º da CRP referente à propriedade dos meios de produção quando, por exemplo, nos refere no seu n.º 1 que “*os meios de produção em abandono podem ser expropriados em condições a fixar pela lei*” (ênfase nosso)¹⁵⁷.

Além de apenas ser garantido o Direito de Propriedade “*nos termos da Constituição*” (cf. n.º 1 do art.º 62.º da CRP), refere-nos o n.º 2 do art.º 62 da CRP a possibilidade de “*restituição e expropriação por utilidade pública*” que, mesmo só podendo ser efetuadas com “*base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização*”, se demonstram verdadeiras restrições ao Direito de Propriedade Privada.

Ou seja, se o próprio art.º 62.º da CRP limita a sua garantia “*nos termos da Constituição*” (cf. n.º 1 do art.º 62.º da CRP) e se, para além disso, prevê a possibilidade de “*restituição e expropriação por utilidade pública*” (cf. n.º 2 do art.º 62.º da CRP), se efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização, quererá isso dizer que **não há uma garantia absoluta do Direito de Propriedade**.

¹⁵⁵ SOUSA FRANCO, António, *Noções de Direito de Economia*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1982-1983, pp.208 e ss.

¹⁵⁶ No mesmo sentido, *vide* a Apreciação do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2017.

¹⁵⁷ O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 7 de Março de 2017 refere que, além dos limites estabelecidos pela própria Constituição, o Direito de Propriedade está “*indiretamente*”, também, “*sob reserva das restrições estabelecidas por lei*” uma vez que os próprios limites impostos pela Constituição remetem para ela (cf. artigos 82.º, 87.º e 99.º da CRP).

Na mesma linha, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹⁵⁸, entendem que o Direito à Propriedade Privada “*não é reconhecido aprioristicamente como um princípio independente e autossuficiente*” sendo que, pelo contrário, a propriedade privada “*é reconhecida e salvaguardada no âmbito da Constituição e em sintonia com os princípios, valores e critérios que a enformam*”. Claro está, já que, como temos vindo a analisar, só é garantida a propriedade privada nos termos da constituição (cf. n.º 1 do art.º 61.º da CRP), não existindo a mesma se não conformada com os valores da mesma. Mais referem que a própria Constituição “*não poderia, naturalmente, oferecer a “conservação* (ênfase nosso) *ad eternum*” pelo que, o que concede é “*consistência e garantia* (ênfase nosso) *não permitindo que a sua ablação ocorra a não ser por motivos de utilidade pública, nos termos da lei e mediante justa indemnização*” (cf. n.2 do art.º 62.º da CRP) ¹⁵⁹.

Também no Direito Europeu, a perspetiva não parece ser diferente. Exemplo disso é a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (doravante, CEDH) que garante o Direito de Propriedade Privada no art.º 1.º do seu 1º Protocolo Adicional. Segundo este artigo, com a epígrafe “Proteção da propriedade”:

“Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional (ênfase nosso).

As condições precedentes entendem - se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral (ênfase nosso), *ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas.*”

¹⁵⁸ Cf. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp.628 e 629.

¹⁵⁹ No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2017 cita as palavras de CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Almedina, 2014, p.801: “A fórmula parece supérflua” (remetendo-se aqui para o n.º1 do art.º 62.º da CRP *in fine*), “mas não o é: trata-se de sublinhar que o direito de propriedade não é garantido em termos absolutos, mas sim dentro dos limites e com as restrições previstas e definidas noutros lugares da Constituição (e na lei, quando a Constituição possa ela remeter ou quando se trate de revelar limitações constitucionamente implícitas)”.

Parecem-nos evidentes os pontos em comum com o até agora explanado acerca do art.º 62.º da CRP.

Desde logo, não se preceitua uma “garantia” mas, sim, um “respeito” pelos bens. A ocultação de “garantia”, por si só, reforça a ideia de que também aqui o Direito de Propriedade não é garantido de forma absoluta, à semelhança do preceituado no art.º 62.º do CRP. Esta “garantia não absoluta” exige que a privação a este direito só possa ser feita por razões de “*utilidade pública*”, fazendo-nos remeter para o n.º 2 do art.º 62.º da CRP, e “*nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional*”, remetendo-nos aqui para o n.º 1 do art.º 62.º da CRP *in fine*.

Relativamente ao segundo parágrafo do art.º 1.º do 1º Protocolo Adicional da CEDH, reconhece-se a autonomia dada a cada estado para definir o que se possa subsumir a “*utilidade pública*”. A nosso ver, tal como defendido pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Março de 2017¹⁶⁰, não caberá a qualquer entidade supranacional a delimitação do conceito de “*utilidade pública*”. Pelo contrário, como só cada Estado conhece a sua realidade, só a este deverá caber a definição do que justificará a ingerência do Direito de Propriedade com base no interesse público.

2.2. O núcleo do Direito de Propriedade Privada com regime análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias

Regressando ao nosso art.º 62.º do CRP, além de não se garantir de forma absoluta o Direito de Propriedade Privada como analisámos no ponto anterior, sempre se poderá dizer, que há um **núcleo** deste direito com regime análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias¹⁶¹.

¹⁶⁰ Refere o Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2017 que “*O TEDH reconhece uma margem ampla de conformação deste interesse geral às autoridades nacionais na medida em que estas estão melhor colocadas e conhecem melhor a sociedade de modo a definir o interesse público.*” Acrescenta ainda que “*a margem nacional de apreciação depende das circunstâncias do caso, da natureza do direito afetado, do objetivo prosseguido com a ingerência assim como da amplitude desta*”.

¹⁶¹ Relativamente a esta questão o Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2017 remete para o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/01, de 2 de Maio de 2001, Processo n.º 120/95, Relator Paulo Mota Pinto onde se salienta a natureza análoga do Direito de Propriedade aos Direitos, Liberdades e Garantias que, por essa razão, passa a beneficiar da força jurídica conferida pelo artigo 18.º.

Beneficiando este núcleo do regime análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias, ao defender-se a inconstitucionalidade da aplicação da medida de resolução em causa por violação do art.º 62.º da CRP, defender-se-á também, necessariamente, a violação do art.º 18.º da CRP ¹⁶².

Acontece que deste núcleo apenas faz parte o **direito de cada um não ser privado da sua propriedade** (propriedade em *strictu sensu*), salvo **por razões de utilidade pública baseadas na lei e mediante pagamento de justa indemnização** ¹⁶³. Chamamos-lhe **garantia de não privação do Direito de Propriedade Privada**, que vai precisamente de encontro ao constitucionalmente previsto no n.º 2 do art.º 62.º da CRP.

Neste seguimento, cairá fora do núcleo a privação do Direito de Propriedade que cumulativamente:

- Tenha tido por base razões de utilidade pública baseadas na lei e,
- Seja justamente indemnizada.

Ou seja, relativamente a uma privação do Direito de Propriedade onde se verifiquem cumulativamente aqueles limites, esta cairá fora do núcleo onde faz parte o direito de cada um não ser privado da sua propriedade. Assim sendo, essa privação não será inconstitucional pelo facto de, não só, não haver violação do n.º 2 do art.º 62.º da CRP (dado que estão cumpridos os seus requisitos) como, também, não lhe sendo aplicado o regime dos Direitos, Liberdades e Garantias, não haver violação do art.º 18.º da CRP. Pelo contrário, se a privação não se justificar por razões de utilidade pública baseadas na lei e não for justamente indemnizada, não só violará o n.º 2 do art.º 62.º da

¹⁶² A este propósito veja-se a Conclusão 61, do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2017, onde os autores referem que as restrições aos Direitos, Liberdades e Garantias não podem ter por efeito “*diminuir a extensão e o alcance dos preceitos constitucionais*” remetendo-se para o Direito de Propriedade.

¹⁶³ Conforme referem, respetivamente, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa e Tribunal Constitucional de 7 de Março de 2017 e de 2 de Maio de 2001, “desse núcleo, dessa dimensão que tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, faz seguramente parte (...) o direito de cada um a não ser privado da sua propriedade, salvo por razões de utilidade pública - e, ainda assim, tão-só com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização”. Adiantam, ainda, os respetivos Acórdãos a possibilidade de ser também reconhecida natureza análoga “a outras dimensões do direito de propriedade, essenciais à realização do homem como pessoa”.

CRP como também o art.º 18.º da CRP havendo também, por via deste último artigo, violação do Princípio da Proporcionalidade¹⁶⁴.

Fora do núcleo do Direito de Propriedade com regime análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias estará, a nosso ver, o direito de apropriação ou de outra forma, o direito de acesso a uma propriedade (direito de propriedade em *latu sensu*).

