



A SUPERVISÃO BANCÁRIA:

RESPONSABILIDADE

E

RESPONSABILIZAÇÃO

Luís Moraes Campilho

2011



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
PORTO

A SUPERVISÃO BANCÁRIA:

RESPONSABILIDADE

E

RESPONSABILIZAÇÃO

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Maria João Vaz Tomé

Luís Moraes Campilho

Porto, Dezembro de 2011

ÍNDICE GERAL

ÍNDICE	4
SIGLAS E ABREVIATURAS	6
CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO II – A SUPERVISÃO BANCÁRIA EM PORTUGAL	11
Secção I – Os Sujeitos	11
1. <i>Introdução</i>	11
2. <i>Os Sujeitos Activos</i>	11
a) O Banco de Portugal	11
b) Outros Sujeitos Activos	12
3. <i>Os Sujeitos Passivos</i>	13
Secção II – Aspectos Gerais	14
1. <i>Introdução</i>	14
2. <i>Supervisão no âmbito da União Europeia</i>	16
3. <i>Supervisão Comportamental</i>	18
4. <i>Supervisão Prudencial</i>	19
5. <i>Supervisão Consolidada</i>	21
6. <i>A Crise e as Medidas Repressivas e Consecutivas</i>	25
a) O Saneamento	25
b) O Fundo de Garantia de Depósitos	25
CAPÍTULO III – A RESPONSABILIDADE DO SUPERVISOR BANCÁRIO	27
Secção I – Introdução	27
Secção II – A Responsabilidade do Supervisor no Âmbito Comunitário	28
1. <i>Introdução</i>	28
2. <i>Accountability</i>	29
3. <i>Liability</i>	30
4. <i>A Harmonização da Liability</i>	32
Secção III – A Responsabilidade do Supervisor no Âmbito Nacional	35
1. <i>Introdução</i>	35
2. <i>Responsabilidade por Factos Lícitos</i>	36
3. <i>Responsabilidade por Factos Ilícitos</i>	37

4. Responsabilidade Político-Legislativa	38
CAPÍTULO IV – CONCLUSÃO	40
BIBLIOGRAFIA	46

SIGLAS E ABREVIATURAS

Al.(s)	Alínea(s)
Ap.	Apud
Art.(s)	Artigo(s)
BC	Banco Central
BCE	Banco Central Europeu
BP	Banco de Portugal
CC	Código Civil
Cfr.	Confrontar
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSBB	Comité de Supervisão Bancária de Basileia
CSC	Código das Sociedades Comerciais
ESI	Entidades de Supervisão Independentes
FMI	Fundo Monetário Internacional
Ibid.	Ibidem
Id.	Idem
IGCS	Inspecção-Geral de Crédito e Seguros
IMOS	Ilícitos de Mera Ordenação Social
IS	Instituições Supervisionadas
LO	Lei Orgânica do Banco de Portugal
MF	Ministério das Finanças
N. d. r.	Nota de rodapé
Nº	Número
P(p).	Página(s)
REC	Responsabilidade Extra-Contratual
RGIC	Regime Geral das Instituições de Crédito e Socs. Financeiras
RRCEE	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e...
SEBC	Sistema Europeu de Bancos Centrais
SP	Supervisão Prudencial
S(s).	Seguinte(s)
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

UE União Europeia

Vs Versus

Modo de citar e bibliografia

Todas as obras citadas são identificadas na Bibliografia, pelo que as notas de rodapé referem somente o nome do Autor (e no caso de Autores com mais de uma obra citada, também o ano da sua publicação) e as páginas eventualmente citadas ou referidas.

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

Actualmente, vivemos dominados por uma *dialéctica de crise*, despoletada pela crise do *sub-prime* nos Estados Unidos da América, que por sua vez foi a consequência de dois factores:

1. A opção deliberadamente política da administração norte-americana de incentivar e facilitar a aquisição de habitação pelas camadas de classe média e classe baixa;
2. O modo de reacção governamental às crises, factor este que foi instrumento, mas também causa do primeiro.

De facto, às crises cíclicas que assolavam o mercado norte-americano, a Reserva Federal reagia com “...*injecções maciças de liquidez nos mercados. Assim, cada período de crise era seguido por um período de expansão, em ciclos permanentes de boom/bust...*”, na crença de “...*uma escalada de crescimento permanente*”, convicção essa facilitada pela “...*condições macroeconómicas favoráveis, baixas taxas de juro e baixas taxas de inflação...*”¹.

Ora, com esta crença no crescimento eterno, que sempre haveria de permitir superar as crises cíclicas com injecções de liquidez, facilitou-se e fomentou-se o acesso à habitação própria².

Desta forma, parecia não haver riscos, e todos os sujeitos intervenientes tinham, aparentemente, tudo a ganhar e nada a perder.

¹ MENEZES CORDEIRO, *apud* BESSA, p. 868.

² A qual não era assim suportada por uma estrutura patrimonial adequada das populações, mas antes pela expectativa de que o crescimento económico permitisse, no futuro, a criação de condições para o seu pagamento. Propagou-se pois a convicção de “...*que a valorização dos diversos activos, financeiros e reais, como é o caso do imobiliário, é imparável...*”. Assim, as habitações eram adquiridas mediante empréstimos garantidos com hipotecas sobre as próprias habitações, asseguradas por entidades como a *Fannie Mae* e a *Freddie Mac*, de acordo com o desígnio político de atribuição de habitação própria às famílias, mediante a promoção agressiva do recurso ao crédito, numa “...*concessão totalmente imoderada do crédito, que criou uma aparência de prosperidade e conduziu ao endividamento progressivo de muitas famílias...*”, aparência essa que se dissipou com a crise de 2007 – cfr. MARQUES MARTINS, pp. 720 e 723.

As famílias conseguiam finalmente uma habitação própria, as instituições imobiliárias conseguiam escoar o seu produto e o Estado conseguia que as suas populações acessem a um estilo de vida superior.

A procura no sistema financeiro de títulos de crédito hipotecário (créditos *prime*), conduziu a que também os créditos *subprime* fossem incorporados no mercado, através do recurso a produtos financeiros complexos, de modo que se não tinha a percepção do seu real valor e significado.

Estes títulos eram transaccionados sem que se concretamente se conhecesse a sua substância. Isto foi possível devido ao fácil acesso ao crédito, aos incentivos e pressões para o investimento em produtos de elevado retorno e à concorrência feroz. Tais produtos foram pois objecto de múltiplas e sucessivas transacções, num sistema em alta.

No entanto, súbita e inesperadamente, as referidas condições mudaram, e todo o mecanismo que sustentava a teia atrás descrita ruiu³.

Para tal contribuíram também as agências de notação financeira, quer ao atribuir a este produtos a mais alta notação, fazendo crer que o risco a eles associado era nulo e de rendimento imediato, quer ao, inversamente, concorrer para *bank runs*, ao sobrevalorizar os riscos de *default* das entidades notadas, muito por causa do impacto negativo dos produtos a que antes haviam atribuído a melhor notação.

Todavia, todos estes factores não poderiam, por si só, ter levado à crise que hoje vivemos.

Ainda que se verificasse a conjugação de todos estes factores, como de facto se verificou, a crise apenas poderia tomar as proporções que tomou se a supervisão falhasse.

³ “...Alcançado o pico da “bolha imobiliária”, o preço das casas estabilizou e iniciou um movimento descendente. A execução das hipotecas nos créditos vencidos fez baixar, ainda mais, os preços do mercado imobiliário, causando uma oferta no mercado que não teve correspondência do lado da procura. Como os produtos derivados do crédito à habitação norte-americano eram comercializados em todo o mundo, esta situação do incumprimentos e da incapacidade de solvência do crédito gerou uma crise sistémica que, paulatinamente, se foi alastrando como um vírus, ao sistema financeiro mundial...” – cfr. BESSA, p. 870.

De facto, uma supervisão adequada teria de adoptar, preventivamente, as medidas necessárias para que a exposição das instituições a produtos como os derivados do *subprime* não pusesse em causa a solidez, a solvabilidade, a liquidez, enfim, a confiança, que é a mais importante característica de uma instituição que opera no sistema financeiro.

A presente dissertação versa, desde logo, sobre a caracterização sumária do sistema português de supervisão e procura, em segundo lugar, responder a questões como a de se saber se é legítimo responsabilizar o supervisor, e de que forma, pelas causas (ou por algumas delas) da crise, assim como pelas soluções encontradas.

CAPÍTULO II – A SUPERVISÃO BANCÁRIA EM PORTUGAL

Secção I – Os Sujeitos

1. Introdução

Importa, num primeiro momento, identificar sumariamente os sujeitos da supervisão no sistema português, antes de nos debruçarmos na teia que entre eles se desenvolve.

Assim, nesta secção, iremos elencar os vários actores: em primeiro lugar, aqueles que têm a competência para o exercício da supervisão, com especial atenção no Banco de Portugal (BP) e em segundo lugar, aqueles que são destinatários da supervisão.

2. Os Sujeitos Activos

a) O Banco de Portugal

Criado em 1846, inicialmente o BP não tinha poderes de supervisão, tendo começado por ser um banco comercial e tendo, mais tarde, recebido o privilégio exclusivo de emissão de moeda.

Só em 1894 se pode falar em fiscalização bancária, a qual cabia à Repartição do Comércio e, posteriormente, à Inspeção-Geral de Crédito e Seguros (IGCS), no âmbito do Ministério das Finanças (MF).

Em 1960, o BP é considerado, pela primeira vez, como um Banco Central (BC)⁴, ainda que sem funções de supervisão, as quais só viria a assumir após o 25 de Abril de 1974, depois da sua nacionalização.

⁴ Através do Decreto-Lei nº 43.342, de 22 de Novembro de 1960, que estabeleceu as bases de um contrato com o Estado, visando “...dar cumprimento às obrigações resultantes da adesão ao acordo que criara o Fundo Monetário Internacional...” – cfr. MENEZES CORDEIRO, p.107.

A actual Lei Orgânica do BP (LO⁵) surge no contexto da integração europeia, da adopção da moeda única e da pertinência do BP ao Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC)⁶.

O BP é “...uma pessoa colectiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio”⁷, à qual cabe, para além de uma competência residual face à superintendência do MF, a supervisão das instituições⁸, sendo que as suas atribuições se encontram fundamentalmente condensadas na respectiva LO⁹, no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGIC¹⁰) e no Regime Jurídico Relativo à Actividade das Instituições de Pagamento e à Prestação de Serviços de Pagamento¹¹.

b) Outros Sujeitos Activos

Paralelamente ao BP, outros sujeitos são activos na supervisão, relativamente aos quais cabe fazer uma sumária referência.

Em primeiro lugar, o MF exerce, no âmbito da supervisão prudencial (SP), uma competência de “...superintendência do mercado monetário, financeiro e cambial, e

⁵ Aprovada pela Lei n° 5/98, de 31 de Janeiro.

⁶ Nos termos do Estatuto do SEBC, todos os BCs integrantes devem actuar em conformidade com as orientações do Banco Central Europeu (BCE).