Sobre este aspeto o Acórdão da Relação de Lisboa de 07 de Março de 2017 dá o exemplo da aquisição de empresas. Segundo este Acórdão, a aquisição de empresas “*representa fundamentalmente um exercício da liberdade de iniciativa económica privada*” prevista no n.º 1 do art.º 61.º da CRP. Subsumindo-se a aquisição de empresas à iniciativa económica privada, está subordinada “*aos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral*” (cf. n.º 1 do art.º 61.º da CRP).

A iniciativa económica, ao ser uma manifestação do direito de apropriação, não cairá no núcleo com regime análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias mas, apesar disso, não deixa de ser uma dimensão do Direito de Propriedade, prevista no n.º 1 do art.º 62.º da CRP.

Neste seguimento, podemos dizer que **um acionista que subscreve uma ação está a exercer a sua liberdade de iniciativa económica**. Apesar de estar a exercer a sua liberdade de iniciativa económica e, por isso, estar subsumido ao n.º 1 do art.º 61.º da CRP, não se poderá negar que o subscritor **é proprietário da sua ação**. Acontece que a sua propriedade cai no Direito de Propriedade em *latu sensu*, sem regime análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias, previsto no art.º 18.º da CRP.

Contrariamente ao referido acima relativamente ao Direito de Propriedade em *strictu sensu*, não tendo o Direito de Propriedade em *latu sensu* regime análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias, deixa de estar em causa o n.º 1 do art.º 18.º da CRP como, também, o n.º 2 do art.º 62.º da CRP. Assim, **numa situação de violação do**

¹⁶⁴ Relativamente o Princípio da Proporcionalidade, *vide* n.º 2 do art.º 18.º da CRP quando refere que as restrições devem “*limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”. *A contrario*, e no seguimento do que temos vindo a desenvolver, se a privação do Direito de Propriedade não tiver por base razões de utilidade pública baseadas na lei e não for justamente indemnizada está a exceder-se não se mostrando, por essa mesma razão, necessária e adequada. Não se mostrando necessária e adequada, está esta privação do Direito de Propriedade a violar o Princípio da Proporcionalidade, mormente duas das suas dimensões: a adequação e a necessidade.

Direito de Propriedade em *latu sensu*, apenas estará em causa o n.º 1 do art.º 62.º da CRP.

2.3. A tutela constitucional do acionista prevista no art.º 62.º da CRP

Analisadas as dimensões e restrições do Direito de Propriedade bem como o seu núcleo com regime análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias, estamos em condições para entender em que termos está o acionista tutelado pelo art.º 62.º da CRP referente ao Direito de Propriedade Privada

Assim, uma vez sendo os acionistas os que prioritariamente acarretam os prejuízos da aplicação da medida de resolução (cf. al. a) do n.º1 do art.º 145.º-D) e, no caso da aplicação da transferência de atividade para a instituição de transição, ao ser o seu direito de crédito um dos excluídos da transferência para a instituição de transição (cf. n.º 3 do art.º 145.º-Q), poderá considerar-se a violação do Direito de Propriedade Privada constitucionalmente consagrado no art.º 62 da CRP?

Primeiramente, para se considerar violação do Direito de Propriedade Privada, temos de considerar que um acionista, titular de uma participação social, goza da tutela constitucional prevista no art.º 62.º do CRP¹⁶⁵.

ENGRÁCIA ANTUNES¹⁶⁶ responde a esta questão considerando que a propriedade privada também se estende à “*propriedade organizada societariamente*”, “*propriedade económica*” ou “*propriedade corporativa*”. Ou seja, um acionista pode ser considerado um proprietário estando, por essa razão, tutelado pelo n.1 do art.º 62.º da CRP. É também essa a nossa opinião.

Apesar de não se negar que um acionista, como titular de uma participação social, seja considerado proprietário, esta propriedade é, também nas palavras de ENGRÁCIA

¹⁶⁵ Já havíamos concluído no ponto anterior que, apesar do ato de subscrição de uma participação social pelo acionista ser uma manifestação da sua liberdade de iniciativa económica (cf. n.º 1 do art.º 61.º da CRP), considera-se que próprio é proprietário da ação. Apesar disso, cabe-nos neste ponto analisar a questão mais aprofundadamente.

¹⁶⁶ ANTUNES, José E. Engrácia, “O artigo 490.º do CSC e a lei fundamental. «Propriedade corporativa», propriedade privada, igualdade de tratamento” in *Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Almedina, 2001, p.240 através de FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, pp. 299-300.

ANTUNES¹⁶⁷, “*mediatizada pela organização própria da corporação social*”. Ou seja, no plano interno, o poder de disposição da participação social está vinculado ao quadro legal-estatuário da sociedade (que neste caso, sendo uma instituição de crédito, tratar-se-á de uma sociedade anónima) que pode implicar compressões ou, até mesmo, consequências para a sua titularidade¹⁶⁸.

2.3.1. A prioridade de absorção de perdas pelos acionistas e o *status socii*

Pelo que até agora foi dito, cremos piamente que um acionista, sendo titular de participações sociais, é tutelado constitucionalmente pelo direito de propriedade privada previsto no art.º 62.º do CRP, mormente no seu n.º 1 por estarmos diante de uma propriedade em *latu sensu*. Apesar disso, sendo a propriedade do acionista “*mediatizada*”, só por si, **não é um direito absoluto** visto que está limitada pelo quadro legal-estatuário da sociedade¹⁶⁹.

Estando o acionista vinculado a um quadro legal-estatutário da sociedade, que delimita os seus direitos e deveres, a ele é conferido um *status*, como refere MENEZES CORDEIRO¹⁷⁰.

Apesar da limitação da responsabilidade do acionista prevista no art.º 271.º do Código das Sociedades Comerciais¹⁷¹ (doravante, CSC), **na inexistência de lucro** – neste caso, por parte da instituição de crédito - **o acionista não responderá pelas suas perdas mas, também, não irá recuperar o valor investido na sua entrada**¹⁷².

¹⁶⁷ ANTUNES, José E. Engrácia, “O artigo 490.º do CSC e a lei fundamental...”, *ob. cit.*, p.242 através de FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, pp.299-300

¹⁶⁸ No mesmo sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de Março de 2017. Também, LABAREDA, João, *Das ações das sociedades anónimas*, Associação Académica da Faculdade de Direito, 1988, pp. 202-203 indo de encontro a este ponto refere que “afirmar a essencialidade do direito à manutenção da posição social não significa declarar a existência absoluta do direito do sócio a manter essa qualidade.”

¹⁶⁹ Além do mais, como já tínhamos concluído no ponto 2.1. do presente capítulo, o Direito de Propriedade, particularmente, não é já um direito absoluto uma vez que contém na sua própria redação várias restrições.

¹⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito das Sociedades I – Parte Geral*, Lisboa, Almedina, 2016, pp.559 ss.

¹⁷¹ Segundo este artigo “Na sociedade anónima o capital é dividido em ações e cada sócio limita a sua responsabilidade ao valor das ações que subscreveu” (sublinhado nosso).

¹⁷² Novamente FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, pp. 287-289 acrescentam a importância das entradas dos acionistas para o financiamento (sublinhado nosso) das sociedades anónimas (figura societária que devem configurar as instituições de crédito segundo a alínea b) do n.º 1 do art.º 4.º). Sendo que, do prisma financeiro, são **capitais**

Assim, o acionista ao vincular-se a um quadro legal de direitos e deveres da sociedade que delimita o seu *status* está, desde logo, sujeito ao risco de perda do seu investimento originado pela função de absorção de perdas da própria ação¹⁷³. Ou, de outro modo, sempre se poderá dizer que o risco de perda do investimento do acionista é **inerente** ao seu próprio *status*, pelo que ao vincular-se aos estatutos da sociedade está (ou deveria estar) o acionista ciente disso¹⁷⁴.

Se, como já referimos acima, é verdade que um acionista, sendo titular de participações sociais considera-se proprietário e, por isso, tutelado pelo regime constitucionalmente previsto pelo n.º 1 do 62.º da CRP, também é verdade que essa **propriedade não é absoluta**, resultado dos *status socii* do acionista que conscientemente assume a vocação da sua participação para a absorção de perdas e, por conseguinte, a risco de perda do seu investimento.

Dado o exposto, coloca-se novamente a pergunta acima apresentada.

Sendo a propriedade das participações sociais **uma propriedade não absoluta**, com limites inerentes ao próprio *status* do proprietário – acionista, não só não deveria ser novidade para os acionistas a possibilidade da não existência do reembolso do capital investido como, também, que serão os próprios a absorver prioritariamente as perdas da instituição de crédito, dada a característica própria de absorção de perdas da ação. Ora, **o próprio status do acionista afasta o argumento da inconstitucionalidade com base na violação do Direito de Propriedade** por parte da alínea a) do n.º 1 do art.º 145.º-D, bem como do n.º 3 do art.º 145.º-Q.

2.3.2. A proteção dos acionistas com participações inferiores a 2% do capital social

Mas, não valerá este raciocínio também para os acionistas com participações inferiores a 2% do capital social?

próprios que “*têm origem nos detentores de capital social*” e “*não são objeto de restituição*”, a ação está, desde logo, “*vocacionada para a absorção de perdas*”.

¹⁷³ Dada a sua extrema importância no financiamento da sociedade anónima, neste caso, instituição de crédito (para isso, veja-se a nota anterior).

¹⁷⁴ Na mesma linha, CONLON, Thomas, COTTER, John, “Anatomy of a bail-in”, in *Journal of Financial Stability*, Vol.5, 2014, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2294100>.

Estes últimos, de acordo com o disposto *a contrario* do n.º 3 do art.º 145.º-Q irão, ao contrário dos acionistas com participações iguais ou superiores a 2% do capital social, ser transferidos para a instituição de transição onde, em princípio, terão perspectivas de reembolso e irão ver as suas posições salvaguardados. Pelo contrário, os acionistas com participações iguais ou superiores a 2% do capital social manter-se-ão na instituição intervencionada, ou seja, no banco mau, sem qualquer tipo de consistência económica e financeira.

Apesar de também assumirem o risco de perdas, dado que ao apropriarem-se de participações sociais estão igualmente a assumir os limites inerentes à sua posição delimitada pelo quadro legal-estatutário da instituição de crédito, **parece-nos completamente justificável a existência de uma proteção mais reforçada aos acionistas com participações inferiores a 2% do capital social, comparativamente com os restantes acionistas.**

Vejamos:

Estes acionistas, sendo considerados pequenos investidores¹⁷⁵, à partida não participam na gestão da atividade da sociedade¹⁷⁶. Mais do que um acionista-empresário, este acionista é considerado um acionista-investidor¹⁷⁷, sendo mesmo comparável a um consumidor¹⁷⁸. Nesse mesmo sentido, estatui o n.º 3 do art.º 321.º do Código dos Valores Mobiliários (doravante, CVM) que “*aos contratos de intermediação financeira*¹⁷⁹ é aplicável o regime das cláusulas contratuais gerais, sendo para esse efeito os *investidores não qualificados equiparados a consumidores*” (ênfase nosso).

A exclusão dos acionistas com participações sociais inferiores a 2% do apresentado no n.º 3 do art.º 145.º-Q é, a nosso ver, um claro limite à prioridade de absorção de perdas dos acionistas (cf. al. a) do n.º 1 do art.º 145.º-D), mas necessário. A justificação do reforço da sua tutela por parte do legislador é alicerçada, nas palavras de

¹⁷⁵ FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, p. 290.

¹⁷⁶ Neste mesmo sentido veja-se BARBOSA, Ana Mafalda, “*Direito Civil e Sistema Financeiro*”, *ob.cit.*, p.63.

¹⁷⁷ *Vide* nota 101.

¹⁷⁸ *Vide* nota 109.

¹⁷⁹ Segundo a alínea a) do n.º 1 do art.º-293 do CVM, são considerados intermediários financeiros as instituições de crédito “*autorizadas a exercer atividades de intermediação financeira em Portugal*”.

EDUARDO PAZ FERREIRA e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA¹⁸⁰, por “preocupações extra-societárias”, mormente o próprio direito do consumidor, direito fundamental constitucionalmente consagrado no art.º 60.º da CRP.

Assim, apesar de ambos serem acionistas e, por isso, estarem submetidos ao seu *status socii*, cremos que é legítimo incluir os créditos dos acionistas com participações inferiores a 2% do capital social no leque de créditos transferidos para a instituição de transição. Mais do que a salvaguarda do direito do consumidor, é importante garantir-se a manutenção da relação de confiança não só entre o depositante e a instituição bancária¹⁸¹ mas, também, do pequeno acionista com a mesma.

2.4. A exclusão da transferência para a instituição de transição dos créditos subordinados

Além dos acionistas com participações iguais ou superiores a 2% do capital social, também estão excluídos de serem transferidos para a instituição de transição os direitos de crédito que tenham sido detidos por membros dos órgãos de administração da instituição de crédito¹⁸² (cf. n.º 3 do art.º 145.º-Q *in fine*).

Por remissão à al. a) do art.º 48.º do CIRE, serão estes créditos classificados como subordinados¹⁸³ dada à “especial relação” com o devedor que, neste caso, é a instituição de crédito objeto de resolução.

O próprio credor subordinado ao consentir contratualmente que o seu crédito seja reembolsado depois dos demais credores¹⁸⁴ mediante remuneração pelo seu risco

¹⁸⁰ FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, p. 280.

¹⁸¹ Como já tivemos a oportunidade de analisar anteriormente no Ponto 6. do Capítulo I.

¹⁸² Não obstante, como já tivemos oportunidade de referir, a possibilidade dos mesmos demonstrarem “*que não estiveram, por ação ou omissão, nas origens das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação*”, cf. o n.º 3 do art.º 145.º-Q *in fine*. Vide Ponto 2. Do Capítulo II.

¹⁸³ Vide nota 107. Tal como dissemos, não obstante não ser a subordinação a *ratio* subjacente à não transmissibilidade prevista no n.º 3 do art.º 145.º-Q, não podemos desconsiderar a natureza do crédito e, mais importante, **a especial relação do seu titular com a do devedor**, para efeitos de análise da questão que aqui se coloca – se a proibição da transmissibilidade deste crédito é compatível ou não com o Direito de Propriedade, constitucionalmente previsto no art.º 62.º da CRP.

¹⁸⁴ FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, pp. 290-291 classificam a dívida subordinada como **instrumento híbrido**, uma vez que apresenta características tanto dos capitais próprios como de capitais alheios. Segundo os mesmos autores, os instrumentos híbridos são caracterizados pelos seus pagamentos regulares, prazo de vencimento e pagamento com prioridade face aos capitais próprios. Por sua via, segundo os autores, os instrumentos híbridos têm um prazo (maior ou menor dependendo do instrumento em si), **os seus titulares deverão ser**

acrescido está, da mesma forma do que o acionista, a consentir a grande probabilidade de não recuperação do valor do seu crédito.

Depois das ações (caracterizadas como sendo capital próprio), **é a dívida subordinada que absorve as perdas** havendo, por essa mesma razão, risco de não reembolso do seu crédito.

À semelhança do que foi referido anteriormente relativamente ao acionista, **não se nega aqui a existência da tutela do Direito de Propriedade**. Mas, sendo consentido o risco contratualmente, não podemos falar da existência de um Direito de Propriedade absoluto. Pelo contrário, **é inerente à posição do credor subordinado o limite ao seu Direito de Propriedade**, o que faz com que nos pareça justificável a sua inclusão no leque dos créditos excluídos de serem transferidos para a instituição de transição (cf. n.º 3 do 145.º-Q)

Logo, à semelhança do já referido relativamente à posição do acionista, **é este consentimento derivado da posição do credor subordinado que, a nosso ver, afasta a violação do Direito de Propriedade Privada constitucionalmente previsto no art.º 62.º da CRP.**

2.5. Conclusões

Após o que foi analisado anteriormente sobre o Direito de Propriedade Privada cremos, veementemente, que tanto **a alínea a) do n.º1 do art.º 145.º-D** -referente ao suporte prioritário dos prejuízos da instituições de crédito objeto de medida de resolução pelos acionistas - como **o n.º3 do art.º 145.º-Q** - que exclui da transferência para a instituição de transição os direitos de créditos detidos por pessoas e entidades que tenham tido participação direta ou indireta, igual ou superior a 2% do capital social da instituição

pagos com prioridade face aos acionistas (capitais próprios) mas só depois de pagos os créditos dos demais credores, fazendo com que sejam graduados entre “*dívida sénior e o capital próprio (daí a designação de dívida mezzanine)*”. Sobre a posição do titular dos créditos subordinados, inclusive a distinção dos titulares da dívida subordinada: os hedge funds e os investidores individuais, veja-se as pp. 290-299 da *ob.cit.* No mesmo sentido, explica o Ponto 23 do Acórdão do TJUE, de 19 de Julho de 2016, Processo C-526/14 Tjaded Kotnik e o./ Drzanik zbor Republike Slovenije que “*os títulos de dívida subordinada são instrumentos financeiros e partilham algumas características dos produtos de dívida e dos títulos de participação no capital. Em caso de insolvência ou de liquidação da entidade emitente, os titulares de dívida subordinada (a seguir «credores subordinados») são reembolsados depois dos titulares de dívida ordinária, mas antes dos acionistas. Como contrapartida do risco financeiro assim assumido pelos respetivos titulares, estes instrumentos financeiros têm um rendimento mais elevado.*”

de crédito ou que tenham sido membros dos órgãos de administração da mesma – **não estão feridos de inconstitucionalidade material por violação do art.º 62.º da CRP relativo ao Direito de Propriedade Privada.**

Primeiramente, os acionistas ao subscreverem uma ação estão a exercer a sua Liberdade de Iniciativa Económica prevista no n.º 1 do art.º 61 da CRP¹⁸⁵. Apesar de estarem a exercer a Liberdade de Iniciativa Económica e da mesma não se poder confundir com o Direito de Propriedade, é certo que a primeira é uma emanação do segundo.¹⁸⁶ Isto é, estamos perante o direito de propriedade em *latu sensu* ou, de outra forma, sempre podemos dizer que o que está aqui em causa não é o Direito de Propriedade como direito real sobre os bens (direito de propriedade em *strictu sensu*) mas, sim, o direito de apropriação¹⁸⁷.