⁷ Cfr. art. 1° da LO. O art. 18° (com excepções previstas no artigo 19°) sela a autonomia do BP face ao Estado, expressa na proibição de o BP conceder descobertos ou qualquer outra forma de crédito, bem como garantir quaisquer obrigações ou proceder à compra directa de títulos de dívida emitidos pelo Estado sob as suas mais diversas formas e ramificações.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) não afirma a independência do BP, apesar de tentativas nesse sentido, nomeadamente a referente à proposta de revisão constitucional n° 5/XI de 2010 do CDS/PP, de acrescentar ao art. 102° da CRP um n° 2 com o seguinte texto: “*O Banco de Portugal exerce as suas funções com independência face ao Governo e às entidades legalmente sujeitas à sua supervisão.*”

⁸ Se em Portugal o BC reúne a condução da política monetária e da estabilidade financeira, bem como a supervisão das instituições, noutros países, esta está a cargo de entidades de supervisão independentes (ESI).

⁹ Apenas no artigo 17° se refere a supervisão, em termos muito genéricos, que são concretizados por normas exteriores, fundamentalmente no RGIC.

¹⁰ Aprovado pelo Decreto-Lei n° 298/92, de 31 de Dezembro.

¹¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n° 317/2009, de 30 de Outubro.

designadamente a coordenação da actividade dos agentes do mercado com a política económica e social do Governo...”¹².

O MF actua, assim, no âmbito dos poderes governamentais de conformação e orientação económica e financeira, agindo sobre os agentes “...*que tenham a qualidade de administração indirecta do Estado, e designadamente, institutos públicos, associações públicas e empresas públicas...*”¹³.

Em segundo lugar, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) que, apesar de estar sujeito à tutela do MF¹⁴, tem atribuições próprias no âmbito do mercado de valores mobiliários, expressas no art. 353º do Código de Valores Mobiliários (CVM¹⁵), mas também no âmbito da supervisão das instituições de crédito, a par do BP¹⁶.

Em terceiro lugar, o Instituto de Seguros de Portugal exerce a supervisão das empresas de seguro, dos fundos de pensões e respectivas sociedades gestoras e dos mediadores de seguros.

3. Os Sujeitos Passivos

Nos sujeitos passivos da supervisão bancária (doravante IS) estão incluídas, em primeiro plano, as instituições de crédito e as sociedades financeiras¹⁷, mas também as sociedades gestoras de participações sociais e as empresas de investimento¹⁸.

¹² N.º 1 do art. 91º do RGIC.

¹³ MENEZES CORDEIRO, p.162.

¹⁴ Cfr. n.º 2 do art. 2º do Estatuto da CMVM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de Novembro.

¹⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro.

¹⁶ Cfr. n.º 2 do art. 93º do RGIC.

¹⁷ Enquanto entidades que exercem as actividades bancárias referidas no art. 4º do RGIC, por remissão do art. 2º, no que toca às instituições de crédito e do art. 194º e ss., relativamente às sociedades financeiras, definidas no art. 5º.

¹⁸ As SGPS são consideradas sujeitos passivos de supervisão bancária “...*quando mais de metade das participações incidam sobre instituições de crédito ou quando detenham a maioria dos votos de uma*”

Secção II – Aspectos Gerais

1. Introdução

A supervisão bancária é a “...actuação desenvolvida pelo Estado ou por outros entes públicos sobre os banqueiros, de modo a controlar a sua actividade...”¹⁹, tendo em vista “...assegurar a estabilidade, eficiência e solidez do sistema financeiro, o cumprimento de regras de conduta e de prestação de informação aos clientes bancários, bem como garantir a segurança dos depósitos e dos depositantes e a protecção dos interesses dos clientes...”²⁰.

Um dos objectivos fundamentais visados pela supervisão é impedir a produção das consequências dramáticas, para a sociedade em geral, decorrentes da insolvência das IS.

De facto, estas entidades assumem naturalmente um papel decisivo no desenvolvimento das empresas e na segurança das pessoas, quer porque lhes concedem crédito, quer porque são o garante das suas poupanças.

Actualmente, a maioria do capital encontra-se *alojado* nos bancos, pelo que se um deles falir, ou incumprir as suas obrigações e compromissos, a sociedade é drasticamente afectada, podendo iniciar um *efeito dominó* com consequências devastadoras.

Por isso, é fundamental para o Estado assegurar que o seu sistema financeiro não corra o risco do descalabro, que poderá desencadear-se com a queda do seu mais pequeno pilar.

Tradicionalmente, o Estado poderia evitar a concretização deste risco mediante a concessão de moratórias ou a emissão de moeda. Estas soluções, contudo, acarretavam

instituição de crédito...”, enquanto no caso das empresas de investimento a supervisão é efectuada conjuntamente pelo BP e pela CMVM – cfr. SARAIVA MARTINS, pp. 568 e 569.

¹⁹ MENEZES CORDEIRO, p.158.

²⁰ In <http://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/Paginas/default.aspx>.

custos demasiado onerosos para serem aceitáveis²¹. Acresce que o recurso à emissão de moeda deixou de ser permitido em virtude de a moeda, em Portugal, ser comum à Zona Euro e, como tal, deixou de ser um instrumento que se possa utilizar de forma autónoma.

Existem, actualmente, duas formas de o Estado enfrentar o risco *supra* mencionado, ambas adoptadas recentemente no nosso país.

A primeira consiste em deixar cair as IS (vide o caso do BPP), procurando minimizar os efeitos sistémicos que daí possam advir, e fazendo actuar os mecanismos ressarcitórios, como o Fundo de Garantias de Depósitos, a que nos referiremos adiante.

A outra traduz-se na concessão de auxílio às entidades *too big to fail* em dificuldades, com o objectivo de impedir que estas se estendam a outras entidades – seja nacionalizando, seja através de injeção de liquidez – e, por conseguinte, às empresas e pessoas delas dependentes (vide o caso do BPN).

Daí a importância da supervisão, enquanto forma de evitar as crises, e das medidas correctivas a adoptar pelo BC.

A priori, a supervisão consiste na autorização (ou não) de constituição das IS, que é dada mediante a verificação da observância de requisitos respeitantes a “...*capitais mínimos, estrutura accionária, qualificações de responsáveis (administradores, directores, gerentes), introdução de alterações à estrutura de uma ou mais instituições financeiras...*”²².

Temos igualmente a monitorização das sociedades constituídas, ou a “*on going banking supervision*”²³, através da emissão de recomendações, de determinações específicas, da aplicação de sanções, da adopção de medidas de saneamento e, em último recurso, da revogação da autorização concedida.

²¹ Ainda que actualmente muitas vezes se levantem para exigir que o BCE emita moeda, o que apesar de todos os malefícios associados à inflação e à perda do rendimento real das populações, é visto como uma solução de peso para conter os alastramento da chamada “*crise das dívidas soberanas*”.

²² ATHAYDE, p. 390.

²³ *Ibid.*, p. 391.

Finalmente, a supervisão é exercida tendo em vista a prossecução do *interesse público*, neste se integrando interesses difusos, dos depositantes, dos investidores, da IS, da população em geral ou da estabilidade do sistema, pelo que, não raras vezes, ocorre um conflito entre esses diversos interesses²⁴.

Assim, o exercício da supervisão pode significar, através do exercício de *escolhas públicas*, o prejuízo de um daqueles interesses, face à necessidade de salvaguardar o *interesse público*.

2. Supervisão no âmbito da União Europeia

O fenómeno da UE, enquanto espaço de integração dos vários países, implica também reflexões sobre a forma de agir dos diferentes mercados, assim como sobre a sua coordenação e interacção.

Nesse âmbito, fala-se de um *mercado bancário único europeu*, desejavelmente regulado nesse plano, de forma a limitar o impacto negativo que a transposição diferenciada de normas comunitárias e/ou sua interpretação são susceptíveis de ter na estabilidade e competitividade das economias da UE.

De facto, temos no espaço europeu a coexistência de sistemas essencialmente fundados na auto-regulação e de sistemas baseados na hetero-regulação.

Os sistemas mais auto-reguladores são considerados como os mais desenvolvidos economicamente, uma vez que os agentes, “...*conhecendo melhor do que ninguém a profissão, têm todo o interesse em manter o respeito por elevados padrões de rigor, solidez e legalidade...*”.

Por seu turno, nos sistemas mais hetero-regulados, os agentes são vistos como actores que “*deixados a si próprios, podem ter dificuldade em resistir à tentação de, na*

²⁴ Nesse sentido, ATHANASSIOU, pp. 30-31. O Autor dá o exemplo da Islândia, onde o supervisor justificou a não intervenção num banco em dificuldades, com prejuízo para os seus

pura busca de lucro, controlar adequadamente riscos e assegurar uma gestão correcta...”²⁵.

De forma sintética, podemos dizer que originariamente²⁶ a preocupação harmonizadora foi a de tornar obrigatória a autorização para um estabelecimento de crédito, bem como a consagração de condições mínimas para a concessão dessa autorização, designadamente no que respeita aos fundos próprios, assim como da liberdade de estabelecimento de sucursais de instituições com sede noutro estado-membro.

Surgem, mais tarde²⁷, três ideias fundamentais: o reconhecimento mútuo das autorizações; a harmonização mínima no que respeita às condições de autorização e actividade; o controlo pelo estado-membro de origem (*home country control*).

Apesar de a supervisão ainda operar bastante no âmbito nacional, tem sido cada vez maior a tendência para a harmonização, com a criação de entidades europeias de supervisão micro-prudencial, visando a coordenação na supervisão das IS transfronteiriças. Pretende-se a uniformização da aplicação de normas comunitárias e a solidez da supervisão na UE.

Paralelamente, a supervisão macro-prudencial é também objecto de preocupação no âmbito comunitário, visando a actividade desenvolvida pelo Comité Europeu do Risco Sistémico, em colaboração com as entidades atrás referidas²⁸, a prevenção de riscos sistémicos.

O conteúdo da ideia de supervisão tem sido em grande parte produto de plataformas como o Comité de Supervisão Bancária de Basileia (CSBB), do Grupo

depositantes, invocando a preocupação pela preservação da estabilidade do sistema financeiro. Esta decisão, ou outra em sentido contrário, iria significar sempre o prejuízo de um objectivo da supervisão.

²⁵ ATHAYDE, p. 90.

²⁶ No âmbito da “*Primeira Directiva de Coordenação Bancária*” (Directiva nº 77/780/CEE, publicada em 12 de Dezembro de 1977), que visava “...*promover a coordenação ou “harmonização” da lei de cada Estado-Membro sobre os “estabelecimentos de crédito”...*” – cfr. ATHAYDE, p. 97.

²⁷ Através da “*Segunda Directiva*” (Directiva nº 89/1646/CEE, de 15 de Dezembro de 1989), que vem suplantar a “*Primeira Directiva*” e inaugurou o mercado único bancário e integrado, tendo entrado em vigor no dia 1 de Janeiro de 1993.

²⁸ Para mais desenvolvimentos sobre este tema, cfr. ATHANASSIOU, pp. 18 e 19.

Consultivo Europeu de Órgãos de Supervisão e do BC. Daqui resultaram, em 2006, os assim denominados “*International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework*”, conhecidos como “*Basileia II*”²⁹, assentando a estrutura do novo regime prudencial em três pilares: a determinação dos requisitos mínimos de fundos próprios; o processo de avaliação pela autoridade de supervisão; a disciplina de mercado.

3. *Supervisão Comportamental*

A supervisão comportamental consiste na “...*actuação pública de regulação e supervisão da conduta das instituições nos mercados financeiros a retalho...*”³⁰.

Neste contexto, o BP dispõe de poderes regulamentares, fiscalizadores e sancionatórios, no âmbito do estabelecimento de regras de conduta³¹, do segredo profissional³², dos conflitos de interesse e da defesa de concorrência e da publicidade³³.