Sendo o direito de apropriação o direito aqui em causa, podemos logo afastar a violação do regime dos DLG uma vez que este direito cai fora do núcleo do Direito de Propriedade com regime análogo ao previsto no art.º 18.º da CRP. Apesar disso, é inegável que o acionista é proprietário da participação social que subscreveu estando, dessa forma, sob a égide do n.º 1 do art.º 62º da CRP.

Mais,

Além dos **limites inerentes ao próprio Direito de Propriedade** que, por essa razão, não se configura num direito absoluto, existem os **limites provenientes da própria condição de sócio**, delimitados pela regulamentação interna da sociedade anónima (figura societária da instituição de crédito). Ou seja, a propriedade do sócio titular de ações da instituição de crédito objeto de medida de resolução, não só não é garantida de forma absoluta constitucionalmente como, também, está condicionada aos limites próprios da sua posição de sócio.

¹⁸⁵ No mesmo sentido, refere o Acórdão do TRL de 7 de Março de 2017 “ *Do que, porém, já pode duvidar-se, é que tal natureza análoga (referindo-se aqui à natureza análoga ao regime dos DLG) seja ainda de reconhecer a um genérico direito de apropriação – enquanto direito de acesso à propriedade – de todos os bens, incluindo empresas e outros meios de produção, tendo em conta, além do mais, que a constituição e aquisição de empresas representa fundamentalmente um exercício da liberdade de iniciativa económica privada (...)*”.

¹⁸⁶ No seguimento da nota anterior, também o Acórdão do TRL de 7 de Março de 2017 adianta que “*O regime de tal liberdade (referindo-se aqui à liberdade de iniciativa económica privada) não pode ser confundida com o direito de propriedade – mesmo enquanto este inclui uma dimensão de acesso à propriedade*”.

Assim sendo, faz parte da posição de sócio o risco de perda do seu investimento. Aquando da subscrição da ação, nada garante ao sócio que vai reaver o capital investido nem, tampouco, que vá obter lucro com o seu investimento. Isto porque a ação é o “*instrumento primeiro de absorção de perdas*”¹⁸⁸, não obstante a limitação da responsabilidade do acionista prevista no art.º 271.º do CSC.

Ora, devido aos limites implícitos na própria posição de sócio, **não existirá violação do Direito de Propriedade quando são os acionistas os primeiros a absorverem as perdas da instituição de crédito (cf. al. a) do n.º 1 do art.º 145.º-D) bem como quando, a par dos credores subordinados, não veem os seus créditos a serem transferidos para a instituição de transição (cf. n.º 3 do art.º 145.º-Q)**¹⁸⁹ ou, noutras palavras, para o *banco bom* ficando, dessa forma, os mesmos desprotegidos dada a impossibilidade de reembolso.

Sob o ponto de vista dos limites inerentes do art.º 62.º da CRP a conclusão será a mesma: **a não existência de inconstitucionalidade com fundamento na sua violação.**

Vejamos:

O facto de não serem transferidos os direitos de crédito dos titulares enunciados no n.º 3 do art.º 145.º-Q não justifica que estejamos perante uma situação de expropriação¹⁹⁰. Afastando-se a existência de expropriação afasta-se, também, a aplicação do n.º 2 do art.º 62.º da CRP¹⁹¹.

¹⁸⁸ FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, p. 300.

¹⁸⁹ Como já tivemos oportunidade de aprofundar *vide* Ponto 2. do Capítulo II, conforme o n.º 3 do art.º 145.º-Q apenas poderão ser transferidos para a instituição de transição os créditos detidos por pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data de aplicação da medida de resolução, tenham tido participação direta ou indireta, **inferior** a 2% do capital social da instituição de crédito.

¹⁹⁰ Também o Acórdão do TRL de 7 de Março de 2017 refere “*O Tribunal Constitucional tem, pois, afastado a ideia de que os únicos atos «ablativos» do direito de propriedade (...) consentidos pela Constituição sejam os previstos no artigo 62.º, n.º 2, desta última. Pode haver outros, inclusive no interesse dos privados: ponto é que encontrem cobertura ou justificação constitucional*” (cf. n.º 1 do art.º 62 da CRP *in fine*). No mesmo sentido, FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, p. 302. Também, OLIVEIRA ASCENSÃO, José, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre Propriedade Privada” in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, p.415, salienta que a expropriação “mesmo na Constituição, tem um sentido próprio que se perdia se fizéssemos genericamente corresponder expropriação a toda e qualquer agressão a direitos de propriedade que fira a garantia constitucional”.

¹⁹¹ Quanto ao n.º 2 do art.º 62.º da CRP, o Acórdão do STJ de 5 de Fevereiro de 2015, Processo n.º 742/10.2TBSJM.P1.S1, Relator Granja da Fonseca refere que “*esta norma consagradora da expropriação é, simultaneamente, uma norma de autorização e uma norma de garantia. Por um lado, confere aos poderes públicos o poder expropriatório, autorizando-os a procederem à privação da propriedade e, por outro*

Apesar deste claro afastamento, mesmo que considerássemos, hipoteticamente, a existência de uma expropriação¹⁹², estariam cumpridos os requisitos para a permissão da mesma. Segundo o n.º 2 do art.º 62 da CRP é permitida a expropriação por utilidade pública com a condição da mesma ser com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.

A nosso ver não restam dúvidas que a aplicação da medida de resolução, mormente, a proibição de transmissão para a instituição de transição e a consequente salvaguarda de apenas um conjunto de créditos, é feita por **razões de utilidade pública**.

Acerca disto, não esqueçamos as **finalidades da aplicação das medidas de resolução previstos no n.º 1 do art.º 145.º-C**. A prevenção do risco sistémico (cf. al. b) do n.º1 do art.º 145.º-C), a salvaguarda da continuidade de prestação de serviços financeiros para a economia (cf. al. a) do n.º1 do art.º 145.º-C) ou a salvaguarda do erário público e dos depositantes (cf. al. c) e d) do n.º1 do art.º 145.º-C) configuram situações de interesse e utilidade pública. Além do mais, cremos que não podem restar dúvidas quanto à existência de base legal para estas finalidades. É evidente que a prossecução destas finalidades através da aplicação das medidas de resolução é uma garantia para a manutenção de um sistema financeiro coeso capaz de garantir a “*captação e a segurança das poupanças*” (cf. n.º 1 do art.º 101.º da CRP). Mais não seja, a necessidade da prossecução destas finalidades para a concretização do próprio “*projeto económico, social e político da Constituição*”¹⁹³.

Relativamente ao segundo requisito do n.º 2 do art.º 62.º da CRP – **a existência de justa indemnização** – o mesmo encontra-se cumprido com o **Princípio no creditor worse off**. Como já analisado¹⁹⁴, segundo este princípio explanado na al. c) do n.º 1 do art.º 145.º-D, os acionistas e os credores não poderão ficar numa situação mais desfavorável do que aquela que ficariam caso fosse aplicada, ao invés da medida de

lado, reconhece ao cidadão um sistema de garantias que inclui designadamente os princípios da legalidade, da utilidade pública e da indemnização”.

¹⁹² Que segundo o Acórdão do STJ de 5 de Fevereiro de 2015 “*é, assim, um instituto de direito público, em que, de um modo geral, é atribuída a uma autoridade administrativa competência para emitir o ato de declaração de utilidade pública – elemento chave do procedimento expropriatório – e impulsionar o processo que lhe permita a transferência da propriedade e a posse*”.

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República...*, ob. cit., pp. 163 e 164.

¹⁹⁴ Vide Ponto 3.3 do Capítulo I.

resolução, a liquidação. Para a efetivação do mesmo exige-se, *a priori* da aplicação da medida de resolução, um juízo de prognose (cf. n.º 6 do art.º 145.º-H) e, *a posteriori* da mesma, a avaliação (cf. n.º 15 do art.º 145.º H) de forma a ser verificado a existência ou não de prejuízo. Caso haja a existência de prejuízo, segundo o n.º 16 do art.º 145.ºH, serão os acionistas ou credores compensados pelo valor da diferença pelo Fundo de Resolução. Assim, esta compensação vai totalmente de encontro com a justa indemnização preceituada no n.º 2 do art.º 62.º da CRP.

Ora, apesar de estarem cumpridos os requisitos do n.º 2 do art.º 62.º da CRP que validam a expropriação por utilidade pública, o facto dos créditos excluídos pelo n.º do art.º 145.º-Q não estarem protegidos pela sua não transferência para a instituição de transição não configura uma situação de expropriação não sendo, por isso, a situação em causa, subsumível ao n.º 2 do art.º 62.º da CRP.

Assim, uma vez não se tratando de um caso de expropriação, na mesma linha de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA e EDUARDO PAZ FERREIRA¹⁹⁵ bem como do Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2017¹⁹⁶, cremos que a situação em causa apenas é subsumível ao n.º 1 do art.º 62.º da CRP.

Tendo isto em conta e afastando-se a subsunção do caso ao n.º 2 do art.º 62.º da CRP, não existe inconstitucionalidade da desproteção dos créditos dos titulares referidos no n.º 3 do art.º 145.º-Q nem, tampouco, da prioridade de suporte dos prejuízos da instituição de crédito conferida aos acionistas referida na al. a) do n.º 1 do art.º 145.º-D.

A desproteção destes créditos pela sua não transferência para a instituição de transição e os prejuízos suportados pelos acionistas estão conformes aos termos da Constituição (cf. n.º 1 do art.º 62.º da CRP) uma vez que respeita o *contexto global da lei fundamental*, compaginando-se com os princípios e valores constitucionais.¹⁹⁷

¹⁹⁵ FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, ob. cit., p. 302

¹⁹⁶ Refere este Acórdão que “seja, porém, como for quanto ao regime da dimensão do direito de propriedade enquanto direito de apropriação, em causa no presente caso, importa ainda considerar que (...) tal direito é apenas garantido pelo artigo 62.º, n.º 1 «*nos termos da Constituição*»”.

¹⁹⁷ Veja-se, para isso, o neste ponto referido acerca das finalidades da aplicação das medidas de resolução e a utilidade pública. Na mesma linha, o Acórdão n.º 391/92, de 2 de Outubro de 2002, Processo nº 369/2001, Conselheira Maria Fernanda Palma não considerou inconstitucional a norma prevista no n.º 2 do art.º 108.º do antigo Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência que previa a alienação de participações sociais no quadro da gestão controlada, como medida de recuperação da empresa, mesmo contra a vontade dos seus titulares (atualmente correspondente ao n.º 1 do art.º 203 do

Concluindo, apesar de não se negar a existência do direito de propriedade dos titulares dos créditos que se veem desprotegidos, essa propriedade é limitada nos termos da Constituição não havendo, por isso, inconstitucionalidade por violação do art.º 62.º da CRP.

3. A inconstitucionalidade por violação do Princípio da Igualdade

Além da violação do Direito de Propriedade Privada previsto no art.º 62.º da CRP, outro dos argumentos a favor da inconstitucionalidade da medida de resolução de transferência parcial ou total da atividade para o banco de transição é a violação do **Princípio da Igualdade** previsto no art.º 13.º da CRP.

Assim como o Direito de Propriedade Privada, a violação do Princípio da Igualdade foi um dos argumentos utilizados pelos “lesados” do BES quando foi determinada pela Deliberação de 3 de Agosto de 2014 a medida de resolução a aplicar.

De seguida analisaremos, a nosso ver, os fundamentos mais pertinentes à defesa da existência de violação do Princípio da Igualdade.

3.1. Da não previsão de um mecanismo de compensação para os acionistas

Um dos fundamentos para a defesa da violação do Direito de Igualdade foi a **falta de um mecanismo de compensação para os acionistas**, ao contrário do que se previa para os credores. Atualmente, com a atual redação do RGIC¹⁹⁸, este fundamento é completamente inválido.

Só com a transposição da Diretiva 2014/59/EU através do DL n.º 23-A/2015 é que os acionistas ficaram protegidos, na mesma linha dos credores, pelo **Princípio no creditor worse off** enunciado na alínea c) do nº1 do art.º 145.º-D. Antes disso, nomeadamente

CIRE). Afirmou-se nesse acórdão que “a Constituição admite limitações ao direito à propriedade para além do caso de expropriação por utilidade pública”. Desde que previstos constitucionalmente conforme o disposto no n.º 1 do art.º 62, “nos termos da constituição”, podem existir outros limites. Foi, na verdade, o que motivou a decisão do referido Acórdão n.º 391/92 uma vez que, não havendo alienação se impediria “a recuperação económica da empresa, que implicaria uma afetação do próprio direito de propriedade dos titulares das ações”.

¹⁹⁸ À data da elaboração da dissertação a última versão do RGIC (46.º versão) foi introduzida pela Lei n.º 30/2017 de 30 de maio que veio transpor a Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, matéria que não merecerá o nosso estudo neste trabalho.

aquando a publicação da Deliberação de 3 de Agosto de 2014, estava previsto que apenas os credores não poderiam suportar um prejuízo maior do que aquele que suportariam no caso de, ao invés de medida de resolução, ter sido aplicada a liquidação (anteriormente previsto na al. c) do n.º 1 do art.º 145.º-B).

Com a alteração da alínea c) do n.º 1 do art.º 145.º-D, onde se passou a prever que também os acionistas não poderiam ficar numa posição mais desfavorável relativamente àquela que ficariam com a aplicação do regime de liquidação, alterou-se, também, o n.º 16 do art.º 145.º-H relativo à compensação (antes da transposição da Diretiva 2015/59/EU estava prevista no n.º3 do art.º 145.º-B).

Assim, nos termos atuais depois de ser feita a avaliação nos termos do n.º 14 do art.º 145.º.H, passou a consagrar-se a compensação também para os acionistas. Nesse seguimento, atualmente, se após a avaliação da aplicação da medida de resolução se verificar que os credores e, também, os acionistas obtiveram prejuízo, o Fundo de Resolução (cf. al. f) do n.º 1 do art.º 145.º- AA) encarregar-se-á do pagamento do valor da diferença relativamente àquela que seria pago caso fosse aplicada a liquidação.

Relativamente a este fundamento, e dadas as alterações do RGIC introduzidas pelo DL n.º 23-A/2015 com a transposição da Diretiva 2014/59/EU, deixa de ser fundamento da violação do Direito da Igualdade a diferença de tratamento dos credores e acionistas relativamente à existência de compensação.

3.2. Dos sacrifícios especiais impostos aos titulares de ações e obrigações subordinadas

Segundo o n.º 3 do art.º 145.º-Q, um dos artigos que mais tem vindo a ser objeto de estudo na presente dissertação, excluem-se da transferência para a instituição de transição vendo, os créditos detidos por pessoas ou entidades com participação social igual ou superior a 2% do capital social ou que tenham sido membros dor órgãos de administração da instituição de crédito (que, segundo a al. a) do art.º 48.º do CIRE, são considerados credores subordinados).

Relativamente aos ativos que são transferidos para a instituição de transição e se veem protegidos, não cremos que a exclusão dos créditos detidos pelos pessoas e entidades enunciadas no n.º 3 do art.º 145.º-Q consubstancie uma violação ao Princípio

da Igualdade¹⁹⁹. **A exclusão destes créditos é justificada pela própria natureza dos mesmos** que, sendo ações e créditos subordinados, apresentam características específicas, mormente, a capacidade para a absorção de perdas. Mais, aquando a subscrição de uma ação ou de um crédito subordinado, os titulares não têm uma garantia de reembolso. Pelo contrário, **deverão estar conscientes da possibilidade de, no caso dos acionistas não reaverem o capital investido e, no caso dos credores subordinados, serem pagos depois de todos os credores**. Pelo seu próprio estatuto, com o qual estão (ou deverão estar) familiarizados, as posições dos acionistas e dos credores subordinados encontram-se limitadas.

Assim sendo, e tendo presente a máxima de tratar o igual por igual e o que é diferente por diferente, não existe violação do Princípio de Igualdade. O tratamento diferenciado dos créditos detidos pelas pessoas e entidades que não são elencadas no n.º 3 do art.º 145.º-Q e das pessoas elencadas no mesmo deve-se tão só à própria natureza dos créditos detidos pelas últimas que, no fundo, mais não são do que próprios limites à posição dos mesmos.

3.3. Do tratamento em paridade com outros sujeitos potencialmente responsáveis pela situação desencadeadora do mecanismo de resolução

Conforme já referido do Ponto 2.1. do Capítulo II, antes da transposição da Diretiva 2015/59/EU pelo DL n.º 23-A/2015 o leque do n.º 3 do art.º 145.º-Q era muito mais alargado.

Com as alterações introduzidas pelo DL n.º 23-A/2015, reduziu-se o leque apenas para as pessoas e entidades detentoras de direitos de crédito sobre a instituição de transição que:

- nos dois anos anteriores à data da aplicação da medida de resolução, tenham tido participação directa ou indirecta, igual ou superior a 2% do capital social da instituição de créditos *ou*,
- tenham sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito.