²⁹ Por referência ao “*Basileia I*”, versão inicial de 1988. O “*Basileia II*” foi acolhido pelas Directivas 2006/48/CE e 2006/49/CE, de 14 de Junho de 2006, que vieram alterar as Directivas 2000/12/CE e 93/6/CE, respectivamente. A transposição para o ordenamento jurídico nacional do novo quadro regulamentar fez-se fundamentalmente através do Decreto-Lei nº 104/2007, de 3 de Abril, e do Decreto-Lei nº 103/2007, de 3 de Abril.

³⁰ <http://www.bpportugal.pt/pt-PT/Supervisao/SupervisaoComportamental/Paginas/default.aspx>

³¹ Nomeadamente ao nível das exigências de competência técnica, diligência, neutralidade, lealdade e discrição e respeito consciencioso dos interesses que lhe estão confiados, exigências essas que se associam para formar a *ars bancaria* moderna, segundo MENEZES CORDEIRO *apud* ATHAYDE, p. 492. Consideram que tais exigências derivam de regras que, apesar de vagas, constituem verdadeiras obrigações jurídicas e não meras regras programáticas.

³² No âmbito do qual o BP tem igualmente uma importante função, ainda para mais no âmbito das sociedades modernas de informação, onde é crescente a relevância da transparência face ao sigilo. Castro Caldas (adiante livremente citado a partir das considerações e citações expressas em ATHAYDE, p. 496) fala a este respeito em culto da informação e da transparência, a par de uma hostilidade perante a reserva da intimidade da vida privada, que atribui ao mito jacobino da igualdade absoluta, em contraste com o pensamento protestante do sigilo, promotor da criação de riqueza e desenvolvimento económico.

E a verdade é que a tendência tem sido cada vez mais a do enfraquecimento do segredo, hoje claramente fora de moda para uma sociedade que clama cada vez mais por inclusão, quer pela pressão mediática, quer pela necessidade de mais fidedignamente o Estado tributar os seus cidadãos, quer ainda pelo uso do segredo que é feito com objectivos de ocultação criminosa - cfr. ATHAYDE, p. 499.

No RGIC, a regra é a da proibição do art. 78º, mas com numerosas formas do levantamento do sigilo, expressas no art. 79º, tal como a autorização do cliente, ou no contexto de um processo judicial, administrativo ou fiscal.

³³ Actualmente, o recurso a estas instituições não é uma mera opção, dado que captam a grande maioria das poupanças, pelo que deve ser dada uma informação clara sobre as condições dos serviços e as características dos produtos, assim como sobre o respectivo risco.

Ora, muitas vezes observamos que a publicidade assenta numa base maioritariamente sensacionalista e menos técnica, ou no abuso de informações tecnicamente válidas, mas substancialmente enganosas, que abunda, nomeadamente, através da utilização da palavra *até...*são os juros oferecidos *até*

Nas relações das IS com os clientes, o BP, através de avisos, tem competência para regulamentar os requisitos da divulgação que as entidades fazem dos seus serviços, bem como para estabelecer regras sobre o conteúdo dos contratos entre aquelas e os respectivos clientes, para receber e apreciar reclamações dos clientes, dar instruções sobre os códigos de conduta a que as instituições de crédito estão sujeitas.

4. Supervisão Prudencial

A SP é o “...controlo dos banqueiros exercidos pelo Estado ou por outras entidades públicas, de modo a assegurar os valores da banca...”, “...dominados pelas ideias de prudência na actuação bancária e da confiança do publico...”³⁴, visando garantir a estabilidade financeira das instituições e a segurança dos fundos que lhes foram confiados.

Face à supervisão em sentido lato, que visa o bom funcionamento do mercado, a SP preocupa-se antes, com a solvabilidade das IS³⁵.

À SP foi reconhecida uma relevante importância após a Grande Depressão de 1929, dada a necessidade de melhor proteger os interesses dos clientes das IS.

Consubstanciou também a reacção aos fenómenos da desregulamentação dos mercados e da privatização dos bancos. Os Estados confrontaram-se com a necessidade de impedir os abusos da concorrência, que de outra forma, seria poderia ser desleal e prejudicial para os mais fracos.

Essencialmente, a SP traduz-se no controlo da (in)observância, pelas IS, das regras prudenciais, “... que visam o controlo dos riscos inerentes às suas actividades. Pretende-se, por um lado, garantir a solvabilidade e solidez financeira dessas instituições e, por essa via, a manutenção da estabilidade (e da confiança na estabilidade) do sistema financeiro; por outro lado, visa-se a protecção dos utilizadores

x%, até x anos, os quais na verdade são atribuídos apenas se se verificar um alinhamento de situações improváveis.

³⁴ MENEZES CORDEIRO, p.170.

(depositantes, investidores) contra perdas resultantes de má gestão, fraudes ou falência dos fornecedores/prestadores de serviços financeiros...”³⁶.

Estas regras são comumente vertidas em quatro áreas normativas³⁷: a do capital, dos fundos próprios e das reservas; aquela do rácio de solvabilidade e dos riscos; a da idoneidade dos detentores de participações qualificadas; e a da aquisição de imóveis e de outros activos imobilizados.

Relativamente à primeira, no art. 94º do RGIC, que dispõe que “*as instituições de crédito devem aplicar os fundos de que dispõem de modo a assegurar a todo o tempo níveis adequados de liquidez e solvabilidade*”, encontra-se plasmado o princípio geral da prudência na gestão das instituições de crédito³⁸.

Pretende-se que as instituições detenham fundos suficientes capazes não só para fazer face às suas normais obrigações e investimentos desejados, mas também para responder à instabilidade dos mercados, quer através dos fundos próprios e das reservas, quer através de mecanismos reactivos, como o reforço do capital social.

No que toca à segunda área normativa *supra* mencionada, o rácio de solvabilidade resulta da necessidade de garantir a liquidez em momentos de crise através da conjugação de vários mecanismos que não sejam afectados da mesma forma e ao mesmo tempo.

Quanto à idoneidade dos detentores de participações qualificados, o enquadramento legal foi recentemente reformado³⁹, estabelecendo o art. 103º, nº 2, do RGIC, cinco requisitos em vista da adequação do participante e da solidez financeira da

³⁵ Cfr. SARAIVA MATIAS, p. 571.

³⁶ <http://www.bportugal.pt/ptPT/Supervisao/SupervisaoPrudencial/Paginas/Regrasprudenciais.aspx>

³⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, p.169.

³⁸ Em concretização deste princípio, temos, entre outras regras, a de que os fundos próprios nunca podem ser inferiores ao capital social mínimo, a de que pelo menos 10% dos lucros líquidos apurados em cada exercício devem ser afectos à constituição de uma reserva legal até ao montante do capital social, ou a de que deve haver limites à concentração das posições credoras, no sentido de impedir a concessão excessiva de créditos a um determinado cliente ou clientes ligados entre si.

³⁹ Através da alteração ao RIGC pelo Decreto-Lei nº 52/2010, de 26 de Maio, que transpôs para o ordenamento nacional a Directiva nº 2007/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Setembro.

proposta de aquisição⁴⁰. Verificou-se igualmente uma evolução do conceito de processo de aquisição de participações qualificadas, ainda que fique a sensação de alguma ambiguidade⁴¹.

Temos, finalmente, a norma do art. 112º do RGIC, segundo a qual as IS não podem adquirir “...imóveis que não sejam indispensáveis à sua instalação e funcionamento ou à prossecução do seu objecto social”, salvo autorização concedida pelo BP.

5. *Supervisão Consolidada*

Uma vertente importante da SP refere-se à supervisão em base consolidada, isto é, referente a grupos financeiros.

Na verdade, actualmente, sendo cada vez mais frequente o agrupamento de sociedades, verifica-se a necessidade da consolidação da suas contas através da “...agregação das contas individuais das sociedades dominadas (consolidadas) às da sociedade dominante (consolidante)...”, visando “...assim, exprimir a riqueza efectiva dos grupos de sociedades...”⁴², o que, além de ser fiscalmente interessante, resulta de imposições comunitárias, transpostas entre nós no arts. 130º a 138º do RGIC.

⁴⁰ A idoneidade do proposto adquirente; a idoneidade e qualificação profissional dos membros designados por aqueles; a solidez financeira do proposto adquirente; a capacidade para cumprir as normas prudenciais; a atenção à possibilidade de a operação poder envolver branqueamento de capitais ou financiamento ao terrorismo.

⁴¹ De facto, se antes a convicção era a de que a mera comunicação permitia a aquisição de participações qualificadas, com a posterior devolução em caso do BP se vir a opor, agora a terminologia parece querer indicar a provisoriedade da aquisição das participações até decorrer o prazo de oposição do BP, mas sem claramente estatuir a necessidade de uma aprovação, expressa ou tácita do BP.

Em suma, não há uma tomada de posição clara por parte do legislador, o que na prática conduzirá a algumas dificuldades.

Todavia da conjugação dos arts. 103º e 105º, nº 1, al. b) do RGIC poderá retirar-se que a aquisição ou aumento de uma participação qualificada é susceptível de ser objecto de sanções na falta de autorização do BP. A esse respeito, Bruno Ferreira afirma que a Directiva nº 2007/44/CE faz referência a termos como “*adquirente potencial*” ou “*proposta de aquisição*”, como que querendo atribuir um carácter provisório ou dependente de um acto do supervisor para produzir efeitos. Apesar de não haver previsão clara da necessidade de autorização, o facto de se passar a prever a possibilidade de aplicação de sanções (inibição do exercício dos direitos de voto) no caso de participações qualificadas adquiridas ou aumentadas após a comunicação ao BP, mas antes de autorização expressa ou tácita por este, permite concluir pela sua necessidade. Cfr. FERREIRA, pp. 678 e 679.

De facto, a SP “...só poderá ser verdadeiramente assegurada quando a supervisão exercida pela autoridade de tutela tenha por objecto a situação financeira consolidada do todo económico e não meramente a situação financeira individual de cada uma das entidades componentes singularmente consideradas...”⁴³.

A empresa de grupo ou plurissocietária é caracterizada pela independência jurídica de sociedades subordinadas a uma direcção económica comum⁴⁴.

Há dois modelos típicos de regulação destas empresas: o modelo norte-americano, mais rígido, que aplica na sua máxima extensão os princípios da especialização e da exclusividade⁴⁵; e o modelo comunitário, mais flexível, que possibilita a constituição de grupos mistos, integrando empresas financeiras, comerciais ou industriais.

Esta flexibilidade não se reflecte automaticamente nos países-membros, visto que à harmonização mínima comunitária corresponde uma ampla liberdade que aqueles têm para a concreta regulação no âmbito nacional.

No modelo português, a supervisão prudencial em base consolidada versa essencialmente sobre quatro áreas⁴⁶: a solvabilidade; a concentração de riscos; as participações intersocietárias; e a organização interna do grupo.

No que toca à solvabilidade, o aspecto mais importante a considerar decorre da participação em outras instituições, com a consequência de que o capital investido é

⁴² MENEZES CORDEIRO, pp.180 e 181.

⁴³ ENGRÁCIA ANTUNES, p. 10.

⁴⁴ Cfr. *ibid.*, p. 15. Esta dupla circunstância poderá significar a instrumentalização das *sociedades-filhas* face ao interesse do grupo dominante, bem como conduzir a situações de defraudamento das expectativas dos credores. De facto, a garantia patrimonial dos sócios e dos credores destas está na disposição de um ente juridicamente diverso, mas que controla economicamente a sociedade, e que portanto tem poderes para subtrair o património, das mais variadas formas, bem como para deslocar perdas estranhas à *sociedade-filha*, decorrentes de outra parte do grupo, com todas as consequências que daí advêm.

⁴⁵ Princípio da especialização que determina o impedimento das empresas financeiras de desenvolver actividades não expressamente previstas no respectivo diploma regulador, e princípio da exclusividade que determina o impedimento das instituições de crédito de desenvolverem actividades comerciais e industriais e vice-versa – cfr. *Ibid.*, pp. 35 e 36.

⁴⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 75.

duplamente contabilizado: como participação da instituição dominante e como capital próprio das sociedades dominadas⁴⁷.

Assim, o rácio de solvabilidade deve ser calculado de modo a permitir apurar os capitais efectivamente existentes, evitando o fenómeno da multiplicação artificial dos mesmos em virtude das participações intersocietárias⁴⁸.

Relativamente à concentração de riscos, deverá proceder-se às adaptações necessárias para evitar o excesso de exposição do grupo a determinado devedor.

De facto, se mais do que uma das sociedades integrantes do grupo respeitar o limite de endividamento relativamente a um determinado devedor, o risco do grupo aumenta exponencialmente, não se respeitando assim o espírito subjacente às normas prudenciais.

Assim, as instituições integrantes de grupos devem estar sujeitas a limites mais baixos de endividamento perante o mesmo devedor⁴⁹.

Quanto às participações intersocietárias, relevamos o limite de participação equivalente a 25% dos direitos de voto correspondentes ao capital da sociedade participada⁵⁰, assim como a necessidade de apresentar um projecto ao BP por parte de quem pretenda deter participações qualificadas⁵¹, bem como as normas sobre conflitos de interesses, entre as quais destacamos a proibição de concessão de crédito a membros de órgãos sociais e a detentores de participações qualificadas⁵².

No que concerne à organização interna do grupo⁵³, a característica mais relevante é a da independência jurídica de sociedades subordinadas a uma direcção

⁴⁷ Aqui com a agravante de estas participações aumentarem o risco de iliquidez da sociedade dominante, já que representam um passivo líquido de curto-prazo, que não é facilmente alienado em boas condições.

⁴⁸ Cfr. art. 5º, ponto 3 do Aviso do BP nº 1/93, de 8 de Junho.

⁴⁹ Aviso do BP nº 10/94, de 18 de Novembro.

⁵⁰ Cfr. art. 101º do RGIC.

⁵¹ Cfr. art. 102º ss. do RGIC.

⁵² Cfr. arts. 85º e 109º do RGIC.

⁵³ A este respeito, cabe referir as diferenças entre os grupos de direito e os grupos de facto.

Grupos de direito são aqueles que derivam de: i) participação totalitária de capital (arts. 488º e 489º do CSC); ii) contrato de grupo paritário (art. 492º do CSC); iii) contrato de subordinação (art. 493º do CSC).

Estes grupos estão sujeitos a um regime jurídico especial que se traduz na legitimação do poder de direcção das *sociedade-mãe*, sustentada em disposições como as dos arts. 493, nº 1, 503º e 504º do

económica comum, com o pressuposto de que cabe à *empresa-mãe* garantir o controlo interno necessário de forma a poder assegurar o cumprimento efectivo das normas prudenciais em base consolidada, bem como prestar a melhor informação ao supervisor relativamente às condições do grupo.

No entanto, o princípio do primado absoluto do interesse social das empresas individualmente consideradas, não admitindo ingerências no seio dos respectivos órgãos⁵⁴, pode pôr em causa o referido pressuposto, já que a *empresa-mãe* pode não ter poderes para vincular as *empresas-filhas* ao *interesse consolidado*, se estas considerarem que tal não corresponde ao *seu* interesse.

Esta *lacuna regulatória* acaba por pôr em causa a supervisão em base consolidada dos grupos empresariais “*de facto*”, no âmbito da qual seria necessária a existência de um poder legal de direcção prudencial da *empresa-mãe* que pudesse vincular as *empresas-filhas*, de uma forma que não colocasse em causa o primado do interesse individual destas⁵⁵.

Código das Sociedades Comerciais (aprovado pelo Decreto-Lei n° 262/86, de 2 de Setembro), segundo os quais as sociedades dominantes têm o direito de emitir instruções vinculativas, ainda que prejudiciais aos interesses sociais individuais das *sociedades-filhas*.

Por outro lado, os grupos de facto são aqueles criados ou organizados por participações maioritárias, acordos parassociais e outros instrumentos de domínio não associados a um regime jurídico excepcional.

Nestes grupos, as *sociedades-mães* possuem um poder de facto de acordo com os cânones do direito societário comum, nomeadamente no que toca à autonomia e ao interesse social das *sociedades-filhas* - cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, pp. 23 a 25.

⁵⁴ Arts. 64°, 58°, 72° e 83° do CSC.

⁵⁵ Nesse sentido, cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, p. 118, que sugere a adopção de um modelo de inspiração italiana.

6. A Crise e as Medidas Repressivas e Consecutivas

Paralelamente à supervisão comportamental e prudencial, em base consolidada ou não, existem mecanismos destinados não já a prevenir, mas a corrigir, a sancionar, ou a limitar os danos de um estado de insolvência ou de dificuldade financeira das IS.

a) O Saneamento

Devendo a IS comunicar ao BP as dificuldades em que eventualmente se encontrem, ao BP compete apresentar-lhe as chamadas providências extraordinárias de saneamento⁵⁶, destinadas a proteger os interesses dos depositantes, dos investidores e de outros credores, assim como a salvaguardar as condições normais de funcionamento do mercado monetário, financeiro e cambial⁵⁷.

Não obstante a IS sejam obrigadas a comunicar as situações de dificuldade, pois nem sempre o BP está em condições de as identificar, ao BP compete igualmente detectá-las, já que a IS tende a proceder à referida comunicação num momento tardio, em que as medidas a adoptar serão mais graves, podendo dar origem a *bank runs*⁵⁸ e, eventualmente, ao auxílio do Estado (e, indirectamente, do contribuinte), com prejuízo para os depositantes e investidores das IS.

b) O Fundo de Garantia de Depósitos

O Fundo de Garantia de Depósitos (FGD⁵⁹), é “*constituído por contribuições suportadas pelas instituições de crédito com base em critérios legalmente pré-definidos, que visa assegurar aos depositantes bancários o reembolso, pelo menos, de uma parte*

⁵⁶ As quais consistem em restrições de exercício, de recepção de fundos, proibição ou limitação de distribuição de dividendos, ou mesmo na designação de administradores provisórios.

⁵⁷ Arts. 139º, nº 1, 140º e 141º do RGIC; cfr. MENEZES CORDEIRO, pp. 201 e 211.

⁵⁸ Uma corrida aos levantamentos, “...colocando a instituição, porventura em poucas horas numa situação de iliquidez e incapacidade de satisfazer as suas obrigações mas também, na de, entrando em crise uma das empresas de um grupo económico, tal circunstância ter efeitos desastrosos em todo o grupo, ampliando, num efeito de “bola de neve”, a gravidade da situação, desembocando-se na crise de todo o sistema, que pode ter consequências incalculáveis...” – cfr. ATHAYDE, pp. 569 e 570.

⁵⁹ Estabelecido no art. 154º ss. do RGIC. Apesar de ser um instituto público autónomo, é fiscalizado pelo BP, que também assegura o seu funcionamento.

dos seus depósitos, caso ocorra uma situação crítica de qualquer instituição...”⁶⁰ até ao limite de € 100.000,00 por depositante⁶¹.

Paralelamente, o Sistema de Indemnização aos Investidores⁶² tem o objectivo de proteger os pequenos investidores até ao montante de € 25.000, garantindo o reembolso dos créditos relativos a fundos ou instrumentos financeiros detidos, administrados ou geridos por instituições de crédito autorizadas a prestar serviços de investimento ou por empresas de investimento.

Ambos visam fazer face à insolvência das IS, à sua impossibilidade de cumprir as respectivas obrigações para com depositantes, investidores e outros credores, por um lado e, por outro, garantir o mínimo de confiança no sistema financeiro.

⁶⁰ GAMEIRO LOPES, p. 180.

⁶¹ Sendo que € 10.000,00 devem ser reembolsados no prazo máximo de sete dias e o remanescente no prazo máximo de 20 dias úteis (arts. 166º e 167º do RGIC).

Recentemente, através do Decreto-Lei nº 119/2011, de 26 de Dezembro, foi estabelecido o carácter permanente do limite legal de garantia de € 100.000,00, depois de este limite ter sido introduzido com carácter temporário pelo art.12º, nº 1 do Decreto-Lei nº 211-A/2008, de 3 de Novembro.

Considerando que o anterior limite era de € 25.000,00, verificamos ter sido grande a preocupação em assegurar um adequado ressarcimento dos depósitos, com o limite a quadruplicar de uma só vez.

Apenas são assegurados pelo FGD certos depósitos, tal como definidos no art. 164º do RGIC, que exclui aqueles enumerados no artigo seguinte, que por diversas razões não merecem a protecção do FGD.

⁶² Criado pelo Decreto-Lei nº 222/99, de 22 de Junho.

CAPÍTULO III – A RESPONSABILIDADE DO SUPERVISOR BANCÁRIO

Secção I – Introdução

Conforme referido no Capítulo I, a actual crise resultou de uma miríade de causas, que se conjugaram letalmente.

No entanto, vozes se levantam quanto ao papel do supervisor que, enquanto actor privilegiado e próximo das IS, poderia ter tido um papel que, aparentemente, não desempenhou.

A questão fundamental da presente dissertação é a da responsabilidade da autoridade de supervisão, mais concretamente do BP.

Antes de abordarmos esta questão, importar referir que a responsabilidade do supervisor será sempre uma responsabilidade extracontratual (doravante REC).

De facto, se a relação entre o banqueiro e o seu cliente se exprime no contrato bancário⁶³, iniciando-se normalmente com a abertura de uma conta ou acto análogo que

⁶³ Relação norteada por deveres de conduta de ambas as partes, mas sendo o banqueiro quem exerce neste âmbito a sua actividade profissional, estes deveres incidem especialmente sobre si.

Falamos, nomeadamente, dos deveres de lealdade e de protecção do património do cliente, que o confia ao banqueiro numa situação de proximidade negocial, pelo que o contrato bancário terá de supor para este um “...*dever legal de protecção baseado na confiança...*”; Considerações baseadas em MENEZES CORDEIRO, pp. 371 ss., com a citação a pertencer, na pág. 376, a Claus-Wilhelm Canaris, “*Bankvetragsrecht*” 1, 3ª ed., Berlin e New York, 1988, pp. 12 ss. (8ss.) e 15 ss. (9ss.).

Não se pretende afirmar que a responsabilidade bancária não pode revestir também a modalidade extracontratual: ela pode ocorrer, consoante haja ou não um acordo com assumpção de vínculos e uma falta de resultados, ou a inobservância de deveres genéricos.

Por outro lado, no caso dos intermediários financeiros, temos uma outra dualidade: a responsabilidade por violação de deveres, por um lado, e a responsabilidade por violação de princípios, por outro.