¹⁹⁹ No mesmo sentido, FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, pp. 307 e ss.

Sem querer repetir o já sustentado no Ponto 2.1. do II Capítulo, para o qual remetemos, cabe-nos aqui referir que a *ratio* desta norma não é **unitária**²⁰⁰.

Antes do encurtamento do leque do n.º 3 do art.º 145.º-Q parecia que a *ratio* era predominantemente **sancionatória**.

Atualmente e apesar de cremos que ainda existe uma intenção de “sanção” por parte do legislador, uma vez que impede os créditos detidos por pessoas e entidades (em princípio) especialmente ligadas com a condução de vida da instituição financeira e por isso com uma maior responsabilidade naquilo que se prende com o desmantelamento da situação financeira desta, não cremos que seja esta a *ratio* predominante.

O próprio n.º 3 do art.º 145.º-Q salvaguarda, *in fine*, as pessoas e entidades elencadas no artigo prevendo a possibilidade de se demonstrar que nada tiveram que ver para o agravamento da situação da instituição de crédito.

A *ratio* deste artigo prender-se-á, assim, predominantemente, com a **repartição dos encargos**²⁰¹ resultantes do desencadeamento do mecanismo de resolução. Atenção, não uma distribuição de encargos “sancionatória”, mas somente justificada pela própria natureza dos créditos detidos pelas pessoas e entidades elencadas. Ou seja, com vista à repartição de encargos, o legislador tem em conta no n.º 3 do art.º 145.º-Q a vocação para a absorção de perdas por parte das ações e da dívida subordinada, razão pela qual não irão estes ativos ser transferidos para a instituição de transição.

Assim sendo, **cremos que não existe uma paridade de tratamento face aos sujeitos responsáveis pela situação da instituição de crédito**. Os sujeitos e entidades elencadas no n.º 3 do art.º 145.º-H encontram-se excluídos da transferência para a instituição de transição pela natureza dos seus capitais. Mais, o facto de estar previsto o regime de **ilidibilidade**, sendo possível demonstrar-se que não estiveram na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram para o seu agravamento (cf. n.º 3 do art.º 145.º-Q *in fine*) faz com que, ainda mais, se afaste este fundamento.

²⁰⁰ No mesmo sentido, FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, p. 308. Ainda sobre a *ratio* do n.º 3 do art.º 145.º-Q, *vide* Ponto. 2.1. do Capítulo II.

²⁰¹ Também defendida por BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil e Sistema...*, *ob.cit.*, p.99.

Não havendo paridade de tratamento das pessoas elencadas no n.º 3 do art.º 145.ºQ face aos potenciais responsáveis pelo agravamento da situação financeira da instituição de transição, afasta-se a existência da violação do Princípio de Igualdade.

3.4. Do tratamento diferenciado dos acionistas com participações iguais ou superiores a 2% do capital social com os acionistas com percentagens inferiores

Outro dos fundamentos para a defesa da inconstitucionalidade da medida de resolução de transferência de créditos para a instituição de transição por violação do Princípio da Igualdade prende-se com a diferenciação entre o tratamento dos próprios acionistas.

No Ponto 2.3.2. do presente Capítulo, para o qual remetemos, dissemos que esta diferenciação se justificava pela necessidade de proteção conferida aos acionistas com percentagens inferiores a 2% de capital social²⁰².

Esta proteção que, em termos práticos, deixa estes acionistas fora do leque de pessoas e entidades que não veem os seus créditos transferidos para a instituição de transição, justifica-se pela **salvaguarda do acionista-consumidor** que, em princípio, contrariamente ao acionista com percentagem igual ou superior a 2% de capital social que não tem a intenção de ser um acionista-investidor.

Mais do que salvaguardar o acionista na sua qualidade de consumidor, esta diferenciação justifica-se, sobretudo, pela **proteção da relação de confiança** subjacente à relação entre instituição de crédito e cliente.

Parece-nos que, não obstante a importância acrescida da necessidade de proteção dos depositantes, a prevenção do risco sistémico passa, também, pela salvaguarda do acionista-investidor que, mais do que acionista e consumidor, se trata de um cliente que depositou a sua confiança no banco e que, por isso, não deverá ver a mesma sair gorada.

²⁰² Como referimos no Ponto 2.1. do Capítulo II, não cremos que seja a percentagem de 2% a que vai diferenciar um pequeno acionista de um acionista qualificado. No entanto, a verdade é que ao estar definido este limiar, a própria lei está a fazer uma distinção entre os acionistas. Não obstante a nossa opinião, é considerado pequeno acionista a pessoa ou entidade com detenção inferior a 2% do capital social.

Esta diferenciação de tratamento, além de completamente justificável, não viola o Princípio da Igualdade dado que, mais uma vez, se impõe tratar de forma diferente o que é diferente.

4. A inconstitucionalidade por violação do Princípio da Proporcionalidade

O último dos argumentos que vamos analisar a favor da inconstitucionalidade da medida de resolução da transferência total ou parcial da atividade para uma instituição de transição é a violação do **Princípio da Proporcionalidade**.

4.1. A possibilidade de recapitalização privada, da liquidação ou da intervenção corretiva e administração provisória

Conforme foi feito anteriormente relativamente aos outros argumentos a favor da inconstitucionalidade da medida de resolução, também os fundamentos que serão aqui estudados foram os invocados após a Deliberação do Banco de Portugal de 3 de Agosto de 2014.

No entanto, sendo o nosso objetivo abstrair-nos do caso BES, analisar alguns desses fundamentos de defesa da violação do Princípio da Proporcionalidade sem, para isso, analisar o caso concreto mostrou-se uma tarefa impossível!

Neste seguimento e como sabemos, pelo disposto no art.º 18.º da CRP, podemos retirar as **três dimensões** do Princípio da Proporcionalidade: a *adequação*, a *necessidade* e a *racionalidade* ou *proporcionalidade em stricto sensu*²⁰³.

Tendo isto em conta, debruçar-nos em alguns dos fundamentos do caso BES que invocam a violação do Princípio da Proporcionalidade e a consequente inconstitucionalidade da transferência dos ativos para o banco de transição, obrigar-nos-ia a ter em conta o caso concreto de forma a percebermos, precisamente, se foram respeitadas estas três dimensões do Princípio agora em causa. Não é essa aqui a nossa função. Não obstante isso, iremos abordar os fundamentos tendo em conta o que seria necessário analisar para obter-se uma conclusão quanto à procedência dos mesmos.

²⁰³ Sobre o art.º 18.º e as dimensões do Princípio da Proporcionalidade veja-se MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa, ob. cit.*, p.163.

4.1.1. Recapitalização privada

Como exemplo de um dos termos usados para fundamentar a violação do Princípio da Proporcionalidade e a consequente inconstitucionalidade da medida de resolução determinada na Deliberação do Banco de Portugal de 3 de Agosto de 2014, temos a possibilidade de **recapitalização privada**²⁰⁴.

Relativamente a esta possibilidade, só tendo em conta o caso concreto e, sobretudo, a análise do preenchimento dos requisitos necessários à aplicação da medida de resolução previstos no n.º 2 do art.º 145.º-E é que poderíamos avaliar sobre a relevância da possibilidade de recapitalização privada.

Na análise dos requisitos teríamos de, tendo em conta todas as especificidades do caso, entender, se seria possível que a situação de insolvência da instituição de crédito pudesse ser evitada, num prazo razoável, através de medidas executadas pela própria instituição de crédito (cf. al. b) do n.º 2 do art.º 145.º-E), mormente, a recapitalização privada.

Ora, só tendo presente todas as circunstâncias e especificidades de uma situação aquando da aplicação da medida de resolução, é que poderíamos concluir pela *necessidade* da aplicação da medida de resolução (que, no caso BES, foi a transferência da atividade para a instituição de transição). Só assim poderíamos avaliar a procedência deste fundamento e, nesse sentido, entender se estaríamos ou não perante uma violação do Princípio da Proporcionalidade.

4.1.2. Liquidação

Outro dos exemplos de fundamento a favor da violação do Princípio da Proporcionalidade é a possibilidade de **liquidação**²⁰⁵, ao invés da aplicação da medida de resolução.

Também quanto a esta possibilidade teríamos de, tendo em conta o caso concreto, verificar o preenchimento dos requisitos necessários à aplicação das medidas de

²⁰⁴ Cf. expõem FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, p. 309.

²⁰⁵ Cf. expõem FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, p. 311.

resolução, em especial o cumprimento da alínea d) do n.2 do art.º 145.º-E onde se exige que a liquidação não permita atingir com maior eficácia (do que as medidas de resolução) as finalidades elencadas do n.º1 do art.º 145.º-C²⁰⁶.