Previstos no art. 304º do Código de Valores Mobiliários (CVM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99), os princípios são como que “...*orientações fundamentais, imbuídas do conteúdo axiológico que garante a unidade do sistema jurídico e que assegura a evolução deste, num devir vivificado na resolução do caso concreto e na reponderação do seu conteúdo e da sua função no contexto do mesmo sistema...*”, e “...*que dão solução a casos omissos...*” (OLIVEIRA ASCENSÃO, p. 417 *apud* CASTILHO DOS SANTOS, p. 76). Assim, os princípios apenas têm uma função integradora, que para efeitos de responsabilidade civil só operarão se forem concretizados por regras, e não enquanto formulações de dever, salvo se houver uma norma concretizadora directamente aplicável (cfr. *Ibid.*, pp.

expresse a vontade mútua de uma relação jurídica tendencialmente duradoura, já a responsabilidade do supervisor perante os depositantes e outros credores não se funda num contrato *strictu sensu*, de acordo com a análise desenvolvida *infra* numa perspectiva comunitária (Secção II) e nacional (Secção III).

Secção II – A Responsabilidade do Supervisor no Âmbito Comunitário⁶⁴

1. Introdução

Curamos, nesta secção, da responsabilidade do supervisor bancário no âmbito da UE, nas diferentes formas em que se manifesta.

Referimos, desde logo, a *Accountability* e a *Liability*, termos que significam modalidades de responsabilização do supervisor e que são susceptíveis de ser confundidas.

Apontamos, em seguida, algumas características das diferentes *Tort Laws* no quadro da responsabilização extracontratual do supervisor e, finalmente, a harmonização da *Liability* na UE, postulada pelas decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeia (TJCE).

77 e 79, onde o Autor dá como exemplo o caso do segredo profissional, concretizado no dever de sigilo profissional, com correspondente contra-ordenação).

Para além disso, a imputação de danos ao intermediário financeiro, com a consequência da obrigação de indemnizar, decorre de um regime de responsabilidade civil específico, previsto no art. 304º-A CVM, que pressupõe: i) o facto voluntário. É necessário que o incumprimento não seja imputável ao cliente/credor, mas sim decorrente da não prática de “...*uma conduta diligente, leal, transparente...*”, ou seja, no incumprimento, avaliado de forma qualitativa, no sentido de não terem sido tomadas as acções, ou omitidas quando devidas, que permitiriam atingir o objectivo a que se propôs perante o cliente; ii) a ilicitude, resultante da desconformidade entre a conduta devida e o comportamento observado, traduzida “...*na inexecução da obrigação para com o cliente...*”; iii) a culpa, decorrente do facto de o devedor “...*não ter adoptado a conduta que, de acordo com o comando legal, deveria ter adoptado...*”, e presumida sempre que “...*o dano seja causado no âmbito de relações contratuais ou pré-contratuais e, em qualquer caso, quando seja originado pela violação de deveres de informação.*” (cfr. o artigo 304º, nº 2 do CVM); iv) o dano, enquanto “...*supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo ordenamento...*”; v) o nexo de causalidade, no âmbito da doutrina da causalidade adequada, segundo a qual, “...*a indemnização circunscreve-se aos danos que provavelmente não teriam sido sofridos pelo cliente se não fosse a violação do seu direito de crédito face ao intermediário financeiro...*”, e no âmbito da doutrina do escopo da norma violada, que faz depender o nexo de causalidade “...*da ponderação do fim do contrato ou da norma legal de onde resulta a obrigação violada...*” – cfr. *Ibid.*, *passim*.

2. *Accountability*

O termo *Accountability* significa o *dever de prestar contas*, moldado pela necessidade de transparência, ou o *controlo e vigilância*, através da apresentação, pelo supervisor, a diferentes poderes, das razões determinantes do seu comportamento.

Justifica-se a *Accountability* com a necessidade de meios de controlo da actuação do supervisor enquanto órgão independente⁶⁵.

De facto, a independência do supervisor poderá permitir que este seja *capturado* pelos interesses das IS, com prejuízo para os consumidores, actuando como um quarto poder de governo, não eleito⁶⁶ e não sujeito a *checks and balances*⁶⁷.

Por outro lado, qualquer centro de poderes numa sociedade tem de ter mecanismos que permitam o escrutínio das suas decisões, já que um poder exercido de forma livre e sem limites incorre no risco de se tornar num abuso de poder.

Finalmente, a *Accountability* não deve ser prestada a um único agente, sob pena de este *capturar* o supervisor, com a consequente perda de independência.

Assim, a *Accountability* deverá ser manifestada de diferentes formas e perante diversos agentes, em cinco níveis⁶⁸:

1. Parlamentar – através da submissão de relatórios periódicos de actividade, de audições parlamentares, quer sobre casos concretos, quer no âmbito da produção legislativa, controlo orçamental, etc;

⁶⁴ O supervisor será tratado nesta secção de forma indistinta, seja como BC ou ESI, visto não haver relevantes diferenças quanto à responsabilidade e responsabilização.

⁶⁵ Independência entendida em quatro dimensões: institucional, reguladora, supervisora e orçamental - cfr. QUINTYN, p. 7 ss.

⁶⁶ Pelo que a *Accountability* deve ser vista não como um obstáculo à independência, mas antes como uma forma de a tornar efectiva, conferindo legitimidade ao supervisor.

⁶⁷ Neste sentido, HUPKES, p. 33. Por outro lado, a falta de *Accountability* num órgão independente pode desincentivar a supervisão e, inversamente, este terá “...incentivos para aceitar contratos laterais dos banqueiros, e até a chantageá-los através do uso do encerramento como uma ameaça...” - cfr. PONCE, p. 4.

⁶⁸ De acordo com a divisão estabelecida em HUPKES, p. 20 ss.

2. Executivo – através da submissão de relatórios ao governo, de audições, de propostas para decretos ou regulamentos, etc;
3. Judicial – através da verificação *a posteriori* do cumprimento de normas legais e estatutárias, bem como no contexto do controlo orçamental (em Portugal pelo Tribunal de Contas);
4. IS – através da necessidade de consulta das IS na elaboração de avisos, de regras ou de normas que as vão reger, da prestação de informação de boa práticas através de conferências, de declarações ou solicitações;
5. Público – fundamentalmente através de práticas de educação e de esclarecimento do consumidor, numa espécie de controlo social que transmite uma espécie de legitimação democrática⁶⁹.

3. *Liability*

A *Liability* significa a *responsabilização* do supervisor, com a possibilidade de poder ser processado e condenado a indemnizar quem tenha sido prejudicado pela sua actuação incorrecta.

Nesta dissertação, interessa atentar na parte da *Liability* que respeita às reivindicações daqueles que, na sequência da insolvência de uma IS onde se encontravam as suas poupanças⁷⁰, não conseguiram o ressarcimento da totalidade dos danos, visto que institutos como o FGD⁷¹ permitem, em certos casos, o ressarcimento de apenas parte desses depósitos.

Assim, temos que “...a razão de ser da regulação prudencial, isto é, assegurar a confiança dos depositantes mediante mecanismos de controlo de integridade e

⁶⁹ Cfr. CATARINO, p. 355. Segundo MOREIRA, pp. 246 e 247, no caso do BP não existe suficiente responsabilização e transparência, sobretudo devido à deficiente procedimentalização da sua actuação.

⁷⁰ Outro aspecto da *Liability* será o das reivindicações dos accionistas ou da administração das IS, aspecto este que será mais residual. As reivindicações prendem-se, normalmente, com o que é considerado uma reacção excessiva ou agressiva do supervisor, que leva a que as IS sofram prejuízos que afectam a sua reputação e que frustre a confiança dos depositantes. Como é perceptível, o supervisor age sempre dentro da contingência de poder sacrificar ou um lado –cfr. TISON, pp. 2, 3 e 4.

⁷¹ Não colhendo o argumento de que o FGD é já um mecanismo de protecção do supervisor ou do Estado, uma vez que aquele resulta de contribuições da própria comunidade financeira – cfr. *Ibid.*, p. 5.

financeiros específicos, gera uma legítima expectativa para os depositantes e outros credores da efectividade da supervisão, isto é, diminuindo até certo ponto a probabilidade da ocorrência da insolvência de um banco, sem eliminar totalmente essa possibilidade... ”⁷².

Tradicionalmente, a *Liability* assenta na passividade negligente ou na falta de diligência do supervisor perante os indícios concretos de uma IS em dificuldades⁷³, cuja posterior insolvência defraudará as legítimas expectativas dos depositantes e provocará uma quebra de confiança no sistema.

Porém, podemos observar que no panorama comunitário, os estados-membros frequentemente aprovam regimes que visam conceder imunidade ao supervisor, ou que limitam a *Liability* a casos de negligência grosseira ou má fé⁷⁴.

De facto, se a *Liability* tende a ser vista pela doutrina como um fenómeno que necessita de maior implementação, as referidas *Statutory Liabilities* são mecanismos de que os Estados lançam mão para limitar a responsabilização do supervisor.

Com efeito, os Estados temem os custos excessivos que a *Liability* do supervisor é passível de acarretar⁷⁵.

⁷² Ibid., pp. 5 e 6. Esta confiança que é induzida nos depositantes, e que terá de ter um preço e um suporte, é acompanhada de um elemento de força que a *Liability* do supervisor dá, que é em si capaz de assegurar a confiança depositada no sistema.

⁷³ Exemplos dessa actuação susceptível de fazer incorrer em responsabilidade serão, por exemplo, a não revogação da autorização para o exercício da actividade, ou a proibição de operar em certas áreas, apesar do conhecimento ou suspeita de fraude ou dificuldades financeiras – cfr. *ibid.* p. 3.

⁷⁴ Assim temos que, por exemplo, na Polónia e na Estónia existe uma imunidade que exclui, no âmbito nacional, a *Liability*. No Reino Unido e na Irlanda, a *Liability* implica a má fé do supervisor, e na maioria dos restantes países, a condição mínima é a negligência grosseira.

A imunidade do supervisor é frequentemente garantida pelo poder legislativo após uma decisão judicial que responsabiliza o supervisor com base numa lei então em vigor, e que viria a ser alterada de forma a impedir tal responsabilização (nesse sentido, TISON, p. 6, ATHANASSIOU, pp. 13, 16 e 17 e GIESEN, p. 30).

Um exemplo é o caso da Alemanha, onde o Supremo Tribunal Alemão interpretou, em 1979, que a supervisão protegia os credores individuais, que assim poderiam pedir indemnizações na sequência de uma deficiente supervisão que os provocasse. Tal interpretação foi criticada por acarretar uma situação em que o Estado servia de garantia dos bancos falidos. Consequentemente, em 1984 procedeu-se a uma alteração do estatuto do supervisor que afirmava claramente que a supervisão visava exclusivamente o interesse geral, assim evitando acções individuais de indemnização; cfr. TISON, pp. 10 e 11.

⁷⁵ O “*floodgates argument*” - cfr. ATHANASSIOU, p. 30; ou “...a tentação de deep pocket-syndrome de alocar a responsabilidade dos bancos falidos para o estado...” –cfr. TISON, p. 28.

No entanto, não se pretende com a *Liability* transferir o risco e os danos causados pela actuação das IS para o Estado⁷⁶, mas tão somente possibilitar a responsabilização do supervisor se for caso disso.

Diz-se, por outro lado, que a *Liability* poderá inibir o supervisor, impedindo-o de tomar decisões rápidas, com receio de eventuais consequências⁷⁷.

Entendemos, contudo, que o supervisor, enquanto entidade pública dotada de especiais poderes, deve nortear a sua acção pelo respeito das normas e princípios que a regem, não sendo motivo legítimo de inibição o facto de poder se responsabilizada se não cumprir devidamente as suas funções.

Finalmente, um dos aspectos mais característicos da *Liability* do supervisor é o facto de a sua responsabilidade pelos danos causados concorrer sempre com a de uma IS, que é a precisamente a infractora de primeira linha⁷⁸.

4. A Harmonização da *Liability*

No contexto da UE, a *Liability* pode ser regulada no âmbito dos estatutos próprios dos supervisores⁷⁹, ou em sede de *REC/Tort Law*⁸⁰.

No primeiro caso a tendência é no sentido de atribuir uma imunidade total, ou maior, ao supervisor⁸¹, permitindo a *Liability* do supervisor apenas se as normas

De facto, é evidente que uma implicação e motivo da responsabilização de um supervisor passa por chamar à colação uma entidade solvente, que seja capaz de suportar os prejuízos.

Autores como GIESEN (p. 31 em n. d. r.) defendem a implementação de um sistema obrigatório de seguros, que no caso de um avolumar de acções pode ser visto como uma solução limitadora dos custos.

⁷⁶ A supervisão não deve ser encarada como uma entidade substituta que assume os riscos de uma IS insolvente, mas antes como um mecanismo externo adicional de controlo sobre a gestão das mesmas - cfr. TISON, p. 5.

⁷⁷ A “*defensive practice*”, segundo ATHANASSIOU, p. 35.

⁷⁸ Podemos falar a esse respeito de um “*peripheral tortfeasor*”, alguém que concorre para provocar os danos, mas de forma secundária face ao principal lesante, que será a IS insolvente - cfr. GIESEN, pp. 13 e 14.

⁷⁹ Casos da *Statutory Liability*, em países como a Bélgica, Chipre, Estónia, Irlanda, Luxemburgo, Polónia e Reino Unido.

⁸⁰ Casos de países como a França, Grécia, Itália e Holanda.

⁸¹ Tal imunidade é justificada com a “...*especial dificuldade ou risco da actividade...*”, bem como pelo facto de que “...*as autoridades não podem* cobrir o risco inerente às operações de mercado, *mas*

prudenciais e a própria noção de supervisão visarem interesses individuais de forma directa⁸².

Ora, os países com regimes estatutários específicos de supervisão estabelecem, pelos motivos já aflorados, o interesse geral como sendo o objectivo da supervisão, permitindo assim a imunidade do supervisor, o que foi corroborado pelas decisões de casos como o “*Three Rivers*”⁸³ e “*Peter Paul*”⁸⁴.

Porém, uma vez que tais sistemas não afastam o regime geral da REC, verifica-se tendência natural de os lesados optarem por esta via, uma vez que os requisitos tendem a ser menos exigentes⁸⁵.

Finalmente, a *Liability* pode decorrer não de uma *Statutory Liability* ou da *REC/Tort Law*, mas directamente de normas comunitárias.

O Casos “*Francovich*”⁸⁶, “*Factortame III*”⁸⁷, “*Haim II*”⁸⁸ e “*Kobler*”⁸⁹ vieram estabelecer que um estado-membro poderia ser responsabilizado pelo não cumprimento,

apenas o sistema essencial à economia como um todo, recaindo sobre os investidores e clientes o dever jurídico de suportar os prejuízos de má gestão de carteiras, insolvência de empresas ou instituições de crédito...” – cfr. CATARINO, pp. 349 e 350.

⁸² Trata-se do conceito de *relatividade* ou *proximidade* da *Tort law*, no caso da responsabilidade por danos no exercício de uma função pública, no interesse público.

⁸³ Caso *Three Rivers District Council v Government and Company of the Bank of England* (2000), que se refere ao objectivo de harmonização dos modelos de autorização, no sentido de estabelecer padrões financeiros, mas não deveres ou níveis mínimos de supervisão - cfr. ATHANASSIOU, p. 22.

⁸⁴ Caso C-222/02 *Peter Paul and others v Germany* (TJCE, 2002), no contexto da não transposição da obrigatoriedade de garantia dos depósitos. Foi entendido que esta servia não para proteger o interesse dos depositantes, mas visava antes harmonizar o sistema no âmbito do reconhecimento mútuo de autorizações e sistemas de supervisão prudenciais, não obstante um dos objectivos de tal harmonização ser o de proteger os depositantes - cfr. ATHANASSIOU, p. 20.

⁸⁵ Expressão de uma “*cultura de compensação*”, pela qual se recorre à lei civil para integrar e suprir o que nos estatutos das entidades supervisoras não está previsto, e que permite suprir a percepção de injustiça - cfr. GIESEN, p.13.

No Reino Unido a *compensação* não opera. De facto, apenas em caso de má fé o Banco de Inglaterra poderá ser responsabilizado nos termos do *Banking Act* de 1987. Na *Tort Law*, poderia haver uma responsabilização por abuso ou mau uso de poder (*misfeasance in public office*), mas tem sido entendido que os requisitos são equiparáveis aos da má fé segundo o *Banking Act*.

Por outro lado, temos países como a Holanda e a França, nos quais se remete para a responsabilidade civil, na ausência ou de uma *Statutory Liability* ou, mesmo, no caso da França, em virtude de o supervisor ser uma autoridade despojada de personalidade jurídica, recaindo a *Liability* sobre o Estado. Nestes países o supervisor incorre em responsabilidade também por negligência grosseira (*faute lourde*) - cfr. TISON, pp. 11 a 16.

⁸⁶ Casos Conjuntos C-6/90 e 9/90 *Andrea Francovich e Danila Bonifaci e outros contra a República Italiana* (TJCE, 1991).

ou pelo cumprimento defeituoso das suas obrigações decorrentes de normas comunitárias e, por outro lado, consagraram o direito dos particulares a uma compensação no caso de essa conduta violar normas que visem proteger os seus interesses.

Esta *Liability* dos estados-membros, formulada pelo TJCE (a que doravante nos referiremos como *Francovich Liability*), depende do preenchimento de quatro pressupostos:

1. Não cumprimento de uma obrigação emanada de normas comunitárias⁹⁰;
2. Que essa norma comunitária proteja direitos de particulares⁹¹;
3. Que o não cumprimento seja grave⁹²;
4. Que haja um nexo de causalidade entre o não cumprimento e os danos sofridos.

A questão da *Francovich Liability* reside, assim, em saber se as normas estabelecem ou não direitos para os depositantes, investidores ou accionistas, bem como

⁸⁷ Casos Conjuntos C-46/93 e C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA contra a República Alemã e The Queen vs Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and Others* (TJCE, 1996).

⁸⁸ Caso C-427/97 *Haim vs Kassenzahnrzliche Vereinigung Nordrhie* (TJCE, 2000), que veio estabelecer que a *Liability* do supervisor ocorrerá ainda que este não possua os necessários poderes, conhecimentos, meios ou recursos - cfr. TISON, pp. 22 ss e ATHANASSIOU, p. 23.

⁸⁹ Caso C-225/01 *Kobler v Republic of Austria* (TJCE, 2003), que estendeu a *Liability* às decisões judiciais contrárias às normas comunitárias, abrindo a porta para a *Liability* dos Estados por actos cometidos pelas entidades públicas independentes; cfr. ATHANASSIOU, p. 24.

⁹⁰ O não cumprimento dos estados-membros, para este efeito, abrange o poder executivo, as agências independentes, o parlamento ou o poder judiciário, e diz respeito não só ao não cumprimento de leis comunitárias, mas igualmente de leis nacionais correspondentes a leis comunitárias; cfr. TISON, pp. 23 e 24 e n.d.r. 91 *supra*.

⁹¹ Este requisito equivale à consagração da regra da relatividade, mas de uma forma bastante flexível, exigindo apenas que os *interesses* individuais sejam protegidos pela norma violada, não sendo necessário que confira directamente direitos a indivíduos. No Caso *Francovich* considerou-se que as normas de SP impostas por normas comunitárias satisfazem este pressuposto, uma vez que visam a protecção quer das IS, quer dos depositantes, com o objectivo de conferir ao sistema integrado um nível de confiança dos depositantes e de outros clientes bancários, confiança essa que é um elemento fundamental e indispensável para a subsistência e funcionamento do sistema. Tal entendimento é aliás suportado pelo artigo 4º da Directiva de Coordenação Bancária, que permite apenas às IS sujeitas a SP captar depósitos do público – cfr. *ibid.*, pp. 24, 25 e 26.

⁹² Grave no sentido de “...manifesto e grave desrespeito pelos limites do exercício de poderes discricionários...” – cfr. TISON, p. 27.

“...saber se a autoridade supervisora, nas circunstâncias de tempo e factos, poderia de forma razoável⁹³ ter agido diversamente...”⁹⁴.

Em suma, entendemos que, dentro do respeito pelas jurisdições nacionais, a aplicabilidade de uma responsabilidade nestes termos assegura uma harmonização dos níveis de responsabilidade nos diferentes estados-membros, impedindo distorções competitivas graves entre os mesmos⁹⁵.

Secção III – A Responsabilidade do Supervisor no Âmbito Nacional

1. Introdução

O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas (doravante RRCEE⁹⁶) estabelece a responsabilidade por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa, seja por acção ou omissão.

Este diploma enquadra as disposições da LO que regulam a responsabilidade do BP⁹⁷, enquanto integrante da Administração Pública em sentido amplo, já que embora

⁹³ Ivo Giesen define (p. 11) a razoabilidade como dependente de “...factores como a natureza e a seriedade do perigo em questão, os danos previsíveis, a magnitude de hipótese de os danos ocorrerem, a previsibilidade dos danos, a existência de vias alternativas e os custos de medidas preventivas...”.

⁹⁴ O que não pode implicar uma decisão de mérito *a posteriori*, no sentido de verificar qual seria a melhor conduta, ou se a conduta tomada levou a danos indemnizáveis - cfr. TISON, p. 27.

⁹⁵ Nesse sentido cfr. TISON, p. 28. ATHANASSIOU (p. 29 em n. d. r.) afirma a esse respeito: “*The perpetuation of cross-jurisdictional differences in supervisory liability might prompt depositors to choose their bank also on the basis of whether its banking supervisor can be liable for damages for supervisory failures under its national law. Disparities in the national supervisory liability regimes could put certain banks at a competitive disadvantage.*”

⁹⁶ Aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, que veio revogar o anterior Regime do Decreto-Lei nº 48 051, de 21 de Novembro de 1967.

⁹⁷ O art. 39º atribui ao contencioso administrativo a competência relativa aos “...actos praticados pelo governador, vice-governadores, conselho de administração e demais órgãos do Banco...”, enquanto o art. 62º atribui competência aos tribunais judiciais para a resolução dos “...litígios em que o Banco seja parte, incluindo as acções para efectivação da responsabilidade civil dos actos dos seus órgãos, bem como para a apreciação da responsabilidade civil dos actos desses órgãos para com o Banco”.

Ora, o RRCEE vem tornar aplicável a jurisdição administrativa, quer a responsabilidade seja de natureza pública ou privada, desde que seja pública a entidade alegadamente responsável ou na qual se integram os titulares ou servidores públicos, e desde que o acto em causa seja de gestão pública (nesse sentido, FERNANDES CADILHA, p. 33). A ser seguido, este entendimento contradiz o art. 62º da LO.

fazendo parte da estrutura desta, é orgânica e funcionalmente independente perante o Governo⁹⁸.

Na falta de uma *Statutory Liability* em sentido próprio, o RRCEE, contrariamente aos países em que o estatuto do supervisor lhe confere um grande grau de imunidade, consagra uma profunda reformulação face ao anterior regime (que à data da sua revogação, celebrara já 40 anos), respeitando a evolução do entendimento do TJCE (que tratámos na Parte 4 da Secção II do presente Capítulo), remetendo em vários aspectos para a REC nos termos do Código Civil (CC⁹⁹).