Para além disso, poderíamos, também, verificar a existência do juízo de prognose (cf. n.º 1 e n.º 2 do art.º 145.º-H) e avaliar a validade do mesmo, nomeadamente a sua realização por uma entidade independente²⁰⁷.

Em princípio, se ficasse provado que a liquidação atingiria com maior eficácia as finalidades atinentes às medidas de resolução, a aplicação da medida de resolução estaria a violar o Princípio da Proporcionalidade estando, assim, ferida de inconstitucionalidade material.

4.1.3. Intervenção corretiva e administração provisória

Por último, outros dos fundamentos a favor da violação do Princípio da Proporcionalidade é a não adoção de medidas menos gravosas, como a **intervenção corretiva e administração provisória**²⁰⁸, previstas no Título VIII do RGIC, ao invés da aplicação de uma medida de resolução.

Não nos parece, à primeira vista, que este fundamento seja procedente.

Como já tivemos oportunidade de referir²⁰⁹, o n.º 2 do art.º 139.º do RGIC prevê que o Banco de Portugal não se encontra vinculado a uma **relação de precedência** entre as medidas.

Mas, apesar de não existir esta relação de precedência, a par dos fundamentos da possibilidade de recapitalização privada e de liquidação, o nosso juízo sobre a procedência deste fundamento só ficaria cumprido se analisássemos o caso em concreto.

²⁰⁶ Vide Ponto 3.3 do Capítulo I.

²⁰⁷ Não obstante o disposto do n.º 8 do art.º 145.º-H relativo à possibilidade de avaliação provisória do Banco de Portugal “*em razão de urgência de circunstâncias*”.

²⁰⁸ Cf. expõem FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, p. 311.

²⁰⁹ Vide Ponto 1 do Capítulo I.

Assim, cremos que não basta o n.º 2 do art.º 139.º do RGIC para afastar o fundamento baseado na possibilidade de aplicação da intervenção corretiva e da administração provisória.

Nesse seguimento, seria necessário, tendo em conta o caso em concreto, verificar o cumprimento dos requisitos previstos no n.º 1 do art.º 145.º-E.

Ora, mesmo não havendo relação de precedência entre as medidas, se aparecem preenchidos os requisitos para a aplicação da medida de resolução, parece-nos que não há outra medida a aplicar senão uma medida de resolução! O preenchimento dos requisitos é prova suficiente que não pode ser aplicada uma medida menos gravosa (cf. al. b) do n.º 2 do art.º 145.º-E) uma vez que não seria previsível que a situação de insolvência da instituição de crédito fosse evitada, num prazo razoável, com a aplicação de outras medidas senão uma medida de resolução.

4.2. A possibilidade de aplicação da recapitalização pública

Apesar de muitos dos fundamentos utilizados necessitarem de uma análise do caso concreto, outros (também invocados no caso BES) permitem-nos a abstração de forma a podermos concluir sobre a sua procedência relativamente à defesa da violação do Princípio da Proporcionalidade.

Um desses fundamentos é possibilidade de **recapitalização pública**.

Relativamente ao envolvimento de fundos públicos não é necessário ter em conta o caso concreto para saber-se que é um **fundamento completamente contrário às finalidades das medidas de resolução**, nomeadamente naquilo que concerne com a salvaguarda de interesses dos contribuintes e do erário público (cf. al. c) do n.º 1 do art.º 145.º-C!

Ao recorrer-se à recapitalização pública não se estaria a proteger o bem jurídico da estabilidade financeira. Pelo contrário, ao invés da estabilidade financeira, seria criada uma **situação de total descredibilização do próprio sistema financeiro** resultante do facto de serem os próprios contribuintes a arcarem com os prejuízos da instituição de crédito em dificuldades.

Não nos restam dúvidas que este fundamento é completamente improcedente relativamente àquilo que se procura com a aplicação não só da medida de resolução *in*

casu mas, também, de todas as outras medidas de resolução elencadas no n.º 1 do art.º 145.º-E.

Ao prosseguir-se com a recapitalização pública estar-se-ia precisamente, e contrariamente ao defendido, a violar-se o Princípio da Proporcionalidade pela sua total *desadequação*²¹⁰.

4.3. Conclusões

Relativamente ao caso em análise – a constitucionalidade da transferência da atividade da instituição de crédito para instituição de transição – o bem jurídico protegido é a estabilidade do sistema financeiro²¹¹, constitucionalmente previsto no art.º 101.º da CRP.

Ora, a aplicação da medida de resolução *in casu* deve ser adequada, exigível, não ficando aquém ou além do exigível ou, por outras palavras, estritamente necessária à prossecução da proteção do sistema financeiro²¹².

No entanto, o cumprimento do Princípio da Proporcionalidade não é apenas exigível aquando da aplicação da medida de resolução da transferência da atividade para uma instituição de transição: a medida de resolução *in casu*.

Mais do que isso, o Princípio da Proporcionalidade é um dos requisitos a serem cumpridos de forma a poder ser aplicada qualquer medida de resolução e não só a prevista na alínea b) do n.º 1 do art.º 145.º-E. Prova disso é o requisito da alínea c) do n.º 2 do art.º 145.º-E que refere que qualquer medida de resolução tem de ser necessária e proporcional à prossecução de alguma das finalidades previstas no n.º 1 do art.º 145.º-C.

Como bem referem EDUARDO PAZ FERREIRA e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, relativamente à violação do Princípio da Proporcionalidade pela aplicação

²¹⁰ No mesmo sentido, FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, p. 312 referem que “*tal recapitalização corresponde à externalização dos custos da falência da instituição bancária, que passam a recair sobre todos os contribuintes: ora(...) semelhante circunstância não é juridicamente atendível quando se aprecia a proporcionalidade da medida, uma vez que não protege qualquer direito ou interesse juridicamente relevante dos sujeitos em causa*”.

²¹¹ Cremos que, não obstante acharmos que o bem jurídico protegido é a estabilidade do sistema financeiro pela sua abrangência, qualquer das finalidades previstas do n.º 1 do 145.º-C poderia consubstanciar-se ao bem jurídico protegido.

²¹² Cf. FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, *ob. cit.*, p. 308.

da medida de resolução da transferência da atividade para uma instituição de transição, a questão reconduz-se “*a saber se devem ou não os acionistas e credores subordinados (...) absorver as perdas*”²¹³.

Quanto a esta questão, parece-nos que o próprio RGIC prevê de uma forma sólida todos os mecanismos para ser respeitado o Princípio da Proporcionalidade.

Desde logo, um dos requisitos a serem cumpridos para a aplicação das medidas de resolução garante que, dada a situação da instituição de crédito, não hajam medidas menos gravosas a aplicar-se, mormente a liquidação (cf. al. d) do n.º 2 do art.º 145.º-E).

O próprio **Princípio no creditor worse off** vai ao encontro deste requisito uma vez que, não obstante serem os acionistas os que primeiramente suportam os prejuízos (como vimos anteriormente, justificado pela natureza da ação) conforme a al. a) do n.º 1 do art.º 145.º-D, garante que estes e qualquer outro credor não fica numa posição mais desfavorável do que aquela que ficaria se a instituição de crédito tivesse entrado em liquidação.

A acrescentar a estas previsões, estabelece o n.º 1 do art.º 145.º-H a necessidade de um juízo de prognose antes da aplicação da medida de resolução. Ou seja, antes da aplicação de qualquer medida de resolução, o Banco de Portugal tem de designar uma entidade independente para fazer uma avaliação à instituição de crédito. Uma das finalidades do juízo de prognose é, precisamente, **sustentar a decisão do Banco de Portugal quanto à medida de resolução a ser aplicada** (cf. ponto ii) da al. b) do n.º 2 do art.º 145.º-Q).

Ou seja, a exigência de um juízo de prognose antes da aplicação da transferência da atividade para uma instituição de crédito garante que a mesma é adequada, necessária e estritamente exigível!

Naquilo que concerne, especificamente, com a não transferência dos créditos detidos pelas pessoas e entidades elencadas no n.º 3 do art.º 145.º-Q, revela para a avaliação do cumprimento do Princípio da Proporcionalidade a possibilidade de se demonstrar que não estiveram na origem e no agravamento das dificuldades financeiras

²¹³ Cf. FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de “Fundamentos da resolução bancária...”, ob. cit., p. 313.

(cf. n.º 3 do art.º 145.º-Q *in fine*). A possibilidade da ilidibilidade é mais uma garantia da lei para não se ir para além do resultado devido (garantindo-se, assim, o respeito pela dimensão da proporcionalidade em *stricto sensu*).