O art. 3º do RRCEE estabelece a obrigação de indemnizar nos mesmos termos do CC¹⁰⁰, adoptando-se igualmente, tal como no art. 563º do CC, a teoria da causalidade adequada. Assim, não se exige a exclusividade do facto condicionante do dano, nem se afasta a reparabilidade daquele dano causado apenas indirecta ou mediatamente por aquele¹⁰¹.

A responsabilidade do BP, no âmbito do RRCEE, pode ocorrer de diferentes formas, fundamentalmente por remissão para o CC..

2. Responsabilidade por Factos Lícitos

O art. 2º, conjugado com o art. 16º, do RRCEE refere-se a uma indemnização pelo sacrifício, em certa medida correspondente à responsabilidade por factos lícitos¹⁰², dispondo que são indemnizáveis os danos ou encargos que, cumulativamente¹⁰³, sejam:

⁹⁸ Cfr. FERNANDES CADILHA, pp. 39 e 40.

⁹⁹ Aprovado pelo Decreto-Lei 47 344, de 25 de Novembro de 1996.

¹⁰⁰ O nº 1 reproduz o *princípio da reposição natural* estabelecido no art. 562º do CC, o nº 2 corresponde ao art. 566º do CC, ao estabelecer a indemnização em dinheiro com carácter subsidiário, e o nº 3 alude a várias normas do CC, ao compreender os danos patrimoniais e não patrimoniais, produzidos e futuros.

¹⁰¹ Cfr. FERNANDES CADILHA, pp. 96, 97, permitindo assim a responsabilização de um “*peripheral tortfeasor*” (cfr. n. d. r. 80).

¹⁰² Apesar de aqui se conjugarem as normas para efeitos práticos, importa afirmar que o pensamento subjacente a ambas é diferente. Nesse sentido, cabe referir, sucintamente, que a indemnização pelo sacrifício não constitui propriamente um caso de responsabilidade civil, mas antes traduz a necessidade de indemnizar quem sofra danos por razões de *interesse público*, isto é, trata-se de uma indemnização que visa ressarcir quem sofra danos ou encargos, não por causa de um comportamento

1. Especiais, por incidirem “...sobre uma pessoa ou grupo, sem afectarem a generalidade das pessoas...”, e
2. Anormais, como sendo “...os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.”.

3. Responsabilidade por Factos Ilícitos

No âmbito do RRCEE, “consideram-se ilícitas as acções ou omissões...que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado...” (ou o funcionamento anormal do serviço) “...de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”¹⁰⁴¹⁰⁵.

Podemos constatar duas modalidades de responsabilidade por factos ilícitos.

A primeira refere-se aos danos que resultem de acções ou omissões cometidas com *culpa leve*, pelos quais o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis¹⁰⁶.

provocador dos mesmos por parte do ente público, mas sim no espírito de compensação, devida pelo sacrifício imposto pela conduta de um ente público, no *interesse público*.

¹⁰³ De forma a que os danos e encargos indemnizáveis não venham a representar um encargo excessivo para o tesouro público, que só deve ressarcir os danos que sendo inequivocamente graves, afectem desigualmente certos cidadãos, em relação à generalidade das pessoas, numa ideia de duplo travão - cfr. GOMES CANOTILHO *apud* FERNANDES CADILHA, p. 81.

¹⁰⁴ Cfr. arts. 9º, nºs. 1 e 2 do RRCEE.

¹⁰⁵ No caso dos direitos subjectivos, o particular está individual e directamente protegido por uma norma, cuja violação ou incumprimento lhe dá o direito de obter a plena realização em juízo.

No caso dos interesses legalmente protegidos, apenas em caso de ilegalidade, o particular poderá obter a eliminação dos actos ilegais que tenham sido praticados - cfr. FERNANDES CADILHA, pp. 182-183.

No entanto, a “...indistinta utilização no texto constitucional e no direito ordinário...” destas expressões fazem considerar que os termos se encontram “...sujeitos a um único e indiferenciado regime de protecção, tanto no plano procedimental como no plano contencioso...”, apenas podendo haver uma diferenciação no que toca “...a uma maior ou menor amplitude do seu conteúdo, podendo justificar, no âmbito específico da reparação na acção de responsabilidade civil, a realização plena ou apenas limitada do direito ou interesse em causa” – cfr. id.

¹⁰⁶ Cfr. art. 7º, nº 1 do RRCEE.

Nos termos do art. 10º, nº 3 do RRCEE, a *culpa leve* presume-se¹⁰⁷ sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância, nos quais se incluem os deveres de supervisão¹⁰⁸.

Assim, temos uma presunção *iuris tantum* de *culpa leve* na omissão dos deveres de supervisão (*culpa in vigilando*), susceptível de provocar a responsabilidade exclusiva da pessoa colectiva de direito público BP.

A segunda refere-se aos danos que resultem de acções ou omissões cometidas com *dolo*¹⁰⁹ ou com *diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigado em razão do cargo*¹¹⁰ pelos quais o Estado e demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os titulares de órgãos, funcionários e agentes que os cometam¹¹¹.

4. Responsabilidade Político-Legislativa

O inovador art. 15º do RRCEE vem concretizar o princípio constitucional geral de responsabilidade civil do Estado por danos resultantes do exercício de qualquer das funções estaduais, definindo os respectivos pressupostos materiais¹¹².

¹⁰⁷ Por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, nomeadamente dos arts. 491º, 492º e 493º do CC.

¹⁰⁸ Nesse sentido, FERNANDES CADILHA, p. 150: “*Aqui se poderão incluir, por outro lado, a omissão dos deveres de inspecção, supervisão ou controlo sobre actividades dos particulares que estejam sujeitas a autorização administrativa ou que careçam de certos níveis de exigibilidade, ainda que, neste caso, possa haver uma mera corresponsabilidade da Administração com os particulares lesantes quanto aos danos produzidos.*”

¹⁰⁹ Na falta de qualquer outra especificação da lei, o *dolo* para efeitos do RRCEE abarca quer o *dolo directo*, pelo qual o agente age para atingir o resultado ilícito, quer o *dolo eventual*, pelo qual o agente encara o resultado ilícito como uma consequência possível da sua conduta - cfr. FERNANDES CADILHA, pp. 167-168.

¹¹⁰ Esta omissão de diligência e vigilância consubstancia uma modalidade de negligência grave que pressupõe a existência de uma culpa grosseira ou manifesta nos termos do art. 10º, nº 1 do RRCEE, ou seja, refere-se à diligência que seria razoável exigir de alguém que desempenha uma função pública - cfr. FERNANDES CADILHA, p. 167.

¹¹¹ Cfr. art. 8º, nºs 1 e 2 do RRCEE. No âmbito desta responsabilidade solidária, o Estado e demais pessoas colectivas de direito público gozam de direito de regresso contra o seus titulares de órgãos, funcionários e agentes, o qual é obrigatório nos termos dos arts. 8º, nº 3 e 6º do RRCEE.

¹¹² Princípio expresso no art. 22º da CRP. Nesse sentido, FERNANDES CADILHA, pp. 296-297, que refere que esse princípio deve ser articulado com os arts. 117º e 157º da CRP, que definem o regime relativo aos titulares de cargos públicos e deputados, e com o art. 271º, nº 4 da CRP, que refere o direito de regresso do Estado.

Simultaneamente, o referido artigo traduz a *Francovich Liability*, no sentido em que atribui responsabilidade ao Estado (com conseqüente dever de indemnizar), pela não transposição de directivas comunitárias, concedendo aos particulares a possibilidade de invocar normas comunitárias perante os tribunais nacionais, desde lhes atribuam direitos¹¹³.

Face à responsabilidade por factos lícitos, neste tipo de responsabilidade poderá ser dispensada a especialidade dos danos, ainda que tal possa vir a ter reflexos no *quantum* da indemnização¹¹⁴.

No entanto, esta ponderação não se relaciona com a responsabilidade, mas antes com a fixação do valor a indemnizar por essa responsabilidade.

¹¹³ Na acepção do Caso *Factortame III*, o que engloba as normas que, ainda que não tenham efeito directo, criem tais direitos em decorrência das obrigações que impõem ao Estado, ou a um ente público; por exemplo, na emissão de um acto ou regulamento contrário a normas comunitárias - cfr. FERNANDES CADILHA, pp. 319, 320 e 322, e n.d.r. 580 e 583.

¹¹⁴ Cfr. n.º 6 do art. 15º do RRCEE, o que é compreensível, dado os danos incidirem não sobre um grupo, mas sobre uma generalidade de pessoas, o montante a atribuir será avultado; Cfr. *Ibid.*, p. 81.

CAPÍTULO IV – CONCLUSÃO

Na sequência da actual crise económica e financeira, muitos têm reconhecido uma relevante importância à supervisão bancária.

Enquanto uns¹¹⁵ consideram inadequado o enquadramento normativo da supervisão, outros¹¹⁶ apontam a responsabilidade do supervisor, por não ter actuado da forma devida.

Não estando a posição primeiramente referida despojada de razão¹¹⁷, é, todavia, sobre a responsabilidade do supervisor que esta dissertação se debruça.

Surge, assim a questão de se saber se o supervisor deve ser responsabilizado pela sua conduta, reparando os danos causados.

A supervisão bancária visa, entre outros objectivos, garantir a segurança dos depósitos e a protecção dos interesses dos depositantes, pelo que o seu exercício é susceptível de gerar essas expectativas.

No caso de essas expectativas serem defraudadas, afigura-se legítima a pretensão de demandar o supervisor, com o objectivo de apurar se os prejuízos resultaram de falhas na supervisão.

Vimos também que a *Accountability* não prejudica a independência do supervisor, antes contribui para legitimar a sua actuação.

¹¹⁵ Tal como Buitter, Cecchetti, Claessens, de Larosiére ou Leijonhufvud, que apontam a dificuldade do supervisor em obter suficiente informação do estado das IS, o distanciamento entre os dois, ou as dificuldades atinentes às actividades complexas e transnacionais das IS; nesse sentido conferir a tabela 1 em MASCIANDARO, p. 30.

¹¹⁶ Tal como Buitter, Caprio, Claessens, de Larosiére, Enriques, Hertig, Palmer, Cerruti, Tabellini, Vinals ou di Mauro, que apontam a falta de *Accountability*, a falta de recursos, a falta de atenção aos riscos sistémicos, a falta de vontade/incapacidade de o supervisor obter a informação necessário das IS, a falta de cooperação entre supervisores, inércia burocrática, falta de proactividade; nesse sentido conferir a tabela 1 em id..

¹¹⁷ Referimos, aliás, imperfeições do corpo normativo da supervisão, tal como a *lacuna regulatória* da supervisão em base consolidada dos grupos empresariais “*de facto*”.

A imunidade do supervisor pode, ao invés, permitir a sua *captura*, instrumentalização e levar a abusos de poder.

Por outro lado, não encontramos no argumento da *defensive practice* justificação idónea para a irresponsabilização do supervisor.

Invocar a eventual inibição do supervisor, causada pelo receio da responsabilidade corresponde a aceitar que, na ausência dessa eventual responsabilidade, o supervisor actua de forma desinibida! Ora, na verdade, o supervisor tem de cumprir os seus deveres e atribuições com elevado grau de diligência e de respeito pelas normas jurídicas, dispondo sempre de alguma margem de discricionariedade.

Também não nos parece aceitável uma eventual denegação de justiça em ordem a evitar o congestionamento dos tribunais¹¹⁸.

Por outro lado, o assim denominado *floodgate argument* não obsta à responsabilidade do supervisor.

Se a responsabilidade do supervisor pode efectivamente acarretar grandes custos para o Estado, justo será que a participação encorajada no sistema financeiro seja compensada pelo Estado, em prol da sustentabilidade e da confiança que pretende ter no sistema, segundo a “...*mais fundamental noção de solidariedade. Mais ombros devem carregar um pesado fardo...*”¹¹⁹, para além de a responsabilidade patrimonial das entidades públicas se encontrar constitucionalmente consagrada.

¹¹⁸ “...*It is desirable to avoid interfering with the margin of discretion necessary for the performance of supervision and to avert unlimited pecuniary loss to the State, while guaranteeing a minimum level of protection for the right of individuals to obtain judicial redress and some compensation for losses they may have suffered...*”; ATHANASSIOU, p. 38.

¹¹⁹ GIESEN, p. 24. Por outro lado, o facto de se poder considerar o supervisor responsável, não impossibilita o Estado de se escusar a sofrer custos excessivos. Provada a responsabilidade e havendo obrigação de indemnizar, mas caso esta prejudique o interesse público, pode haver lugar para uma causa legítima de inexecução, bastando “...*que a Administração se limite a alegar que a reconstituição é demasiado gravosa por implicar um encargo muito superior ao prejuízo sofrido pelo lesado.*”; FERNANDES CADILHA, p. 87.

Finalmente, a responsabilidade do supervisor conduz a uma supervisão mais eficiente, assim se evitando custos para o Estado superiores aos decorrentes da *Liability* do supervisor.

De facto, a inidoneidade do exercício da supervisão encontra-se na origem das crises financeiras, implica injecções massivas de liquidez, recapitalizações, a prestação de garantias ou a adopção de medidas de austeridade.

Deste modo, a *Liability* do supervisor deve ser vista como uma mais valia.

Implicando custos a curto prazo, permite benefícios a médio e longo prazo.

O exercício inadequado da supervisão bancária está na base da crise actual, quer porque “...permitted that certain products (so-called toxic) be commercialized and masked as if they were safe investments...”, quer porque “...did not pay the attention due to the capital ratios necessary for financial institutions...”, quer ainda pela “...lack of control of the level of liquidity in the market and the admissibility of proliferation of the market for derivatives...”¹²⁰.

Conforme referido *supra*, a responsabilidade do supervisor concorre sempre com a da IS e, em princípio, será sempre menor.

A *Liability* do supervisor apenas tem lugar quando os danos forem causados, concorrentemente, por falhas que lhe forem imputáveis¹²¹.

O facto de a conduta ilícita do supervisor se traduzir, em geral, numa omissão e não numa acção, não obsta à responsabilidade daquele. Com efeito, o *non facere* é susceptível de causar danos, especialmente no caso de um supervisor, de quem se espera a actuação devida, usando todos os instrumentos à sua disposição, perante sinais de dificuldades da IS.

¹²⁰ BESSA, pp. 851, 872 e 873.

¹²¹ “It is plain (...) that the fact that the damage, on which a claim is founded, was caused by human agent quite independent of the person against whom a claim in negligence is made does not, of itself, preclude success of the claim, since breach of duty on the part of the person against whom the claim is made may also have played a part in causing the damage”, parafraseando Lord Mackay - GIESEN, p. 18.

Logo, é precisamente quando não o faz que incorre em responsabilidade¹²². Poderá, a este propósito, falar-se de culpa *in vigilando*.

A jurisprudência do TJCE veio igualmente determinar a *Liability* dos estados-membros e das suas entidades públicas.

Aos Estados é conferida autonomia para regulamentar a forma de aplicação dessa *Liability*, mas sempre respeitando o princípio da equivalência da protecção jurisdicional e da efectividade mínima¹²³.

Diferentemente do que se verifica noutros países, em Portugal o BP não se rege por um estatuto que consagre a sua imunidade, aplicando-se antes o RRCEE que estabelece o regime de responsabilidade civil de modo semelhante à *Francovich Liability*.

Por conseguinte, quem seja especial e anormalmente prejudicado por uma actuação lícita do BP pode ser compensado com base na teoria do limite do sacrifício.

O RRCEE prevê também a responsabilidade por factos ilícitos, nomeadamente por violação de disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares, de regras de ordem técnica, por incumprimento dos deveres de cuidado ou vigilância, ou pelo funcionamento anormal do serviço.

Nesse domínio, O BP incorre em responsabilidade exclusiva na culpa *in vigilando* (que se presume) e em responsabilidade solidária por *dolo* ou *culpa grave*.

Em obediência a imposições constitucionais e em concordância com a jurisprudência do TJCE, o RRCEE veio recentemente tornar efectiva a responsabilidade

¹²² Excluindo aqui a responsabilidade perante as IS, por “*overreaction*”; por exemplo, pela decisão indevida e injustificada de retirar a autorização para exercer a sua actividade.

¹²³ O qual visa impedir os estados-membros possam fixar condições menos favoráveis em matéria de reparação de danos, ou dificultar a obtenção do direito à reparação. Este princípio prende-se com a vontade de harmonizar e limitar os desníveis de competitividade que resultam de uma responsabilidade meramente assente em regimes específicos e diversos das *Statutory Liabilities* e *Tort Laws* de âmbito nacional. A esse respeito, cfr. FERNANDES CADILHA, p. 321 em n. d. r.

político-legislativa pela não transposição de normas comunitárias ou pela actuação em desconformidade com as mesmas.

Assim, os depositantes e outros credores das IS insolventes podem vir a ser indemnizados quer pelo BP no âmbito da responsabilidade deste pelos danos causados pela sua actuação, quer pelo Estado no âmbito da sua responsabilidade pelos danos causados no exercício da função político-legislativa.

Nesta sede, entendemos dever consagrar-se o recurso a um mecanismo semelhante à *class action* do direito norte-americano¹²⁴.

De facto, debate-se actualmente a necessidade de introdução de mecanismos similares no domínio europeu, mas até agora sem grande sucesso¹²⁵.

A *class action* permite aos diversos lesados uma economia de custos, evitar a multiplicação de processos similares e de produção de prova. Confere aos interesses em causa uma importância maior, uma vez que um problema que afecta muitas pessoas tem mais impacto do que um problema que afecta uma só pessoa.

Por outro lado, consente evitar a imagem pública de degradação da justiça ao impedir que casos semelhantes tenham soluções diferentes. Possibilita outrossim o equilíbrio das posições em jogo. De facto, neste tipo de acção, os réus são, por via de regra, grandes empresas, com fortes *lobbies* junto do poder político, assim como entidades como o BP. O facto de não ser apenas uma pessoa, mas várias que foram afectadas da mesma forma pela mesma actuação do supervisor, facilitaria a prova e o exercício do direito à compensação.

Este tipo de acção seria igualmente susceptível de produzir efeitos desejáveis em sede de prevenção geral e de prevenção especial, do mesmo modo que as decisões do TJCE tiveram na *Liability* dos estados-membros.

¹²⁴ A *class action* é uma providência legal interposta por/contra uma colectividade, de origem norte-americana (introduzida em 1938 pela *Rule 23* do *Federal Rules of Civil Procedure*, apesar de só com a revisão efectuada em 1966, a *class action* ter começado a ser um instrumento mais utilizado).

¹²⁵ Exceptuando no Reino Unido, onde a *class action* foi implementada em 2000, o que não será estranho dado a partilha da *common law*, contrariamente aos outros países da UE.

Entre nós existe a acção popular¹²⁶, bem como regimes especiais de representação processual de interesses difusos, consagrados no art. 26º-A do Código de Processo Civil ou no art. 9º, nº 2 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

No entanto, estes instrumentos surgem associados a valores específicos, como a saúde pública, o ambiente ou a protecção do consumidor.

Assim, seria interessante estabelecer um regime de representação processual dos depositantes, possivelmente no âmbito da Acção Popular...na senda da evolução trazida pelo RRCEE face ao regime anterior, completando um quadro de aceitável responsabilidade e responsabilização do supervisor bancário.

¹²⁶ Aprovada pela Lei nº 83/95, de 31 de Agosto.

BIBLIOGRAFIA

- ATHANASSIOU, Phoebus, *Financial Sector Supervisors' Accountability: A European Perspective*, Working Paper do BCE, 2011
- ATHAYDE, Augusto de / ATHAYDE, Augusto Albuquerque / ATHAYDE, Duarte de, *Curso de Direito Bancário*, Volume I, Coimbra Editora, 1999
- BESSA, Tiago, *Crise, Regulação e Supervisão de Hedge Funds*, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano II (2010), número 3-4, Almedina, 2010
- CASTILHO DOS SANTOS, Gonçalo André, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro perante o Cliente*, Almedina, 2008
- CATARINO, Luís Guilherme, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, Almedina, 2010
- COSTA PINA, Carlos, *A Estrutura do Sistema Financeiro Português; Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Volume II – Direito Bancário*, António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes (Coordenação), Almedina, 2002
- ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *A Supervisão Consolidada dos Grupos Financeiros*, Publicações Universidade Católica - Porto, 2000
- FERNANDES CADILHA, Carlos Alberto, *Regime da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2011
- FERREIRA, Bruno, *O Controlo de Participações Qualificadas em Instituições de Crédito*, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano II (2010), número 3-4, Almedina, 2010

- GAMEIRO LOPES, J. M. *Direito Bancário Institucional - O Sistema Financeiro Português: Regime Geral e Supervisão*, Volume II, Vislis, 2001
- GIESEN, Ivo, *Regulating Regulators Through Liability: The Case for Applying Normal Tort Rules to Supervisors*, *Utrecht Law Review*, 2006
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Coimbra, 1974
- HUPKES, Eva / QUINTYN, Marc / TAYLOR, Michael W., *The Accountability of Financial Sector Supervisors: Principles and Practice*, WP/05/51 do FMI, 2005
- MARQUES MARTINS, Andreia, *Do Crédito à Habitação em Portugal e a Crise Financeira e Económica Mundial*, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano II (2010), número 3-4, Almedina, 2010, p. 720
- MASCIANDARO, Donato / PANSINI, Rosaria Veja / QUINTYN, Marc, *The Economic Crisis: Did Financial Supervision Matter?*, WP/11/261 do FMI, 2011
- MENEZES CORDEIRO, António, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, 2ª Edição, 2001
- MOREIRA, Vital / MAÇÃS, Fernanda, *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra Editora, 2003
- OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição, Coimbra, 2005
- PONCE, Jorge, *A Normative Analysis of Banking Supervision: Independence, Legal Protection and Accountability*, 2009, disponível em <http://ssrn.com/abstract/=1424349>

- QUINTYN, Marc / RAMIREZ, Silvia / TAYLOR, Michael W., *The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors*, WP/07/25 do FMI, 2007
- SARAIVA MATIAS, Armindo, *Supervisão Bancária: Situação Actual e Perspectiva de Evolução; Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, Volume II – Direito Bancário*, António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes (Coordenação), Almedina, 2002
- TISON, Michel, *Challenging the Prudential Supervisor: Liability versus (Regulatory) Immunity*, Working Paper Financial Law Institute, Universidade de Gent, 2003

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha Orientadora e Professora Maria João Vaz Tomé a amabilidade com que acolheu as minhas hesitações, o empenho e disponibilidade nas decisivas orientações científicas e palavras de apoio manifestadas, pelo que ficarei sempre reconhecido.