Concluindo, e não obstante a possibilidade de violação do Princípio de Proporcionalidade aquando a aplicação não só da transferência da atividade para uma instituição de transição mas, também, de qualquer outra das medidas de resolução, cremos que a própria regulação do mecanismo de resolução não dá margem de manobra para que este princípio seja violado. No entanto, e como percebemos pela análise aqui feita, só tendo em conta todas as especificidades do caso concreto e depois de um juízo de prognose rigoroso e detalhado é que se garante, na prática, que a medida de resolução é adequada, necessária e que não fica aquém ou além do resultado devido, neste caso, a proteção da estabilidade financeira.

Conclusão

Depois de longos meses de estudo sobre o regime da Resolução Bancária, hoje podemos concluir no sentido da sua fulcral importância no ordenamento jurídico português. Para além da crise económica e financeira mundial que exigia verdadeiras mudanças de paradigma era, sobretudo, o passado recente manchado do sector bancário português que exigia uma intervenção rápida do legislador de forma a ver combatida a quebra de confiança instalada.

Parece-nos ainda muito cedo para concluir positivamente sobre a restauração da confiança: afinal, não obstante a previsão do regime já no DL n.º 31-A/2012, a transposição da Diretiva 2014/59/UE através do DL n.º 23-A/2015 é bastante recente.

Apesar disso, é notória a completude do regime da Resolução Bancária. Através da compreensão das finalidades e princípios que atacam de frente o risco sistémico, os encargos dos contribuintes e a desproteção dos depositantes, todo o disposto normativo parece, na sua maior parte, bastante harmonizado.

Nesse seguimento, não obstante a necessidade de se ter em conta o caso concreto e, com isso, verificar-se o estrito cumprimento dos requisitos para a aplicação das medidas de resolução, parece-nos que o normativo em causa não dá espaço de manobra para a violação dos direitos que seriam a base do fundamento dos credores desprotegidos para a defesa, nomeadamente, da inconstitucionalidade da medida de resolução aplicada.

Por essas mesmas razões, e mesmo sendo um regime recente, acreditamos que como o caminho percorrido até agora foi positivo - por ser certo nas finalidades a cumprir - é um bom presságio para o cumprimento de um dos elementos mais importantes para a estabilidade financeira: a confiança no sector bancário.

Bibliografia

1. Referências bibliográficas

ANTUNES, José E. Engrácia, “O artigo 490.º do CSC e a lei fundamental. «Propriedade corporativa», propriedade privada, igualdade de tratamento” in *Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Almedina, 2001, (pp.147-276).

BARBOSA, Ana Mafalda, “Os limites da medida de resolução”, in *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, FDUC, Setembro 2016.

BARBOSA, Ana Mafalda, *Direito Civil e Sistema Financeiro*, Cascais, Principia, 2016.

BINDER, Jens-Hinrich, *Resolution: Concepts, Requirements and Tools*, Oxford University Press, 2015/2016, Forthcoming, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2499613, consultado em 6-12-2017

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, Almedina, 2014.

CONLON, Thomas, COTTER, John, “Anatomy of a bail-in”, in *Journal of Financial Stability*, Vol.5, 2014, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2294100> , consultado em 06-12-2017

CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, 6ª Edição, Lisboa, Almedina, 2015.

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito das Sociedades I – Parte Geral*, Lisboa, Almedina, 2016.

FERREIRA, Eduardo Paz e OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Fundamentos da resolução bancária: a propósito do caso BES”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IX (2017), n.º 2, Almedina, (pp. 254-321).

LABAREDA, João, *Das ações das sociedades anónimas*, Associação Académica da Faculdade de Direito, 1988.

LÍBANO MONTEIRO, Nuno, “O Regime Jurídico da Liquidação Judicial das Instituições de Crédito”, in *III Congresso do Direito da Insolvência*, Almedina, 2015.

LOBO XAVIER, Pedro, “Das medidas de resolução de instituição de crédito”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano V, n. °18 (Abr.-Jun. 2014), Coimbra, Almedina, (pp.149-201).

MAGALHÃES, Manuel, “A evolução do direito prudencial bancário no pós crise: Basileia III e CRD IV”, in *O novo direito bancário*, Coimbra, Almedina, 2012.

MÁXIMO DOS SANTOS, Luís, “O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: aspetos fundamentais”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano III, n.º 9 (jan.-mar. 2012), Coimbra, Almedina, (pp.203-237).

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

MONCADA, Luiz Cabral de, *Os poderes de resolução do Banco de Portugal e o Banco Espírito Santo*, Jurismat, n.º 6, 2015.

MONTEIRO, A. Pinto, “A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor”, in *Boletim de Ciências Económicas- Homenagem ao Prof. Doutor António Avelãs Nunes*, vol. LVII, tomo II, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

MOREDO SANTOS, Hugo, “A Nova Arquitetura Bancária Europeia: Notas Breves sobre a União Bancária” in *II Congresso de Direito Bancário*, Almedina, 2017, (pp.103-123).

OLIVEIRA ASCENSÃO, “A proteção do investidor”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume IV, Coimbra Editora, 2003, (pp. 38 e ss).

OLIVEIRA ASCENSÃO, José, “A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre Propriedade Privada” in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, (pp.399-417).

PRATA, Ana, MORAIS CARVALHO, Jorge, SIMÕES, Rui, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Almedina, 2013.

QUELHAS, José, “Especificidades e vicissitudes do mecanismos de resolução bancária em Portugal: do Memorando de Entendimento de 2011 à Diretiva 2014/59/EU e ao Regulamento (UE) n.º 806/2014”, in *Estudos em Homenagem de António Avelãs Nunes*, Boletim de Ciências Económicas, LVII, III, 2014, (pp. 2765-2813).

SALAVESSA, Francisco Boavida, “Sistema de Compensação de Aforradores”, in *O Novo Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2012.

SILVA, Mariana Duarte, “Os novos regimes de intervenção e liquidação aplicáveis às instituições de crédito”, in *O novo direito bancário*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 373-437.

SOUSA FRANCO, António, *Noções de Direito de Economia*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1982-1983.

SOVERAL MARTINS, Alexandre, “Medidas de resolução das instituições de crédito: a transferência de atividade para um banco de transição”, in *II Congresso de Direito Bancário*, Almedina, 2017, (pp.35-73).

SOVERAL MARTINS, Alexandre, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2015.

TARSO DOMINGUES, Paulo, “A (má?) sorte dos credores acionistas”, in *II Congresso de Direito Bancário*, Almedina, 2017, (pp.75-99).

WYMEERSCH, Eddy, *The single supervisory mechanism or “SSM”, Part one of the Banking Union*, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N.º. 240/2014, fevereiro, 2014, disponível em: <http://www.ecgi.global/working-paper/single-supervisory-mechanism-or-ssm-part-one-banking-union>, consultado em 07-09-2017

2. Referências jurisprudenciais

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Fevereiro de 2015, Processo n.º742/10.2TBSJM.P1.S1, Relator Granja da Fonseca. [Consultado em 24-03-2018] e disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2c1c6cf95499063a80257de3006010be?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/01, de 2 de Maio de 2001, Processo n.º 120/95, Relator Paulo Mota Pinto. [Consultado em 7-11-2017] e disponível em:

<https://dre.pt/pesquisa/-/search/763650/details/maximized>

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 391/92, de 2 de Outubro de 2002, Processo n.º 369/2001, Conselheira Maria Fernanda Palma. [Consultado em 10-11-2017] e disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=7273&pagina=234&nid=2420

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de Março de 2017, Processo n.º 48/16.3T8LSB-L1-7, Relator Luís Pires de Sousa. [Consultado em 29-10-2017] e disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/123abcd247e0fba5802580f1002ec81c?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal Judicial da União Europeia, de 19 de Julho de 2016, Processo C-526/14 Tadej Kotnik e o./Državni zbor Republike Slovenije. [Consultado a 13-03-2018] e disponível em:

<https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/fc134314-14b3-42a4-820c-5404d3071cdd/language-pt/format-PDF/source-search>

3. Outras referências

- Acordo Relativo à Transferência e Mutualização das Contribuições para o Fundo Único de Resolução. [Consultado a 23-10-2017]

<https://dre.pt/application/conteudo/70179159>

- Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2017. [Consultado em 27-10-2017] e disponível em:

<https://www.bportugal.pt/aviso/12017>

- Aviso do Banco de Portugal n.º 13/2012. [Consultado em 27-10-2017] e disponível em:

<https://www.bportugal.pt/aviso/132012>

- Deliberação do Conselho de Administração de 3 de Agosto de 2014 sobre a aplicação de uma medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A disponível em: <http://www.bportugal.pt/deliberacoes-e-informacoes-do-banco-de-portugal>, consultado em 14-09-2017

- Five Presidents' Report of 22 June 2015 on "Completing Europe's Economic and Monetary Union" [Consultado em 19-09-2017] e disponível em:

https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report_pt.pdf

- Memorando de Políticas Económicas e Financeiras de 17 de maio de 2011 [Consultado em 25-09-2017] e disponível em:

https://www.portugal.gov.pt/media/459270/mou_pt_20111209.pdf